



**UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ**

**TESIS DOCTORAL**

**Estudio crítico de la cesión global de activo y pasivo  
como operación de modificación estructural  
de las sociedades mercantiles**

**MARÍA SERRANO SEGARRA**

**Directores:**

**DR. JOSÉ CARLOS ESPIGARES HUETE**

**DR. JAVIER CAMACHO DE LOS RÍOS**

Elche, 2015





## **TESIS DOCTORAL**

Programa de Doctorado: Derechos Fundamentales

Derecho Mercantil

Departamento de Ciencia Jurídica

Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas

**UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ**

**Estudio crítico de la cesión global de activo y pasivo  
como operación de modificación estructural  
de las sociedades mercantiles**

**MARÍA SERRANO SEGARRA**

**Directores:**

**DR. JOSÉ CARLOS ESPIGARES HUETE**

**DR. JAVIER CAMACHO DE LOS RÍOS**

Elche, 2015



JOSÉ CARLOS ESPIGARES HUETE, Profesor contratado doctor de Derecho Mercantil, acreditado como titular de universidad, del Departamento de Ciencia Jurídica de la Universidad Miguel Hernández y JAVIER CAMACHO DE LOS RÍOS, Catedrático de Universidad de Derecho Mercantil, del Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad de Granada,

CERTIFICAN:

Que el trabajo de investigación desarrollado bajo nuestra dirección por MARÍA SERRANO SEGARRA que se presenta bajo el título “Estudio crítico de la cesión global de activo y pasivo como operación de modificación estructural de las sociedades mercantiles”, reúne las condiciones para ser defendido como tesis doctoral con el fin de optar al grado de Doctor.

AUTORIZAN

Su presentación y defensa ante el Tribunal correspondiente.

Y para que conste a los efectos oportunos, firmamos el presente certificado en Elche a 17 de julio de 2015.

Fdo. José Carlos Espigares Huete

Fdo. Javier Camacho De Los Ríos





JOSE ANTONIO PÉREZ JUAN, Director del Departamento de Ciencia Jurídica de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Miguel Hernández,

CERTIFICA:

Que MARÍA SERRANO SEGARRA ha realizado bajo la coordinación de este Departamento, su memoria de tesis doctoral bajo el título “Estudio crítico de la cesión global de activo y pasivo como operación de modificación estructural de las sociedades mercantiles”, cumpliendo todos los objetivos previstos, finalizando su trabajo de forma satisfactoria para su defensa pública y capacitándole para optar al grado de Doctor.

Lo que certifico en Elche, a 17 de julio de 2015

Fdo. José Antonio Pérez Juan





## Índice

<b>Introducción</b>	<b>23</b>
I DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTA INVESTIGACIÓN	23
II METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN	30
III METODOLOGÍA DE EXPOSICIÓN	31
<b>PRIMERA PARTE: LA CESIÓN GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO COMO OPERACIÓN DE MODIFICACIÓN ESTRUCTURAL Y SU REGULACIÓN EN LA LEY 3/2009, DE 3 DE ABRIL, SOBRE MODIFICACIONES ESTRUCTURALES DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES</b>	<b>35</b>
<b>Introducción: La delimitación de la operación de cesión global de activo y pasivo</b>	<b>37</b>
<b>Capítulo 1: Las modificaciones estructurales como categoría a partir de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles</b>	<b>39</b>
I LA LEY 3/2009, DE 3 DE ABRIL, SOBRE MODIFICACIONES ESTRUCTURALES DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES	39
1. Justificación de elaboración de la Ley: contexto de crisis económica e influencia de la normativa comunitaria	39
1.1. Contexto de crisis económica	43
1.2. Influencia de la normativa comunitaria	46
1.3. Valoración	53

2. La unificación del régimen de las modificaciones estructurales en una Ley especial.	55
3. La flexibilización y ampliación del ámbito de las modificaciones estructurales	65
4. La simplificación procedimental	66
II CONCEPTO DE MODIFICACIÓN ESTRUCTURAL	67
III OPERACIONES QUE CONSTITUYEN LA CATEGORÍA DE MODIFICACIONES ESTRUCTURALES DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES. DISTINCIÓN DE LA CESIÓN GLOBAL DE FIGURAS AFINES	70
1. Introducción. <i>Númerus clausus</i> o <i>númerus apertus</i> de modificaciones estructurales	70
2. Relación de operaciones de modificación estructural	72
2.1. La transformación	72
2.2. La fusión	74
2.3. La escisión	79
2.4. Traslado internacional del domicilio social	90
2.5. Cesión global de activo y pasivo	92
IV RASGOS DEFINIDORES DE LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES	93
1. La modificación estructural como concepto ordenador del sistema	93
1.1. Concepto normativo de modificación estructural	94
1.2. Características de régimen comunes a las modificaciones estructurales, requisitos y procedimiento. Elementos comunes a tratar	96
1.2.1. Alteración en la estructura social	96
1.2.2. Con finalidad de reestructuración empresarial	97
1.2.3. ¿Cambio en la titularidad patrimonial?	98
1.2.4. La sucesión <i>inter vivos</i> a título universal en la titularidad de un bloque patrimonial	99
1.2.5. Procedimiento específico. Sus caracteres generales	101

<b>Capítulo 2: La naturaleza jurídica y caracterización de la cesión global de activo y pasivo</b>	<b>103</b>
I LA CESIÓN GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO EN EL DERECHO COMPARADO	103
II LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES EN EL DERECHO COMUNITARIO.	108
III ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL: PROCESO DE UNIFICACIÓN DE RÉGIMEN Y AMPLIACIÓN DE LOS SUPUESTOS DE MODIFICACIONES ESTRUCTURALES	114
1. La cesión global de activo y pasivo en las derogadas leyes de Sociedades Anónimas de 1951 y de 1990	114
2. La regulación de la cesión global de activo y pasivo en la derogada Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995: art. 117	118
3. La reforma del Reglamento del Registro Mercantil de 1996	125
IV REGULACIÓN ACTUAL DE LA CESIÓN GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO EN LA LMESM: DELIMITACIÓN CONCEPTUAL, NATURALEZA JURÍDICA Y CARACTERIZACIÓN	135
1. Delimitación conceptual	135
2. Naturaleza jurídica: doble condición contractual y societaria de la cesión global de activo y pasivo	142
3. Caracterización de la cesión global en la Ley de modificaciones estructurales en las sociedades mercantiles	148
3.1. Concreción y mayor autonomía en la regulación legal de la cesión global de activo y pasivo	148
3.2. La cesión global es una operación con funcionalidad polivalente	148
3.3. La transmisión se realizará por sucesión universal	149
3.4. Posibilidad de cesión global liquidatoria	149
3.5. Transmisión de carácter global	150
3.6. Justificación heterogénea en su realización	150
4. Elementos subjetivos o personales de la operación	152
4.1. La sociedad inscrita cedente	153
4.2. Posibilidad de existencia de los socios de la cedente	157
4.3. El cesionario o beneficiario o los cesionarios	159

4.3.1. Régimen general	159
4.3.2. Cesión global plural realizada a varios cesionarios. El problema de la unidad económica	162
4.3.3. Cesión global realizada a cesionario o cesionarios socios de la sociedad cedente	165
a) Supuesto en el que el único cesionario sea el único socio de la sociedad cedente	165
b) Supuesto en el que haya varios cesionarios, y que todos ellos sean socios de la sociedad cedente. Protección de los socios minoritarios frente al cesionario-socio mayoritario.	165
4.3.4. Ausencia de intervención del cesionario o cesionarios en el procedimiento hasta el otorgamiento de escritura pública de cesión global de activo y pasivo	169
5. Elementos objetivos de la operación	171
5.1. El patrimonio objeto de cesión	171
5.1.1. La transmisión de la totalidad del patrimonio	172
5.1.2. Delimitación del activo y pasivo patrimonial	174
a) El activo patrimonial	174
b) El pasivo patrimonial	176
5.1.3. Cesiones globales de activos y pasivos: aspectos contables	177
5.2. La contraprestación	177
5.2.1. Contraprestación percibida íntegramente por la sociedad cedente: supuesto del artículo 81.1 LMESM	180
5.2.2. Contraprestación percibida total y directamente por los socios: supuesto del artículo 81.2 LMESM	180
5.2.3. Contraprestación compartida entre la sociedad cedente y los socios	183
5.2.4. Contraprestación recibida por un socio que al mismo tiempo es cesionario (socio-cesionario). Posibilidad de compensación	183

<b>Capítulo 3: La cesión global de activo y pasivo como instrumento para la transmisión de empresas en Derecho español</b>	<b>185</b>
I SIGNIFICADO JURÍDICO DE LA EMPRESA EN DERECHO MERCANTIL	185
II LA CONSERVACIÓN Y CONTINUIDAD DE LA EMPRESA COMO PRINCIPIO INFORMADOR DE LA OPERACIÓN DE CESIÓN GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO	193
<b>SEGUNDA PARTE: RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LA CESIÓN GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO</b>	<b>201</b>
I INTRODUCCIÓN: EL PLANTEAMIENTO DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CESIÓN GLOBAL	203
<b>Capítulo 1: Aplicación analógica de la regulación de la fusión</b>	<b>205</b>
<b>Capítulo 2: Procedimiento aplicable a la cesión global de activo y pasivo</b>	<b>209</b>
I INTRODUCCIÓN: RÉGIMEN LEGAL DE LA CESIÓN GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO	209
II FASE PREVIA O DE NEGOCIACIONES	210
III FASE PREPARATORIA O DOCUMENTAL	212
1. El proyecto de cesión global: artículo 85 LMESM	213
2. El informe de los administradores: artículo 86 LMESM	224
3. Inexistencia de informe de los expertos independientes: aspecto no regulado en la cesión global	225
4. Documentación contable y mercantil: la inexistencia del balance en la cesión global	231
IV FASE DECISORIA EN EL SENO DE LA SOCIEDAD CEDENTE	237
1. El órgano competente para acordar la cesión global	237
2. La preparación de la junta y convocatoria	240
3. El acuerdo de la junta de socios de la sociedad cedente: competencia, procedimiento y contenido (Remisión a la fusión)	242
4. La publicidad del acuerdo	246
V FASE DE PENDENCIA	248
1. Derecho de oposición de los acreedores (Remisión a la fusión)	248

VI	FASE DE EJECUCIÓN	252
	1. Escritura pública	252
	2. Inscripción de la operación	255
<b>Capítulo 3: Impugnación de la operación: artículo 90 LMESM. (Remisión a la fusión) Resarcimiento de daños y perjuicios sufridos</b>		<b>261</b>
I	REGULACIÓN PREVISTA EN LA LSC SOBRE LA IMPUGNACIÓN DE LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES	262
	1. Caducidad de la acción de impugnación	264
	2. Legitimación para impugnar	266
	3. Derecho de separación del socio	267
	4. Impugnación del acuerdo social de cesión global de activo y pasivo antes de su inscripción registral	267
II	REGULACIÓN PREVISTA EN LA LMESM SOBRE LA IMPUGNACIÓN DE LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES	269
<b>Capítulo 4: Efectos de la cesión global de activo y pasivo o eficacia de la cesión global</b>		<b>279</b>
I	EFFECTO PATRIMONIAL: LA TRANSMISIÓN DEL PATRIMONIO DE LA SOCIEDAD CEDENTE POR SUCESIÓN UNIVERSAL	279
II	EFFECTO SOCIETARIO: CONTINUIDAD O EXTINCIÓN DE LA SOCIEDAD CEDENTE	288
<b>Capítulo 5: Mecanismos de tutela a terceros</b>		<b>291</b>
I	PROTECCIÓN DEL SOCIO	291
II	PROTECCIÓN DE LOS ACREEDORES	292
	1. Derecho de oposición de los acreedores: art. 88 LMESM	292
	2. Responsabilidad solidaria por las obligaciones incumplidas: art. 91 LMESM	293
III	LA CESIÓN GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO DESDE UNA PERSPECTIVA LABORAL: PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES	298

<b>Capítulo 6: Cesión global Internacional</b>	<b>305</b>
<b>Capítulo 7: Consideración tributaria de la operación de cesión global de activo y pasivo</b>	<b>307</b>
<b>Capítulo 8: La insuficiencia del régimen legal de la cesión global como forma de modificación estructural</b>	<b>317</b>
I INCOHERENCIA ENTRE LA CARACTERIZACIÓN DE LA CESIÓN GLOBAL COMO MODIFICACIÓN ESTRUCTURAL Y ASPECTOS RELEVANTES DE SU RÉGIMEN JURÍDICO: LA PROTECCIÓN INSUFICIENTE DE SOCIOS Y TERCEROS FRENTE A LOS REGÍMENES DE LA FUSIÓN Y LA ESCISIÓN	317
II PLANTEAMIENTO DE LA INCURSIÓN DE LA CESIÓN GLOBAL EN EL SISTEMA DE LAS DIRECTIVAS EUROPEAS	319
III UNA POSIBLE SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS DETECTADOS EN EL ACTUAL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CESIÓN GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO: EL CONTRATO DE CESIÓN GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO	325
<b>Capítulo 9: Aportaciones que realiza la Propuesta de Código Mercantil al régimen legal de la cesión global de activo y pasivo</b>	<b>331</b>
<b>TERCERA PARTE: LA CESIÓN GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO DE SOCIEDADES EN LIQUIDACIÓN O EN SITUACIÓN CONCURSAL</b>	<b>341</b>
I INTRODUCCIÓN: LA PROBLEMÁTICA DE LA CESIÓN GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO ANTE LA LIQUIDACIÓN SOCIETARIA Y PROCEDIMIENTO CONCURSAL	343
<b>Capítulo 1: Consideraciones generales en torno a la cesión global de activo y pasivo de sociedades en liquidación</b>	<b>345</b>
I LA CESIÓN GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO Y LA LIQUIDACIÓN DE SOCIEDADES	345
1. La posición de la sociedad en liquidación en el procedimiento de cesión global de activo y pasivo	345
1.1. Liquidación de sociedad mediante cesión global de activo y pasivo: artículo 81.2 LMESM	346

1.2. Sociedad en situación de liquidación societaria que realiza una cesión global de activo y pasivo: art. 83 LMESM	347
<b>Capítulo 2: La cesión global de activo y pasivo en el entorno del concurso de acreedores</b>	<b>353</b>
I MODIFICACIONES ESTRUCTURALES DE SOCIEDADES Y CONCURSO DE ACREEDORES	353
II LA CESIÓN GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO EN SOCIEDADES EN SITUACIÓN PRECONCURSAL	358
III LA CESIÓN GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO DE SOCIEDADES EN SITUACIÓN CONCURSAL	365
1. La cesión global de activo y pasivo en la fase común del concurso	368
2. Las soluciones dadas al concurso mediante el recurso a la cesión global de activo y pasivo	371
2.1. La cesión global de activo y pasivo como contenido de una propuesta anticipada de convenio	372
2.2. La cesión global de activo y pasivo como contenido del convenio concursal ordinario	374
2.2.1. Posibilidad de que el contenido del convenio de la sociedad mercantil concursada con los acreedores sea una operación de cesión global de activo y pasivo	375
2.2.2. Relevancia del momento de la adopción del acuerdo de cesión global de activo y pasivo por parte de los socios	379
2.2.3. El derecho de oposición de los acreedores a la cesión global de activo y pasivo dentro de un procedimiento concursal	382
2.2.4. Cumplimiento e incumplimiento de un convenio concursal con modificación estructural	385
2.3. La cesión global de activo y pasivo de sociedades en situación de liquidación concursal o como mecanismo de liquidación concursal	388



IV	CONSIDERACIONES GENERALES EN TORNO A LA REALIZACIÓN DE UNA CESIÓN GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO CON POSTERIORIDAD A LA APROBACIÓN JUDICIAL DE UN CONVENIO CONCURSAL	395
1.	Realización de una cesión global de activo y pasivo por parte de la sociedad concursada tras la aprobación judicial de un convenio cumplido	395
2.	Relación entre el incumplimiento del convenio y la cesión global de activo y pasivo realizada fuera del mismo	396
3.	Extinción de la sociedad concursada debido a una cesión global de activo y pasivo extintiva sin conclusión del procedimiento concursal (sin cumplimiento íntegro del convenio)	397
V	DECLARACIÓN DE CONCURSO DE ACREEDORES A LA SOCIEDAD CEDENTE O CESIONARIA: EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE REINTEGRACIÓN	400
	<b>Conclusiones</b>	<b>413</b>
	<b>Fuentes consultadas</b>	<b>435</b>
1.	Bibliografía	435
2.	Enlaces <i>web</i>	456
3.	Normativa	457
3.1.	Unión Europea	457
3.2.	España	458
4.	Jurisprudencia	461
4.1.	Unión Europea	461
4.2.	Tribunal Supremo	461
4.3.	Tribunal Superior de Justicia	461
4.4.	Audiencia Provincial	462
4.5.	Juzgado de lo Mercantil	462
4.6.	Jurisprudencia de la DGRN: Resoluciones de la Dirección general de los Registros y del Notariado	462
4.7.	Dirección General de tributos (D.G.T.)	462

<b>Anexo I: Documento notarial de proyecto de cesión global de activo y pasivo</b>	<b>463</b>
<b>Anexo II: Documento notarial de escritura pública de cesión global de activo y pasivo</b>	<b>465</b>
<b>Anexo III: Estadísticas</b>	<b>469</b>



## Índice de abreviaturas

AA.VV.	Autores varios
AA.MN	Anales de la Academia Matritense del Notariado
AC	Aranzadi Civil
Act.Civ.	Actualidad Civil
ADC	Anuario de Derecho Civil
AN	Audiencia Nacional
Art.	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados
BORME	Boletín Oficial del Registro Mercantil Español
CE	Constitución Española de 1978
CNDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
CC	Código Civil
CCom	Código de Comercio
CDC	Cuadernos de Derecho y Comercio
CEE	Comunidad Económica Europea
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
DGT	Dirección General de Tributos
DN	Derecho notarial
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
DS	Diario de Sesiones

ET	Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores
IRPF	Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
IVA	Impuesto sobre el Valor Añadido
LC	Ley 22/2003, de 19 de julio, Concursal
LDC	Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE de 4 de julio de 2007)
LIS	Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades
LMESM	Ley 3/2009, de 3 de abril sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles
LSA	Ley de 17 de julio de 1951 de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas
LSC	Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital
LSRL	Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (vigente hasta el 1 de septiembre de 2010)
OEPM	Oficina Española de Patentes y Marcas
PCM	Propuesta de Código Mercantil, elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, y presentada el 17 de junio de 2013
PGC	Plan General de Contabilidad
RDC	Revista de Derecho Civil
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
RDL	Real Decreto-ley
RGLJ	Revista general de Legislación y Jurisprudencia
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDN	Revista de Derecho notarial
RDCP	Revista concursal y paraconcursal
RdS	Revista de Derecho de Sociedades

RDP	Revista General de Derecho Privado
RJ	Repertorio Jurisprudencia Aranzadi
RJC	Revista Jurídica de Catalunya
RJN	Revista Jurídica del notariado
RM	Registro Mercantil
RRM	Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLSC	Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio
TRLIS	Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (vigente hasta el pasado 01 de enero de 2015)
TRLSA	Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de sociedades Anónimas (vigente hasta el 1 de septiembre de 2010)
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea
UmwG	<i>Umwandlungsgesetz</i> , de 28 de octubre de 1994, (BGB1. 1994 I, p 3210) Ley alemana de Depuración del Derecho de las modificaciones estructurales de la RFA



## **Introducción**

Antes de comenzar el objeto de estudio de esta Tesis Doctoral, precisamos en este primer apartado cuál es el tema que se pretende investigar justificando su elección, relevancia e interés actual. Se expone tras ello la metodología que se empleará para el estudio del mismo y después se explicará la estructura propuesta en el desarrollo de este trabajo, todo ello desde el necesario rigor académico universitario que siempre debe acompañar al proceso investigador.

Nuestra investigación tiene como objetivo el estudio crítico y en profundidad de la operación de cesión global de activo y pasivo, como operación de modificación estructural de las sociedades mercantiles. Se profundizará en el conocimiento de su régimen jurídico, lo que nos permitirá aportar un estudio crítico sobre su regulación legal, extrayendo a partir de aquí consecuencias concluyentes y significativas de conocimiento, resultado del objeto de esta investigación.

### **I**

#### **DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTA INVESTIGACIÓN**

La presente tesis doctoral tiene por objeto el estudio detallado del régimen jurídico en derecho español de la cesión global de activo y pasivo dentro de las distintas formas de modificaciones estructurales que se contemplan en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles. Este trabajo pretende analizar fundamentalmente el régimen jurídico de la cesión global de activo y pasivo tal como es configurada por la Ley, es decir, como una operación de modifica-

ción estructural de la sociedad cedente que pretende facilitar la transmisión de la empresa y la continuidad de su funcionamiento en el marco de operaciones de reestructuración empresarial. Por ello, la cesión global de activo y pasivo no solo será una operación de modificación estructural sino que también es considerada como un negocio de transmisión de empresa en el que intervienen cedente y cesionario/s. Para que ello tenga lugar, se llevará a cabo la transmisión de activo y pasivo por parte de una sociedad mercantil a uno o varios socios o terceros a cambio de una contraprestación que no podrá consistir en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario. En este estudio se analizará detalladamente el procedimiento societario que regula la cesión global cuya observancia garantizará el cumplimiento de los efectos de dicha operación de reestructuración empresarial. En dicho procedimiento quedarán garantizados los mecanismos procedimentales oportunos para proteger a socios y acreedores afectados por la realización de la operación. Completa el estudio de la cesión global la perspectiva contractual desde la que también puede ser observada ya que la misma supone la intervención de cedente y cesionario con el objeto de transmitir una empresa.

Esta investigación introduce igualmente una referencia inicial al resto de operaciones de modificación estructural, categoría de la que también forma parte la cesión global desde la publicación de la Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, en adelante LMESM. Esta Ley da un reconocimiento expreso a esta categoría que incluirá desde ese momento todas las operaciones societarias de modificaciones estructurales: la transformación, fusión, escisión, cesión global de activo y pasivo y traslado internacional del domicilio social.

La hipótesis de la que parte este trabajo radica en la consideración de la cesión global de activo y pasivo como una nueva operación de reestructuración societaria de especial complejidad, que aparece incluida en la redacción de la LMESM para posibilitar la transmisión de empresas en el ordenamiento jurídico español. Pretendemos demostrar la existencia de una auténtica operación de modificación estructural (inexistente en otros ordenamientos jurídicos) que recibe el tratamiento legislativo necesario para la realización de un traspaso patrimonial entre empresas, permaneciendo, como resultado



de la misma, la sociedad cedente en funcionamiento, o bien, siendo utilizada la cesión global, como mecanismo de liquidación simplificada de las mismas.

El fenómeno de la reestructuración empresarial mediante la realización de la operación de cesión global de activo y pasivo será contemplado desde varias perspectivas: a través de la Ley, de la práctica mercantil, de las formulaciones científicas de la doctrina y de la visión jurisprudencial. Todas ellas son distintas y al mismo tiempo imprescindibles pues observan las reestructuraciones societarias desde ámbitos muy dispares pero resultan coincidentes en destacar la importancia del fenómeno que analizamos en este trabajo referido al hecho de la necesaria adecuación que tienen que realizar las organizaciones empresariales para adaptarse a las cambiantes circunstancias del mercado.

La nueva regulación legal que ofrece la LMESM ha supuesto un cambio sustancial en la concreción de la naturaleza, función y caracterización de esta nueva operación tan controvertida en su anterior regulación hasta la publicación de dicha Ley. De esta forma, tras la publicación de la LMESM, podemos inferir con mayor concreción el alcance práctico y los efectos que tiene la cesión global de activo y pasivo desde la perspectiva patrimonial como herramienta legislativa para la transmisión de empresas, en la que intervienen cedente y cesionario, revelándose un aspecto contractual inherente a la propia operación societaria que permitirá estudiarla desde las dos vertientes que posee: la patrimonial y la societaria<sup>1</sup>. Dicho efecto patrimonial persigue en todo caso un principio ordenador de la materia mercantil como es la conservación y continuidad de las empresas que no era suficientemente observado antes de la reforma legal debido a que entonces primaba el que era el objetivo único pretendido por la operación de cesión global: la liquidación de la sociedad mercantil. El carácter liquidatorio de la operación ahora se convierte en una alternativa. Indudablemente y como ya era observable antes de la LMESM, la cesión global de activo y pasivo tiene también un ineludible carácter societario que deriva de la alteración de la estructura patrimonial de la sociedad cedente a partir de la realización de la operación.

Pretendemos también completar el estudio de la operación en cada uno de sus contenidos con una visión crítica sobre la misma en la que se destacarán muy particu-

---

<sup>1</sup> PEINADO GRACIA, J.I., "Prólogo" en *Cesión global de activo y pasivo. Aspectos contractuales y societarios*, CONTRERAS DE LA ROSA, I., *RdS*, nº 41, pg.20.

larmente las deficiencias e insuficiencias normativas que sigue presentando el nuevo régimen frente a la anterior regulación a la publicación de la LMESM.

El trabajo realizado aborda un tema de actualidad como es la operación societaria de cesión global de activo y pasivo, procediendo a dar una visión de conjunto sobre la misma a partir de un estudio retrospectivo de los antecedentes históricos sobre los que se asienta, cuando la operación carecía apenas de utilidad y analizando pormenorizadamente, tras ello, su controvertida evolución legislativa hasta alcanzar su actual concepción en nuestro ordenamiento jurídico. De dicha concepción se infiere que la cesión global posee una regulación autónoma como operación de modificación estructural en virtud de la LMESM replanteándose la misma en dicha Ley y distanciándose de la liquidación societaria que ocupaba su antigua y exclusiva funcionalidad. Esta norma introduce por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico una regulación completa y sistemática de la figura por lo que resulta de interés abordar en profundidad la naturaleza jurídica de esa operación y verificar en qué medida esa novedosa regulación da respuesta adecuada a los problemas que plantea y define de forma acertada las posiciones jurídicas de las personas físicas y jurídicas afectadas por la operación<sup>2</sup>.

De esta manera, la investigación realizada cobra interés debido a la escasa regulación legal que ha recibido la cesión global de activo y pasivo en su trayectoria legislativa y a la variedad de incertidumbres e interpretaciones diversas que se han ido sucediendo en su regulación legal.

Antes de la publicación de la LMESM, la cesión global tuvo una incursión escasa y controvertida en el ordenamiento jurídico a través de leyes ya derogadas como la Ley de Sociedades Anónimas (LSA)<sup>3</sup>, la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL)<sup>4</sup> y el vigente Reglamento del Registro Mercantil (RRM)<sup>5</sup>. De hecho, la operación de cesión global de activo y pasivo solo era referenciada de forma escueta en el art. 266 de la LSA donde era referida junto a otras operaciones en sede de liquida-

---

<sup>2</sup> Con anterioridad a la promulgación de la LMESM se defendieron tres tesis doctorales sobre la figura de cesión global de activo y pasivo, por lo que resulta preciso estudiar una vez más con detalle esta operación de modificación estructural desde la perspectiva de la nueva regulación.

<sup>3</sup> Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (vigente hasta el 1 de septiembre de 2010)

<sup>4</sup> Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (vigente hasta el 1 de septiembre de 2010)

<sup>5</sup> Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.

ción, y en el 117 de la LSRL, estableciéndola como mecanismo de liquidación abreviada y extinción empresarial pero regulándola de forma escasa y poco clara pues no concretaba el posible contenido de la contraprestación del cesionario, lo cual podía llevar a plantear la posible entrega de cuotas de socio del cesionario, asimilándose así a una operación de modificación estructural. También tenía semejanzas con la fusión abreviada referida en el art. 250 LSA. Un año después, el art. 246 RRM, complicaría aún más la situación provocando una expansión del régimen contenido en el artículo 117 LSRL al que la doctrina calificó como efecto de *caja de Pandora*. En definitiva, en aquellos años eran comunes los problemas y dificultades prácticas que conllevaba la naturaleza jurídica y utilización de la cesión global debido a su deficiente regulación legal necesitada de soluciones jurídicas concretas que llegarían de la mano de la LMESM en abril del año 2009.

Las dificultades sobre la funcionalidad y el alcance práctico en el desarrollo legislativo de la cesión global de activo y pasivo han despertado nuestro interés por realizar una investigación que seguirá muy de cerca una constante discusión doctrinal que ha pretendido aclarar la naturaleza y función de la operación desde distintos escenarios. En ellos se han implicado Profesores Universitarios (Camacho de los Rios, Conde Tejón, Embid Irujo, Massaguer, Vicent Chuliá, Alonso Espinosa, Noval Pato, Soler Masota, Lázaro, Sánchez, Vañó Vañó, Contreras de la Rosa), Registradores (Fernández del Pozo), y Notarios (Álvarez Royo-Villanova, González Meneses, Gardeazabal, De la Cámara). Todos sus trabajos son aquí referenciados y constituyen un gran apoyo para completar el estudio de la operación de cesión global de activo y pasivo fundamentando las conclusiones a las que llegaremos al finalizar nuestra investigación.

La incorporación de la cesión global de activo y pasivo a la LMESM es aplaudida por la generalidad de la doctrina resultando esta figura realmente necesaria para la transmisión de empresas en el ordenamiento español. La elección del tema se justifica, en este sentido, pues la cesión global de activo y pasivo constituye una herramienta nueva y muy interesante en manos del legislador para la realización de operaciones de reestructuración empresarial cada vez más necesarias y verificables en un entorno de crisis empresarial existente en España desde el pasado año 2008 que ahora ya parece dar

atisbos de recuperación como refiere el legislador en el Preámbulo del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social<sup>6</sup>. El ordenamiento jurídico se ha hecho cargo de la situación de crisis económica durante estos últimos años promoviendo normativas que trataran de dar soluciones eficaces y mediante las que se procurara ante todo la conservación de la empresa, siendo la cesión global de activo y pasivo un mecanismo que lo posibilita gracias a la versatilidad que adquiere a partir de la nueva función que se le concede en la LMESM.

Igualmente, el estudio de la cesión global de activo y pasivo resulta de especial interés en la tercera parte de la tesis, cuando se analiza el recurso a la operación para las sociedades en situación concursal. Este aspecto, de especial interés en los últimos años ante la abundancia de situaciones de insolvencias en un contexto de crisis económica, ha sido, sin embargo, escasamente estudiado por nuestra doctrina. La cesión global de activo y pasivo se configura a partir de la investigación realizada como un medio de solución preventiva ante la crisis económica del empresario, evitando la entrada de éste en concurso de acreedores o bien, abierto ya el proceso concursal, constituyendo una forma de solución del mismo en las diferentes fases del concurso: en la fase común del proceso concursal, en el escenario del convenio o ya en la fase de liquidación concursal. Esta figura societaria L se ha revelado como un medio útil y de fácil adaptación para llevar a cabo procesos de reestructuración empresarial tanto en el sector público como en el privado. La cesión global velará siempre por el interés del concurso dando cumplida satisfacción a los acreedores e igualmente persiguiendo un principio fundamental inspirador del ordenamiento jurídico mercantil, como es el de la conservación de la empresa.

La cesión global, como modificación estructural traslativa, resulta idónea y beneficiosa para aquellas empresas que son aun económicamente viables y que quieren continuar con el ejercicio de su actividad empresarial tratando dicha figura de dar solución a su situación de crisis sin tener que llegar a la situación dramática de liquidación

---

<sup>6</sup> Como versa la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, “*la economía española lleva ya algunos meses dando signos esperanzadores de recuperación y consolidando un crecimiento económico que, merced a las reformas estructurales llevadas a cabo en los últimos años, está teniendo un efecto beneficioso en el empleo y en la percepción general de la situación que tienen los ciudadanos, las empresas y las diferentes instituciones*”.

concurzal. Ello ya se puede producir en la fase común del concurso a partir de la reforma de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal e igualmente la cesión global podrá constituirse como el contenido de un convenio concursal con los acreedores según establece la Ley Concursal (en adelante LC). Por ello, la cesión global de activo y pasivo tiene su cabida en la LC ya que va a proporcionar un medio más para lograr el saneamiento empresarial.

A partir de la investigación efectuada, se determinará que la operación de cesión global de activo y pasivo necesita para su completo y eficaz desarrollo, de la integración de las lagunas e insuficiencias que aparecen en el desarrollo de su procedimiento societario. Son muchos los esfuerzos realizados para tratar de salvarlas, tal como observaremos en el desarrollo de nuestro trabajo, si bien no se consigue siempre una solución que satisfaga a los agentes implicados en la operación. Es una realidad constatable también que la cesión global de activo y pasivo necesita igualmente, por ser una figura relativamente joven, de un desarrollo práctico que quedará verificado a través de la práctica de las sociedades mercantiles, Notarías, Registro Mercantil y despachos profesionales. Su trayectoria hasta el momento actual ha sido positiva, a pesar de las deficiencias legislativas, remisiones, lagunas cubiertas por la interpretación analógica o insuficiencias que destacaremos a lo largo de nuestro estudio. Todo ello es susceptible de mejora en todo caso, y resulta claramente plausible en comparación con otras operaciones de modificación estructural, como son la fusión o la escisión, que hacen gala de una regulación mucho más completa y coherente en su desarrollo procedimental y en la misma LMESM.

Junto a la publicación del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, arriba referido, también tuvo lugar escasos meses atrás, en diciembre de 2014, una reforma legislativa con repercusión societaria que trataremos cuando refiramos los términos de los acuerdos impugnables en la operación de cesión global de activo y pasivo. Se trata de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, reforma publicada en el BOE el pasado 24 de diciembre de 2014.

Otro proyecto legislativo, como nueva y destacable iniciativa codificadora, se desarrolla en la Propuesta de Código Mercantil presentada al Gobierno el 20 de junio de 2013, por parte de la Sección Segunda de la Comisión General de Codificación y actualmente en tramitación parlamentaria en estado de Anteproyecto. La normativa propia que recibe la cesión global de activo y pasivo se localiza en los quince párrafos del artículo 265 en los que la cesión global de activo y pasivo se muestra fiel heredera de la regulación establecida por la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles si bien la Propuesta realiza unas tímidas reformas que podrán mejorar la regulación de la operación en determinados aspectos puntuales. Deseable es que futuras reformas como la Propuesta de Código Mercantil, recojan todas las mejoras necesarias para que la cesión global de activo y pasivo no vuelva a tener en nuestro futuro Código Mercantil una regulación deficiente o incompleta que la coloque en clara desventaja con respecto al resto de operaciones de modificación estructural y que la hagan parecer menos segura a los operadores económicos del mercado. La propuesta de Código Mercantil plasma pues algunas mejoras de desarrollo de la Ley de Modificaciones Estructurales de Sociedades Mercantiles que serán objeto y referencia para nuestro estudio. Mediante ellas, se tratará de evitar que los agentes económicos puedan ver en la operación un mecanismo para eludir o aligerar el cumplimiento de requisitos legales necesarios para el resto de modificaciones estructurales. A partir de estas mejoras deseables y necesarias, la proyección práctica de la cesión global resultará muy interesante para la transmisión de las empresas por la simplicidad que supone su ejecución y la seguridad jurídica transmitida.

## II METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN

El trabajo científico propuesto se realiza a través de un método de investigación descriptivo e interpretativo de la regulación legal contenida fundamentalmente en la LMESM. A las carencias o lagunas legales se les dará solución mediante el método

hermenéutico realizando una interpretación de los vacíos legales existentes, que no son pocos. A dicho trabajo de análisis legal se le añade un carácter crítico que se acomete mediante la aportación doctrinal, realizándose una valoración de la regulación actual de la cesión global, y emitiendo un juicio de valor sobre dichos extremos. La jurisprudencia es valorada contribuyendo a conformar un trabajo sólido. Por todo ello, la investigación realizada adquiere finalmente un carácter dialógico que propiciará la discusión y el debate. Este trabajo de investigación se ve complementado con un estudio de prospección sobre el tratamiento que recibe la operación de cesión global de activo y pasivo en la ya referida Propuesta de Código Mercantil, analizándose la futura y factible configuración de la cesión global en la próxima redacción del nuevo Código de Comercio.

### III METODOLOGÍA DE EXPOSICIÓN

Presentamos nuestro trabajo de investigación con una estructura bien definida que se articula en tres partes fundamentales divididas en sus respectivos capítulos que conforman una obra sólida bajo una sistemática expositiva que se iniciará, en su primera parte, con un estudio sobre la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles a la que debe la operación su inclusión como operación de modificación estructural. Se justificará la necesidad y bondades de la misma en cuanto a la consecución de la unificación pretendida y la simplificación procedimental propuesta. A continuación se abordarán de forma aproximada las operaciones que constituyen la categoría de modificaciones estructurales: transformación, fusión, escisión, traslado internacional del domicilio social y tras ello se relacionan de forma sucinta los caracteres que delimitan y diferencian a la operación de cesión global del resto de operaciones de modificación estructural procediendo a dar una definición legal de la misma. A partir de ahí, se podrá concluir con la relación de los rasgos definidores de las modificaciones estructurales analizándose los caracteres y elementos comunes definito-

rios de las mismas como procesos societarios que pretenden la finalidad de reestructuración empresarial.

Tras ello, se realizará una incursión en la referencia normativa que tiene dicha operación en Derecho comparado y se estudiará igualmente el contenido que aporta el Derecho comunitario sobre las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, no siendo objeto de regulación específica por éste la cesión global de activo y pasivo. Se estudian después los caracteres que delimitan y diferencian a la operación de cesión global del resto de operaciones de modificación estructural procediendo a dar una definición legal de la operación. Se concluye la primera parte con el tratamiento de la cesión global como instrumento para la transmisión de empresas en nuestro ordenamiento jurídico.

En la segunda parte de la obra, se abordará inicialmente la aplicación analógica de la regulación de la fusión justificándose la remisión analógica de determinados aspectos de la cesión global a la regulación de la fusión, y exponiéndose, desde un punto de vista crítico las carencias existentes en la regulación del régimen jurídico de la cesión global analizando aspectos de la misma que no ayudan a equipararla al mismo nivel que el resto de las modificaciones estructurales contenidas en la LMESM.

Tras ello se procede al estudio en profundidad del régimen jurídico-positivo aplicable a la cesión global en la LMESM, el cual se revela como autónomo, necesario y con sus peculiaridades, para poder producir los efectos propios de la operación. Se detallarán las distintas fases del procedimiento que ocupan los artículos 85 a 91 LMESM. Ocupa un lugar destacado el estudio de la impugnación de la operación, al que dedicamos el capítulo 3 de esta segunda parte y que aparece referido en el art. 90 LMESM.

Después del estudio del procedimiento aplicable a la operación de cesión global, procederemos al análisis de los efectos de la cesión global con especial referencia a aquel que convierte a la operación en deseable en cuanto a su realización por el tipo de transmisión del patrimonio que efectúa la sociedad cedente: el efecto de la sucesión universal. El efecto societario, referido a la extinción o continuidad de la sociedad cedente completa la investigación. Tras este estudio, se procede a analizar los distintos mecanismos de protección que brinda la LMESM a socios, acreedores y trabajadores.



Junto a ello se hace también una breve incursión en la figura de la cesión global internacional y también en la perspectiva fiscal de la figura en atención al interés que despierta el hecho de que un mayor o menor gravamen impositivo, supondrá su menor o mayor utilización en la práctica mercantil.

A partir de ahí, concluye la segunda parte de la investigación con un análisis crítico y detallado de las insuficiencias e incoherencias que actualmente presenta la operación de cesión global como forma de modificación estructural. Dichas insuficiencias podrían ser solo en parte superadas en un futuro próximo gracias a la nueva regulación que recibe la operación en la Propuesta de Código Mercantil, en estado actual de anteproyecto, como dijimos arriba.

Finalmente, en la tercera parte de la tesis, se tratará la operación de cesión global de activo y pasivo en aquellas sociedades mercantiles que se encuentran en estado de liquidación y también en situación concursal analizando la incursión de la operación en las distintas fases del procedimiento concursal. Resulta de especial interés esta parte de la tesis dada la abundancia de situaciones de insolvencias producidas en los últimos años.



## **Primera parte:**

**La cesión global de activo y pasivo como  
operación de modificación estructural y su  
regulación en la Ley 3/2009, de 3 de abril,  
sobre modificaciones estructurales de las  
sociedades mercantiles**





## **Introducción:**

### **La delimitación de la operación de cesión global de activo y pasivo**

La primera parte de la tesis se estructura en tres capítulos diferenciados que abordan, en primer lugar el estudio en profundidad y justificación de la necesidad de publicación de la Ley 3/2009 de 3 de abril sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, procediendo a delimitarse a continuación el conjunto de modificaciones estructurales que la integran: transformación, fusión, escisión y traslado internacional del domicilio social, realizándose una caracterización de las mismas y una diferenciación con la operación objeto de nuestro estudio: la cesión global de activo y pasivo. Tras el análisis de las diferentes operaciones de modificación estructural, podremos concluir el capítulo 1 definiendo el significado de modificación estructural y analizando los caracteres comunes que las definen.

En el segundo capítulo realizamos una incursión y estudio de la operación en el Derecho Comparado y Comunitario para, a continuación, observar los orígenes y evolución de la operación en nuestra legislación interna hasta la publicación de la LMESM. A partir de aquí, estudiamos detalladamente como se articula la cesión global de activo y pasivo en la Ley, realizando una delimitación conceptual, concretando la naturaleza jurídica de la misma, y estableciendo su caracterización a partir de los elementos subjetivos y objetivos que la integran.

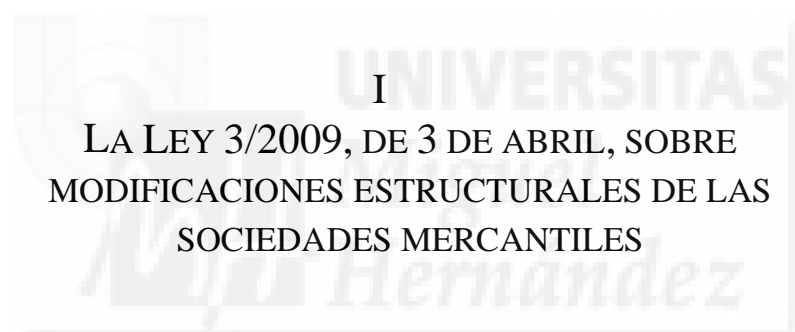
Concluye la primera parte de la tesis con el capítulo tercero en el que realizamos una referencia obligada al estudio de la operación de cesión global como negocio de transmisión de empresa, ya que ese es su objeto esencial. De esta manera, pretendemos dar la relevancia que le corresponde a la función esencial de la cesión global y para ello

nos detendremos en el examen detallado del significado jurídico de empresa en el derecho español y en el estudio de los principios de conservación y continuidad de la misma que están intrínsecamente unidos a la transmisión de las mismas en el Derecho español.



## **Capítulo 1:**

### **Las modificaciones estructurales como categoría a partir de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles**



#### **1. Justificación de elaboración de la Ley: contexto de crisis económica e influencia de la normativa comunitaria**

El 4 de abril de 2009 el Boletín Oficial del Estado publicó la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, BOE núm.82, de 4 de abril de 2009, pgs. 31928 a 31964, que estableció una *vacatio legis* de tres meses antes de su entrada en vigor salvo las normas sobre fusiones transfronterizas intracomunitarias, que entraron en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE, el 5 de abril del pasado año 2009. Exceptuando lo anterior, la Ley entró en vigor el día 4 de julio de 2009. La presente Ley fue elaborada a partir de la propuesta redactada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación (23 de marzo de 2007), vis-

lumbrando la luz el 30 de mayo de 2008<sup>7</sup>. Desde entonces fue sometida a enmiendas y al informe de la ponencia, dando lugar a una segunda versión<sup>8</sup> que fue aprobada por la Comisión de Justicia y no por el Pleno. Ello fue debido a que la Comisión de Justicia detentaba competencia legislativa para aprobar este Proyecto de Ley en base al art. 75.2 de la Constitución española (CE) y a la delegación de las Cámaras en las Comisiones Legislativas Permanentes. De ahí pasó al Senado, realizándose la última redacción y aprobándose el texto definitivo por el Congreso de los Diputados<sup>9</sup>.

Se trata de una Ley extensa que comprende 103 artículos y que aborda, junto al Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio (LSC)<sup>10</sup>, la materia fundamental del derecho societario. Conviene precisar ya desde el inicio que la LMESM, no solo incluye la regulación de las modificaciones estructurales que afectan a las sociedades capitalistas sino a la totalidad de las sociedades mercantiles, teniendo en este sentido una extensión que no observa la LSC, ceñida en su objeto a las sociedades capitalistas como su nombre indica. La LMESM modificó el derecho sustantivo de la LSA para adaptarlo a los pronunciamientos comunitarios, quedando afectado el régimen de las aportaciones no dinerarias, de los negocios sobre las propias acciones, el derecho de suscripción preferente y las obligaciones convertibles<sup>11</sup>. Como apunta el Preámbulo de la Ley, se trataba de una solución transitoria a la espera de que se refundieran y armonizaran en su totalidad las distintas leyes que en esos momentos regulaban nuestro derecho de sociedades. Era pues, como refería el aptdo. V del Preámbulo, una solución transitoria a la espera de que llegara el momento oportuno para una codificación o, al menos, para una compilación del Derecho de las sociedades mercantiles en un cuerpo legal unitario en concepciones básicas, que supusiera la derogación del notablemente envejecido Título I del Libro II del Cód-

---

<sup>7</sup> BOCG (Boletín Oficial de las Cortes Generales). Congreso de los diputados núm. A-4-1 de 30 de mayo de 2008, pgs. 1 y ss.

<sup>8</sup> BOCG (Boletín Oficial de las Cortes Generales). Congreso de los diputados núm. A-4-10 de 12 de diciembre de 2008, pgs. 1 y ss.

<sup>9</sup> DS (Diario de Sesiones) Congreso de los Diputados Núm. 69 de 18 de marzo de 2009, pgs. 43 a 47 y pg. 57 que aprueba todas las enmiendas adoptadas por el Senado. Tras ello, BOCG núm. A-4-12, de 2 de abril de 2009, pgs.1 y ss., ordena su publicación.

<sup>10</sup> 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>11</sup> ARROYO VENDRELL, T., "Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles", *Derecho de los Negocios*, nº 229, 2009, pg.1.



go de Comercio de 1885 (Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio)<sup>12</sup>.

Antes de iniciar el estudio sobre la Ley, hemos de referir que la materia referida a las modificaciones estructurales objeto de nuestro estudio ocupa un puesto de total actualidad. Constatamos y reconocemos la incuestionable importancia práctica que hoy en día tiene el fenómeno de las reestructuraciones societarias. Los procesos de reestructuraciones societarias empezaron a acelerarse en el ámbito español debido a la urgencia que sintieron nuestros empresarios de tener que afrontar nuevos retos impuestos por las mayores dimensiones del mercado comunitario europeo. Dicho proceso sigue abierto hoy en día produciéndose numerosos cambios estructurales en las sociedades mercantiles, que atenderán a diferentes razones, pero que tendrán un denominador común referido siempre al aseguramiento de la continuidad de la empresa en el tráfico económico<sup>13</sup>. Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles afectan a una gran variedad de sujetos con intereses diversos teniendo una realidad y trascendencia teórica y práctica fundamental en nuestros días. El estudio del desarrollo procedimental de la operación de cesión global, constata que, al igual que en las operaciones restantes reguladas en la LMESM, en la sociedad cedente intervienen administradores, trabajadores, acreedores y deudores de la sociedad cedente, socio o socios con carácter mayoritario pues poseen la mayor parte del capital social, también los llamados socios disidentes, los sujetos que hayan contratado con la sociedad y que son la contraparte en esos contratos, e indudablemente el Fisco, pues la operación de modificación estructural realizada estará afecta a distintos impuestos. El cesionario podrá ser, como veremos, también una sociedad, lo cual multiplica las posibilidades de intereses contrapuestos que afectan a los más variados sujetos. Del mismo modo, las modificaciones estructurales tienen implicaciones en distintos ámbitos jurídicos: Derecho laboral, Derecho de la competencia, Derecho patrimonial civil y Derecho fiscal por la trascendencia práctica que tiene la operación. Debido a ello, podemos observar el carácter pluridisciplinar de estas operaciones y la complejidad que preside su desarrollo procedimental.

---

<sup>12</sup> GÓMEZ PORRÚA, J.M. en “Nueva regulación general de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (Ley 3/2009 de 13 de abril)” en *Derecho de los Negocios*, nº 224, 2009, pg. 2.

<sup>13</sup> En este sentido, LARGO GIL, R., en “Las modificaciones estructurales de las sociedades según la Dirección General de los Registros y del Notariado”, en *RdS*, nº 9, 1997, pg. 149.

Compartimos la visión sobre la especial trascendencia macroeconómica que tiene igualmente la operación de cesión global en la política económica general de un país<sup>14</sup>. Es indudable que la existencia de una normativa sustantiva y fiscal flexible permitirá abrirnos al desarrollo de la concentración empresarial superando el ámbito nacional y accediendo a mercados de ámbito comunitario, del que somos miembro activo, e igualmente mundiales. Estas complejas realidades societarias fruto de operaciones de modificación estructural no son estáticas sino que sufrirán de nuevo modificaciones o reajustes constantes resultantes de circunstancias económicas en constante evolución. Por ello, es indispensable que se ofrezca desde el ámbito jurídico la flexibilidad necesaria facilitadora de su desarrollo para así poder adaptarse rápidamente al cambiante mercado y a razones de eficiencia económica. Dicha flexibilidad se predica con respecto al ámbito de aplicación, a los presupuestos y al desarrollo del procedimiento en la realización de estas modificaciones estructurales previstas en la LMESM, pero no es menos desdeñable el hecho de que la misma vaya acompañada de una rigidez en cuanto a la seguridad jurídica que debe presidir la misma pues, defendiendo dicha flexibilidad, no podemos sin embargo permitir que las garantías que asisten a los sujetos intervinientes en la operación, queden afectadas<sup>15</sup>. Así pues en el desarrollo del articulado de su régimen jurídico, se puede advertir normativa relativa a esa protección específica de socios y acreedores de ambas sociedades normalmente intervinientes en las distintas operaciones de modificación estructural. Nos estamos refiriendo a la observancia de cautelas y garantías necesarias como la correcta y clara disposición de la información sobre la operación, el informe de expertos independientes sobre la viabilidad de las operaciones que supone una valoración externa y objetiva de las mismas, la elaboración de balances y el derecho de oposición de los acreedores. Llevando a cabo un juego de equilibrios continuo entre la flexibilidad procedimental necesaria en estas operaciones y la observancia de las garantías y cautelas, se tratará de alcanzar la eficiencia económica.

---

<sup>14</sup> GONZÁLEZ MENESES, M. y ÁLVAREZ, S., “Cesión global de activo y pasivo” en *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Madrid, 2011, pg.14.

<sup>15</sup> A lo largo del trabajo que nos ocupa se tratará de explicar, en base al rigor jurídico, que la operación de cesión global de activo y pasivo muestra distintas carencias en su desarrollo procedimental con respecto al resto de operaciones de modificación estructural que componen la LMESM.

## **1.1. Contexto de crisis económica**

La referida eficiencia económica ya se perdió antes de la llegada en 2009 de la LMESM bajo el inicial desarrollo de una crisis económica que actualmente ya empieza a dar ligeros atisbos de recuperación. Las operaciones de modificación estructural han sido en muchas ocasiones las causantes de efectos que han incidido en el desarrollo de la crisis económica pues no se han limitado a cumplir su estricto cometido de ser un mecanismo necesario para el desarrollo empresarial<sup>16</sup>. Muy al contrario, estas operaciones han servido para acometer maniobras que desvirtúan el significado esencial de las mismas, que no es otro que el de ser un instrumento al servicio del desarrollo empresarial y a las necesidades de la economía real. Dichas operaciones empresariales se han acometido en España durante las últimas dos décadas y en ellas han primado intereses a corto plazo que no presidían objetivos propiamente societarios sino que constituían unos negocios que han sido factores añadidos al desarrollo de la crisis. Estamos refiriéndonos a la realización de LBO o *leveraged buy-outs*<sup>17</sup> que actualmente constituyen concursos de acreedores y ponen en evidencia que cuando las empresas son víctimas de la peor ingeniería financiera convirtiéndolas en objetos de especulación, se entra en un nuevo estadio de excesos que implican siempre una amenaza o riesgo para la subsistencia de las empresas. Esa manipulación de la que vienen siendo objeto las sociedades mercantiles capitalistas constituye el fenómeno denominado como “ingeniería societaria” consistente en utilizar el derecho societario en sus más variadas combinaciones negociales

---

<sup>16</sup> En este sentido, EMBID IRUJO, J.M. en “El presente incierto del derecho de sociedades”, Revista de Derecho Mercantil, nº 272, año 2009, pg. 454, significa que son escasas, por no decir casi inexistentes, las aportaciones doctrinales que se han ocupado de analizar las posibles repercusiones que la actual crisis económica es susceptible de provocar en el terreno jurídico. El autor opina que poco o nada han dicho los juristas al respecto llamando la atención el silencio, la atonía o la inercia de los mercantilistas, cuyo criterio, con independencia de su concreta orientación, debería ser conocido. La justificación de este requerimiento reside en que es el Derecho comercial o mercantil, y concretamente un sector del mismo, como es el Derecho de sociedades, el sector del ordenamiento jurídico en cuyo ámbito se sitúan algunas de las instituciones cuyos desajustes o excesos se encuentran, en opinión de importantes sectores de la opinión pública, en la base de los graves problemas que nos aquejan. No cabe registrar opiniones concretas sobre cuál debería ser el contenido (nuevo o renovado) de las instituciones mercantiles para contribuir, en lo posible, a la superación de la crisis.

<sup>17</sup> Las LBO son las llamadas compras apalancadas o compras financiadas por terceros. Consisten en la adquisición de una empresa con la ayuda de una gran parte de capital externo para poder alcanzar la cantidad necesaria pues los medios propios del comprador son reducidos. Servirán de garantía o apalancamiento los bienes de la empresa que se van a adquirir pues tienen el cometido de asegurar y pagar el dinero prestado en la compra. La empresa vendida va a financiar su propia compra lo cual es rechazable en nuestro ordenamiento jurídico.

para tratar de conseguir fines financieros distintos a los que justifican su existencia. Son llamadas así las sociedades mercantiles *special purpose vehicle o SPV*. Toda esta realidad vivida los últimos 20 años con la realización de este tipo de operaciones LBO es absolutamente contrapuesta al carácter flexible con el que se estaba gestando la LMESM desde el año 2006. La propia Exposición de Motivos señala la singular importancia que tiene la LMESM por la especial sensibilidad para responder adecuadamente al creciente proceso de internacionalización de los operadores económicos, todo ello en aras a la consecución de eficiencia económica. Pero curiosamente, y de forma contrapuesta, ese exceso de flexibilización jurídica en la realización procedimental de estas operaciones era el que en esos momentos estaba dando lugar al desarrollo de la crisis económica, que ya había irrumpido de lleno el año que se promulgó la Ley, en 2009.

Se destaca que la importancia que tuvo en su momento el Proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de sociedades mercantiles se revelaba en un cuádruple sentido pues incorporaba, en primer lugar, las disposiciones arriba referidas y además abordó por primera vez una regulación completa y global sobre aspectos de gran trascendencia para todas las sociedades mercantiles<sup>18</sup>. En tercer lugar, previó en su Disposición final 6ª la elaboración, en un plazo de doce meses, de un texto refundido bajo el título de “Ley de Sociedades de Capital” en el que se integraron las normas sobre la materia del Código de Comercio, de la LMV y de las Leyes de S.A. y de SRL, aparte, claro está, de la propia LMESM. FY, finalmente, porque modificó el texto refundido de la LSA en puntos esenciales del mismo y la LSRL.

La disposición transitoria de la Ley estableció que “*la presente Ley se aplicará a las modificaciones estructurales de sociedades mercantiles cuyos proyectos no hubieren sido aún aprobados por la sociedad o sociedades implicadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley*”. El momento clave es pues aquel en que las juntas generales adoptan la aprobación del acuerdo de fusión, escisión, etc. y no el momento de aprobación del proyecto como podría deducirse del contenido de la disposición. La terminología no es suficientemente clara pero llegamos a esta conclusión si contrastamos el con-

---

<sup>18</sup> GARCÍA VALDECASAS, J.A., en *Proyecto de Ley sobre Modificaciones estructurales de sociedades mercantiles*, en [www.notariosyregistradores.com](http://www.notariosyregistradores.com), 2008 y ALONSO UREBA, A., en “Comentario al Proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: IV. Cesión global de activo y pasivo”, en *RdS*, n.º.31, 2008, pg. 69.

junto del articulado de esta Ley, especialmente los artículos 30 y 39.1LMESM<sup>19</sup>. Por otra parte, en su disposición final 5ª ( DF 5ª) aparece relacionado el título competencial relativo al hecho de que esta Ley se dicta al amparo de las competencias que el artículo 149.1.6ª de la Constitución Española atribuye en exclusiva al Estado en materia de legislación mercantil: “*El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 6.ª Legislación mercantil, penal y penitenciaria, legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas.* A partir de esta disposición adicional, queda plasmada la elección del legislador de regular solo la legislación mercantil, de competencia exclusiva del Estado, evitando así posibles conflictos de competencia con las Comunidades Autónomas.

De este modo queda así limitado el contenido de la LMESM a las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles exclusivamente dejando aparte otras modificaciones estructurales que podían haberse incluido como p.e. las relativas a las sociedades civiles y que hubieran contribuido a plasmar en la LMESM una postura de unificación del derecho privado como ha hecho la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal que, como dice su Exposición de Motivos, se ha inspirado en el principio de unidad de disciplina, lo que supone que la Ley Concursal mantiene la unidad de procedimiento respecto a todos los deudores, sean civiles o no<sup>20</sup>. Por lo que, como resultado de esta opción, la LMESM deja sin regular las modificaciones estructurales de las sociedades civiles, cooperativas<sup>21</sup>, asociaciones y fundaciones sometidas a la legislación estatal, entre sí o con sociedades mercantiles en cuyo caso serían modificaciones heterogéneas; y tampoco observa las de entidades reguladas por la legislación de las Comunidades Autónomas, entre sí o con las de regulación estatal<sup>22</sup>.

La Ley 3/2009 de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles se estructura en cinco títulos, tras un título preliminar, que bajo el título:

---

<sup>19</sup> GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., en “Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles” en *El notario del siglo XXI*, nº 28, 2009.

<sup>20</sup> Siguiendo la Exposición de Motivos de La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, ésta se ha inspirado en su redacción en los principios de *unidad legal, de disciplina y de sistema*.

<sup>21</sup> En el caso de las cooperativas, las modificaciones estructurales se registrarán por su específico régimen legal.

<sup>22</sup> VICENT CHULIÁ, F., “Ley de modificaciones estructurales: opciones de la Ley”, *El notario del siglo XXI*, nº 28, (noviembre-diciembre 2009), pgs. 57-58, Nº 28.

“*Disposiciones generales*”, especifica los ámbitos objetivo y subjetivo de la Ley. Tras ello, los títulos siguientes se dedican respectivamente a las distintas operaciones recogidas por primera vez como modificaciones estructurales en una misma Ley: la transformación (título primero), la fusión (título segundo), la escisión (título tercero), la cesión global de activo y pasivo (título cuarto) y el traslado internacional del domicilio social (título quinto). A continuación, se relacionan tres Disposiciones Adicionales sobre los derechos laborales derivados de las modificaciones estructurales, las sociedades irregulares y el régimen aplicable a las operaciones de fusión, escisión y cesión global o parcial de activos y pasivos entre entidades de crédito. La LMESM continúa con una Disposición Transitoria refiriendo la aplicación de la Ley a aquellas sociedades cuyos proyectos aun no hubieren sido aprobados. Tras ello, se refiere mediante una Disposición Derogatoria la normativa que es derogada por esta Ley, referida al Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre y a la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Para concluir, las tres Disposiciones Finales establecen las modificaciones del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, de la LSRL y de la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas. La LMESM llevó a cabo importantes modificaciones en la LSA y mas acotadamente en la LSRL<sup>23</sup>.

## **1.2. Influencia de la normativa comunitaria**

El origen de la Ley 3/2009 de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles radica en la necesidad de incorporar al derecho interno la Directiva Comunitaria 2005/56/ CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital. Se debía incorporar al Derecho español esta Directiva comunitaria y se aprovechó la oportunidad para realizar una adaptación y puesta al día de toda la normativa existente hasta el momento sobre fusiones y el resto de operaciones de este tipo (escisiones) cuando

---

<sup>23</sup> GARCÍA LUDEÑA, M.T., GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ, J.M. y VALERO SOLER, M.-J., en “Importante reforma en el ámbito de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. BOE 4-4-09”, en *El notario del siglo XXI*, nº 25, 2009.

tenían lugar en un contexto nacional. El fin era incluir en el régimen general aquellas normas procedentes de la Directiva que no eran consecuencia del elemento transfronterizo y que se consideraron convenientes de extender también a las fusiones entre sociedades sometidas exclusivamente a la ley española (fusiones intrafronterizas)<sup>24</sup>. Por lo tanto la LMESM no se desarrolla desde un previo vacío legal sino, de forma muy distinta, desde un entorno normativo repleto de Directivas y distintas posibilidades legislativas en el Derecho comparado.

El ingreso de España al ámbito de la Comunidad Europea el 1 de enero de 1986 propició, sin desconocer los principios rectores del sistema, la modernización del esquema societario en general y de las modificaciones estructurales en particular<sup>25</sup>. Algunos de los principales objetivos de la armonización del Derecho de sociedades son favorecer la consecución de la libertad de establecimiento, facilitar y acelerar el acceso del público a la información sobre las sociedades simplificando las formalidades de publicidad impuestas a estas últimas, y eliminar los obstáculos jurídicos al desarrollo europeo de las sociedades. Dado que el mercado único conlleva la formación de sociedades de dimensión europea, éstas deben poder actuar en toda la Unión conforme a un marco jurídico uniforme, lo que supone acabar con los efectos de la existencia de varios ordenamientos jurídicos nacionales. La armonización del Derecho de sociedades europeo incluye la protección de los intereses de los accionistas, el capital de las sociedades anónimas, las ofertas públicas de adquisición, la comunicación de información sobre las sucursales, las fusiones o escisiones, las normas mínimas relativas a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único, la información financiera y la contabilidad<sup>26</sup>.

Mediante la LMESM también se incorporará la Directiva 2006/68/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de septiembre de 2006, por la que se modifica la Directiva 77/91/CEE del Consejo en lo relativo a cuestiones al margen de las modificaciones estructurales como son la constitución de la sociedad anónima y la disciplina del capital: mantenimiento y modificación del mismo.

---

<sup>24</sup> GONZÁLEZ-MENESES, M. y ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., en “Ley de modificaciones estructurales...” *Op.cit.* y GÓMEZ PORRÚA, J.M. en “Hacia una nueva regulación general de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (Proyecto de Ley 121/ 000004)”. *Derecho de los Negocios*, nº 214, 2008, pg. 8.

<sup>25</sup> EMBID IRUJO, J.M., “Grupos de sociedades y modificaciones estructurales”, en *Modificaciones estructurales y reestructuración empresarial*, Garrido de Palma, V.M. (dir), 2012, pgs. 53 a 81.

<sup>26</sup> Información extraída de la pg. web: [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu).

Asimismo, mediante la LMESM se incorpora la Directiva 2007/63/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 78/855/CEE y 82/891/CEE del Consejo (Tercera y Sexta Directiva) en lo que respecta al requisito de presentación de un informe de un perito independiente en caso de fusión o escisión de sociedades anónimas (disposición final 6ª LMESM). En virtud de la Directiva 2007/63/CE se suprime el informe de experto independiente sobre el proyecto y la modalidad de canje cuando hay unanimidad al respecto por parte de las sociedades intervinientes.

Observamos pues la conexión entre la normativa societaria de la Unión Europea y los ordenamientos nacionales en la materia objeto de regulación societaria. A pesar de la primacía de la legislación de la Unión Europea y del deber de implementar por parte de los Estados miembros las normas societarias en el ámbito de su ordenamiento, son muchos los matices derivados tanto de la propia naturaleza de la Unión, como de la evolución de dicha normativa, que implicarán la existencia de una cierta autonomía por parte del legislador nacional en el derecho societario<sup>27</sup>.

La Directiva 2011/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, deroga la Tercera Directiva 78/855/CEE del Consejo, de 9 de octubre de 1978 relativa a las fusiones de las sociedades anónimas de un mismo Estado miembro. La misma pretendía ofrecer a los socios y a los terceros las mismas garantías en caso de reestructuración empresarial. Por otra parte, la Sexta Directiva 82/891/CEE del Consejo, de 17 de diciembre de 1982 referente a la escisión de sociedades anónimas fue modificada mediante la Directiva 2007/63/CE por lo que respecta al requisito de presentación de un informe de un perito independiente en caso de fusión o escisión de sociedades anónimas, y por la Directiva 2009/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, (derogada parcialmente por la Directiva 2012/30/UE<sup>28</sup>), con el fin de simplificar las obli-

---

<sup>27</sup> EMBID IRUJO, J.M. en “Apuntes sobre la evolución del derecho español de sociedades desde la perspectiva del ordenamiento comunitario”, en *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI, libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Nóvoa*, (coord. GÓMEZ SEGADÉ, J.A. y GARCÍA VIDAL, A.), 2010, pgs.151y152.

<sup>28</sup> Directiva 2012/30 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades, definidas en el artículo 54, párrafo segundo, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital.



gaciones en materia de información y documentación en caso de fusión o escisión de sociedades.

En los últimos años, la Unión Europea ha emprendido una política de simplificación del Derecho de las sociedades de capital, especialmente para la reducción de costes y simplificación de cargas. Así, la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas, introduce dichas medidas. La citada Ley 25/2011 en su disposición final tercera establece la modificación de los apartados 4º y 5º del artículo 34 de la LMESM, relativo al contenido del informe de expertos sobre el proyecto de fusión. Dicha ley modifica igualmente el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y tiene como objetivos, además de la transposición al ordenamiento interno de la referida Directiva, la reducción de los costes de organización y funcionamiento de las sociedades de capital, así como la eliminación de algunas injustificadas diferencias entre el régimen de las sociedades anónimas y las sociedades de responsabilidad limitada.

La LMESM ha vuelto a ser modificada por el Real Decreto-ley 9/2012, de 16 de marzo, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital<sup>29</sup>. Se trataba de transponer por vía de urgencia la directiva 2009/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, aprobada el 16 de septiembre de 2009 (en adelante, Directiva 2009/109), por la que se modificaban las Directivas 77/91/CEE, 78/855/CEE y 82/891/CEE del Consejo, y la Directiva 2005/56/CE en lo que se refiere a las obligaciones de información y documentación en el caso de fusiones y escisiones. La Directiva 2009/109<sup>30</sup> modifica parcialmente Directivas europeas

---

<sup>29</sup> La Exposición de Motivos del Real Decreto Ley 9/2012, de 16 de marzo, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, refiere la doctrina del Tribunal Constitucional, tanto en la sentencia 23/1993, de 21 de enero de 1993 (BOE núm. 47 de 24 de febrero de 1993), en la que señala que el decreto ley es un instrumento constitucionalmente lícito para afrontar coyunturas económicas problemáticas, como en su reciente sentencia 1/2012, de 13 de enero de 2012 (BOE núm.36 de 11 de febrero de 2012) que avaló el recurso al Real Decreto-ley en casos de “patente retraso en la transposición y la existencia de procedimientos de incumplimiento contra el reino de España”.

<sup>30</sup> CONDE TEJÓN, A., en “Las modificaciones comunitarias en materia de información de las operaciones de modificación estructural de las sociedades mercantiles”. *RdS*, nº 34, 2010-2011, pg. 527-528, establece que es la propia Directiva 2009/109/CE la que justifica las medidas que contiene en la

que afectan al régimen jurídico de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, concretamente la Segunda, Tercera y Sexta Directivas e igualmente la Directiva sobre fusiones transfronterizas.

La Directiva 2009/109/CE, en materia de fusiones y de escisiones, simplifica en determinados casos el número o el contenido de los documentos que han de ser puestos a disposición de los socios y agiliza estas operaciones societarias a través de la inserción del proyecto común de fusión en la página web de cada una de las sociedades que participen en la fusión. De este modo esta nueva alternativa supera el depósito de los proyectos de fusión y de escisión en el Registro Mercantil. Igualmente si el socio lo aceptara, las comunicaciones se podrían realizar por medios electrónicos. Todo ello está presidido por el objetivo de la tutela de los acreedores y trabajadores de la sociedad. Este aspecto, como examinaremos, no queda modificado en la operación de cesión global de activo y pasivo de modo que el depósito del proyecto de cesión seguirá presentándose en el Registro Mercantil ex art.85.2 LMESM<sup>31</sup>. Esta cuestión será tratada con posterioridad pero ya podemos indicar que no solo la cesión global, sino también la transformación, y el traslado internacional de domicilio social no son afectadas por la Directiva.

Según versa la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 9/2012, de 16 de marzo, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, la transposición en plazo de Directivas Comunitarias, constituye en la actualidad uno de los objetivos prioritarios establecidos por el Consejo Europeo. A partir del nuevo escenario diseñado por el Tratado de Lisboa<sup>32</sup>, para los incumplimientos de transposición en plazo, la Comisión puede pedir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>33</sup> la imposición de importantes sanciones económi-

---

reducción de las trabas administrativas que recaen en las sociedades a fin de intensificar su competitividad en la Comunidad. Ese objetivo acordado por el propio Consejo Europeo ha introducido nuevos mecanismos más ágiles en diversas normativas comunitarias. Otras de las medidas contenidas en la Directiva van más allá de la mera reducción de trabas administrativas y suponen mejoras técnicas o prácticas con respecto a la regulación anterior, pero de alcance limitado.

<sup>31</sup> *Infra* Art. 85.2 LMESM: “Los administradores deberán presentar para su depósito en el Registro Mercantil un ejemplar del proyecto de cesión global”.

<sup>32</sup> Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, DOUEC núm. 306 de 17 de Diciembre de 2007, en vigencia desde el 1 de Diciembre de 2009.

<sup>33</sup> El Tribunal de Justicia interpreta el Derecho de la UE para garantizar que se aplique de la misma forma en todos los países miembros. También resuelve conflictos legales entre los gobiernos y las

cas de manera acelerada (art. 260.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea<sup>34</sup> -en adelante TFUE-). El Real Decreto, además, en su Exposición de Motivos, justifica la existencia de los tres factores en los que el Tribunal Constitucional (TC en adelante), en su reciente sentencia 1/2012, de 13 de enero de 2012, se basó para avalar el recurso al Real Decreto Ley: el primero de ellos es el elemento temporal manifestado en el retraso manifiesto en la trasposición de la Directiva, el segundo elemento es el causal referido a la posibilidad de que la Unión Europea multase a España por no transponer la directiva, y el elemento material que implica el agravio comparativo y perjuicio que, por la falta de trasposición, van a sufrir las sociedades capitalistas españolas que, de este modo, seguirían con un régimen legal mucho más estricto que el resto de sociedades europeas.

Posteriormente, la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital (B.O.E. nº 150, de 23 de junio de 2012), ha derogado el Real Decreto-ley 9/2012<sup>35</sup>. Tras ello, dicho Decreto-ley ha sido convalidado por la Ley 1/2012, de 22 de junio. Se observa un tratamiento diferenciado y más desequilibrado de la cesión global a partir de esta última reforma legislativa. En el Preámbulo de la Ley se vuelve a justificar el recurso que se hizo a la figura del Real Decreto Ley argumentando que el plazo de incorporación al Derecho español de la Directiva 2009/109/CE había finalizado el pasado 30 de junio de 2011. Por este motivo, las sociedades de capital españolas, no debían contar con un régimen legal más riguroso que las sociedades sometidas a las legislaciones de los demás Estados comunitarios, con efectos negativos, además, en la competencia frente a los demás ordenamientos jurídicos de la Unión. También se exponen las gravosas consecuencias económicas de la multa que la Unión Europea impondría a España si persistiera el retraso en la transposición. Debido a la concurrencia de estos tres elementos<sup>36</sup> “de extraordinaria y urgente necesidad”, a tenor del artículo 86.1 de la Constitu-

---

instituciones de la UE. Los particulares, las empresas y las organizaciones pueden acudir también al Tribunal si consideran que una institución de la UE ha vulnerado sus derechos.

<sup>34</sup> Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en vigencia desde el 12 de junio de 1985.

<sup>35</sup> La Ley 1/2012, de 22 de junio, al igual que el RDL 9/2012 modifica la LSC y la LMESM.

<sup>36</sup> Detallo a continuación los elementos referidos: elemento temporal: retraso en la transposición de la directiva pues el plazo de incorporación al derecho español finalizó el pasado 30 de junio de 2011, elemento causal: posibilidad de que la Unión europea multase a España por la falta de transposición, y

ción Española (CE), se habilitaba al gobierno para adoptar disposiciones con rango de ley mediante Real Decreto-ley (RDL).

La Ley 1/2012, de 22 de junio, recoge el contenido del RDL 9/2012, de 16 de marzo con ciertas modificaciones tras su paso por el congreso de los diputados y el senado. La misma ha dado una nueva redacción a determinados preceptos de la LMESM<sup>37</sup> con el objetivo de mejorar el funcionamiento de las sociedades mercantiles en la realización de dichas modificaciones estructurales reduciendo costes y simplificando cargas, potenciando el uso de la página web y de las comunicaciones electrónicas, como nuevos medios de comunicación. La Ley simplifica algunos extremos del régimen jurídico de las fusiones, incluidas las transfronterizas, y de las escisiones. El Preámbulo de la Ley explica que en la medida en que el régimen de las escisiones se regula por remisión a los requisitos de las fusiones, sin más salvedades que las contenidas en el capítulo II del Título III de la citada Ley 3/2009, de 3 de abril, las normas relativas a las fusiones son las más afectadas por esta reforma. Se observa, en perjuicio de la operación de cesión global de activo y pasivo, un tratamiento diferenciado y más desequilibrado de la operación a partir de esta última reforma legislativa de esta Ley.

El artículo primero de la Ley 1/2012 también procede a la modificación del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio introduciendo en el capítulo II del título I de la Ley de Sociedades de Capital el régimen jurídico general de la página web y la regulación de las comunicaciones electrónicas entre la sociedad y los socios<sup>38</sup>. Otro aspecto tratado en la Ley hace referencia a la introducción de una serie de modificaciones singulares en el régimen legal de la SA y la SRL, que ya no tienen relación con las modificaciones estructurales. Las modificaciones en el régimen general de la SA y de la SRL se encuentran en las disposiciones finales primera y segunda de la Ley respectivamente. La ley, modifica, además, otros preceptos de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado su texto refundido por RDLeg 1564/1989, de 22 de diciembre y Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Socie-

---

elemento material: la importancia de que las sociedades de capital españolas no cuenten con un régimen legal más riguroso que el de las sociedades de los demás Estados comunitarios.

<sup>37</sup> Se modifican los artículos 32, 34, 36, 39, 40, 42, 44, 45, 50, 51, 62 y 99 y se introduce el artículo 78 bis en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

<sup>38</sup> Se introduce en el capítulo II del título I una nueva sección, la 4ª, integrada por los artículos 11 bis, cuya redacción se modifica y se introducen los artículo 11 ter y 11 quáter

dades de Responsabilidad Limitada. También se introducen algunas normas en la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas y en la Ley 13/1989, de 26 de mayo, de Cooperativas de Crédito, en relación, en este caso sí, con las modificaciones estructurales.

### **1.3. Valoración**

La oportuna llegada de la Ley de modificaciones estructurales es valorada positivamente pues en virtud de la misma se adecuó la legislación española a las directrices europeas sobre modificaciones estructurales identificando claramente esta categoría. Igualmente resultó positivo teniendo en cuenta el contexto actual de crisis económica en el que se produjo y del que actualmente ya se atisba una ligera recuperación económica. Determinadas medidas necesarias que debían adoptarse en esos momentos de crisis como la venta de empresas pudieron ser facilitadas gracias a una regulación legal novedosa y perfectamente delimitada al respecto con un desarrollo procedimental que, sin embargo, no está exento de lagunas, desde el año de publicación de la Ley, en 2009. Del mismo modo dicha normativa ha constituido un paso más en el proceso de flexibilización de nuestro Derecho de sociedades, en su conversión en una técnica formal o instrumental para aislar masas patrimoniales a efectos de responsabilidad y sobre todo para crear puntos de imputación fiscal de activos y rentas en aquel lugar donde fiscalmente resulte más conveniente<sup>39</sup>. Hemos de considerar a las sociedades mercantiles como meros instrumentos o “vehículos” (SPV, *special purpose vehicle*) y para ello su personalidad deberá ser maleable, deberá facilitarse el que pueda moldearse la sociedad fácilmente suprimiendo aquellos obstáculos que se imponían hasta la llegada de la LMESM determinadas normas de Derecho privado. Todo ello sin mermar el mismo nivel de garantía que existía si bien mediante un pretendido modelo de libertad y control<sup>40</sup>.

La LMESM ha supuesto un avance importante en la regulaciones de las diferentes operaciones societarias (transformación, fusión y escisión), incorporando un nove-

---

<sup>39</sup> GONZÁLEZ-MENESES, M., en “La Ley 3/2009, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, y el retroceso del derecho civil”, conferencia, en Anales, Academia matritense del notariado, tomo I, curso 2009/2010.

<sup>40</sup> TENA ARREGUI, R., “Instinto jurídico contra análisis económico (con un comentario sobre las modificaciones estructurales)”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, nº 54, pgs. 45 a 71, diciembre de 2010, pg. 68.

doso tratamiento de la cesión global de activo y pasivo, regulando también en detalle el traslado internacional del domicilio social. Desde un punto de vista teórico, la Ley ha aportado mayor flexibilidad y agilidad a los distintos trámites aplicables a las operaciones societarias posibilitando en mayor medida la realización de las mismas desde el punto de vista del volumen de los documentos requeridos como en cuanto a los plazos de ejecución de las mismas. Sin embargo, se producían determinadas cuestiones conflictivas que debían ser resueltas en la nueva Compilación del Derecho de Sociedades mercantiles<sup>41</sup>. La Exposición de Motivos de la Ley así lo estableció indicando, como expusimos (*vid. supra pg.31*) que la LMESM *constituye una solución transitoria a la espera de que se refundan y armonicen en su totalidad las distintas leyes que en estos momentos regulan nuestro Derecho de Sociedades.*

Con la intención de completar el desarrollo legislativo que estamos exponiendo no debemos dejar de referir la reciente presentación de la Propuesta de Código Mercantil por parte de Sección Segunda de la Comisión General de Codificación el 20 de junio de 2013, actualmente tramitándose como anteproyecto, que podrá afectar en un futuro próximo al contenido de la regulación de nuestra operación de modificación estructural

---

<sup>41</sup> MAYNAR BONACHO, C., en “Algunas cuestiones conflictivas derivadas de la Ley de modificaciones estructurales” en *RdS*, 2010, nº 34, pg. 293, realiza una reflexión práctica como abogada en la que revela cómo la práctica del Derecho revela cierta indeterminación y variadas interpretaciones en determinadas cuestiones relativas a la LMESM. Las cuestiones que la abogada relaciona son las relativas a la necesidad o no de que exista balance de transformación en los supuestos de junta universal y, en su caso, sus requisitos. Con respecto a la fusión simplificada (art. 42 LMESM) se plantea el análisis de la necesidad o no de contar con un balance y los requisitos aplicables al mismo. Con respecto a la escisión se plantea la cuestión relativa a la obligatoriedad de la intervención de un experto independiente cuando la sociedad resultante es limitada pero participa en la operación una S.A.

Todas estas cuestiones necesitan una adecuada solución, clara y definitiva en el nuevo cuerpo legal. La indeterminación sobre la documentación exacta y los requisitos necesarios al respecto, puede ocasionar consecuencias negativas. La abogada señala como, en la práctica jurídica, en la que muchas veces una operación debe estar terminada, es decir, adecuadamente escriturada e inscrita en el correspondiente Registro Mercantil, antes de determinada fecha, la indeterminación sobre cuál es la documentación y requisitos concretos de la misma.

Consideramos llamativo que la profesional no haga relación, entre las cuestiones conflictivas tratadas, de aquellas que afectan a la operación de cesión global de activo y pasivo, debido quizás a su menor impacto desde un punto de vista práctico.

Por otra parte, LÓPEZ ORTEGA, R., en “El régimen de exigencia de la obligación de dividendos pasivos tras la reforma operada por la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles” en *RdS*, 2010, nº 34, pg. 216, establece que la reforma ha sido satisfactoria introduciendo cambios que han supuesto una mejora precisando el régimen legal, pero se ha perdido una buena oportunidad para establecer un régimen de exigencia de la obligación de dividendos pasivos que permita conciliar intereses contrapuestos (el interés de la sociedad y el de los socios deudores de los desembolsos aplazados). Se trata de lograr efectividad en las medidas planteadas referidas a la exigencia estatutaria del plazo máximo en que los dividendos pasivos han de ser satisfechos.

objeto de estudio. Cuando se estudie el régimen jurídico de la cesión global de activo y pasivo, se procederá a examinar exhaustivamente el contenido de la Propuesta en cada uno de esos aspectos, analizando las modificaciones y mejoras que establece la misma en el procedimiento jurídico de esta operación de modificación estructural.

## **2. La unificación del régimen de las modificaciones estructurales en una Ley especial.**

La nueva LMESM, que entró en vigor el 4 de julio del año 2009, ha supuesto la unificación y ampliación del régimen jurídico de aquellas alteraciones de la sociedad que van más allá de las simples modificaciones estatutarias por afectar a la estructura patrimonial o personal de la sociedad (de ahí la denominación de “modificaciones estructurales”) y que, por tanto, incluyen la transformación, la fusión, la escisión y la cesión global de activo y pasivo. También se regula en esta norma el traslado internacional del domicilio social<sup>42</sup>. La LMESM, además de responder al creciente proceso de internacionalización de los operadores económicos, representa la pieza que ordena por primera vez en nuestro ordenamiento el amplio fenómeno de las modificaciones estructurales, dándole además, como se destaca en su Preámbulo, un mayor perímetro. De acuerdo con ello, las operaciones de modificación estructural se regulan estableciendo para cada una de ellas un régimen específico aplicable a cualquier sociedad mercantil<sup>43</sup>.

La LMESM emprendió una reforma cuyo motivo principal fue la incorporación al ordenamiento jurídico español de diversas Directivas comunitarias sobre sociedades; sin embargo el legislador aprovechó la ocasión para establecer un régimen unitario de modificaciones societarias<sup>44</sup>. Se pretendió así unificar en una única normativa toda la regulación que existía hasta el momento sobre estas operaciones en leyes dispersas. El objetivo era crear una regulación única que abarcara todo tipo de operaciones para que

---

<sup>42</sup> SÁNCHEZ CALERO, F., *Principios de Derecho Mercantil*, 2014, pg. 387.

<sup>43</sup> CORTÉS DOMÍNGUEZ, L.J. Y PÉREZ TROYA, A., en “La Ley de modificaciones estructurales y el nuevo régimen de la fusión”, en *El derecho Mercantil en el umbral del siglo XXI, Libro Homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Nóvoa*, (coord. GOMEZ SEGADE, J.A. y GARCÍA VIDAL, A., Madrid, 2010, pg. 125.

<sup>44</sup> DOMÍNGUEZ MARTÍN, A., “Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”. *Lex Nova: La revista*, nº. 58, 2009, pg.36.

las mismas recibieran un solo tratamiento en una única Ley<sup>45</sup>. La misma ofrece, por primera vez en nuestro ordenamiento, un tratamiento unitario, orgánico, homogéneo y global de las operaciones aplicables al conjunto de las sociedades mercantiles (art.2).

La LMESM aporta unificación al sistema pues antes de la llegada de ésta<sup>46</sup> estos procedimientos recibían en el Derecho positivo español un tratamiento disgregado, por tipos societarios, situación que cambia con la promulgación de la Ley. La LMESM introdujo una nueva regulación estableciendo un marco jurídico común para todas las sociedades mercantiles sobre aspectos de gran trascendencia de las operaciones corporativas que se considera que implican una modificación estructural de la sociedad<sup>47</sup>. Todas las operaciones que regula la Ley conjuntamente comparten el hecho de que afectan a sus elementos estructurales y plantean similares cuestiones en los aspectos de su régimen jurídico, procedimiento y problemática relativa al procedimiento y cuestiones de protección relativas a socios y acreedores. La LMESM tratará de simplificar el régimen jurídico de las mismas otorgándole al mismo una mayor utilidad y practicidad.

Es evidente que, a pesar de haber conseguido una unificación formal reuniendo dentro de un mismo texto legal la disciplina de todas y cada una de las modificaciones estructurales reguladas, y acabando así con la dispersión normativa existente hasta el momento, no se ha logrado una unificación de tipo material con respecto al régimen que las regula como categoría jurídica, es decir, no existe un tratamiento conjunto de aquellos aspectos comunes de las distintas operaciones reguladas en la Ley, con independencia de las especialidades características<sup>48</sup>.

---

<sup>45</sup> En este sentido, EMBID IRUJO, J.M. en “Aproximación al significado de la Ley 3/2009, de 3 de abril, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles” en *Noticias de la Unión Europea*, nº 309, pgs. 4 y 5. (Ejemplar monográfico dedicado a: Ley de modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles ), incide en el carácter esencialmente formal de la unificación normativa que persigue la LMESM

<sup>46</sup> BROSETA PONT, M /MARTÍNEZ SANZ, F., en *Manual de Derecho Mercantil*, vol. II, 2014, pg.568.

<sup>47</sup> DÁVILA MILLÁN, E., en “Apuntes de la ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, en *El Derecho Mercantil en el umbral del siglo XXI, libro homenaje al prof. Dr. Carlos Fernández-Nóvoa*, (coords. GÓMEZ SEGADÉ, J.A. y GARCÍA VIDAL, A.), pg. 140.

<sup>48</sup> EMBID IRUJO, J.M., en “Aproximación al significado de la Ley 3/2009...” *Op.cit.*, pgs. 4 y 5. (Ejemplar monográfico dedicado a: Ley de modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles )



El Preámbulo de la Ley, tras explicar el concepto de modificación estructural<sup>49</sup> que más adelante estudiaremos, relaciona el conjunto de las operaciones que integran dicha categoría: transformación, fusión, escisión, cesión global del activo y del pasivo y traslado del domicilio al extranjero con conservación de la misma personalidad jurídica. Las tres primeras operaciones de modificación estructural ya se recogían en la Ley de Sociedades Anónimas, constituyendo la cesión global de activo y pasivo una auténtica novedad por su regulación autónoma en el derecho español de sociedades. También se regula en esta norma el traslado internacional del domicilio social que, aunque no presenta las características que permiten englobarlo dentro de la categoría de modificaciones estructurales, se ha considerado oportuno incluirlo en el mismo texto legal a tenor de lo expuesto en el artículo 1 de la LMESM, referido al ámbito objetivo de la Ley.

Debido al carácter general de la Ley y a la extensión de su articulado, el Preámbulo de la Ley justifica que se haya optado por una Ley específica en vez de incluir la materia regulada en el Código de Comercio. Dicha solución se entendía entonces como transitoria hasta que se refundieran y armonizaran en su totalidad las distintas leyes que en estos momentos regulan nuestro Derecho de sociedades<sup>50</sup>.

El origen del tratamiento sistemático que van a recibir todas las operaciones de modificación en la presente Ley se debe a la misma intencionalidad que ya presidió la “Propuesta de Código de sociedades mercantiles”, aprobada por la Sección Segunda de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación en el año 2002, que refiere el Libro V a la transformación, fusión y escisión de sociedades junto al traslado del domicilio social al extranjero, regulando ya entonces las futuras operaciones de modificaciones estructural con carácter general para todas las sociedades mercantiles<sup>51</sup>.

El contenido de la nueva Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, se ocupa de la regulación de todas las modificaciones estructurales de toda clase de sociedades mercantiles, regulación que sustituye y

---

<sup>49</sup> Es fundamental que el Preámbulo de la Ley establezca el concepto de modificación estructural para poder extraer a partir del mismo las características comunes que tienen todas las operaciones que forman parte de la categoría: operaciones de modificación estructural

<sup>50</sup> A día de hoy no se ha producido aún dicha refundición pretendida. El texto refundido de la LSC no puede refundir a la propia LMESM por el contenido tanto personalista como capitalista que, desde el punto de vista societario, tiene esta última.

<sup>51</sup> En este sentido, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A., BARBA DE VEGA, J. Y BERCOVITZ ÁLVAREZ, R., en *Sociedades Mercantiles*, 2013, pgs. 993 y 994.

deroga todas las normas sobre esas operaciones existentes en las derogadas LSA y LSRL. Anteriormente a la LMESM, las ya derogadas LSA y LSRL solo regulaban de forma conjunta, en el mismo capítulo: el VIII, la transformación, fusión y escisión lo cual ya era indicativo de que el legislador consideraba las semejanzas o elementos comunes que tenían dichas operaciones societarias<sup>52</sup>. En la Ley de Sociedades Anónimas se trataba con mayor extensión la fusión, se regulaba de forma completa (arts. 233 a 251) y en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada se profundizaba mayormente en la transformación (arts. 87 a 93). Sin embargo, la regulación de la transformación no era coincidente en ambas legislaciones. Por su parte, la LSRL, tras establecer alguna especialidad para las sociedades de responsabilidad limitada, remitía el estudio de la fusión y escisión a la LSA que sí las regulaba de modo completo. En cambio, operaciones como la cesión global de activo y pasivo y el traslado internacional del domicilio social carecían de una regulación individualizada. La cesión global recibía su regulación en sede de liquidación solamente en la LSRL y solamente era aludida en la LSA. Por su parte, el traslado internacional del domicilio social era referido por las LSA y LSRL en una norma que remitía a tratados internacionales.

Ya fue advertido en el año 1991 que nos encontrábamos ante un “vacío legislativo” en nuestro Derecho de Sociedades, pues a pesar de la regulación conjunta de la fusión, escisión y transformación, el legislador español entonces no reconocía de forma expresa la existencia de la categoría como tal de modificaciones estructurales<sup>53</sup>. Dicho vacío ha tratado de ser superado por la LMESM siguiendo la intencionalidad del Preámbulo de la Ley: “*continuado el proceso de perfeccionamiento del Derecho de sociedades mercantiles*”<sup>54</sup>.

La LMESM aporta pues una importante novedad desde el punto de vista sistemático basada en el tratamiento global de la totalidad de operaciones de modificación

---

<sup>52</sup> La ya derogada LSRL reunía en su capítulo VIII (arts. 87 a 94) las figuras de transformación, fusión y escisión de la sociedad. La LMESM derogaría dicho capítulo. Igualmente la LSA en su capítulo VIII (arts. 223 a 259) procedía del mismo modo reuniendo en su regulación la transformación, fusión y escisión

<sup>53</sup> CONDE TEJÓN, A., *La cesión global de activo y pasivo como operación de modificación estructural (Procedimiento aplicable, sucesión universal y protección de acreedores)*, Colegio de registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles de España, Madrid, 2004, pg.69.

<sup>54</sup> EMBID IRUJO, J. M., en “En torno a las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (fusión, escisión y otros procedimientos similares)”. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 1991 SEP (9), pgs. 13-38.

estructural y haciendo objeto de las mismas a todas las sociedades mercantiles: tanto las personalistas como las capitalistas. Las sociedades personalistas: colectivas y comanditarias no se habían referido en el Código de Comercio como posibles sujetos susceptibles de operaciones de modificación estructural.

Podemos observar la voluntad de unificación del régimen en el Título preliminar de la Ley pues los artículos 1 y 2 LMESM son un reflejo de la misma aunando todo tipo de operaciones de modificación estructural en el artículo 1, dedicado al ámbito objetivo de la Ley. Se reúnen en el mismo y son objeto de regulación por la Ley las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, consistentes en la transformación, fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo, incluyendo el traslado internacional del domicilio social. A continuación, el artículo 2 refiere las mismas, desde el punto de vista subjetivo, a todas aquellas sociedades que tengan la consideración de mercantiles, bien por la naturaleza de su objeto o bien por la forma de su constitución<sup>55</sup>. La única excepción al respecto es la que plantea el artículo 2º *fine* cuando refiere como sujeto de las mismas a las sociedades cooperativas que aparecen reguladas fuera de la LMESM en virtud de las competencias autonómicas. El final del art.2 refiere que las modificaciones estructurales de las sociedades cooperativas, así como el traslado internacional de su domicilio social, se registrarán por su específico régimen legal. Así, de esta forma, quedaron redactados estos dos primeros artículos de la Ley, que fueron añadidos cuando el proyecto de Ley llegó al Congreso.

Autores como Conde Tejón<sup>56</sup>, habían señalado las carencias existentes en la regulación legal anterior a la publicación de la LMESM. La crítica que este autor realizaba estaba presidida por la ausencia del reconocimiento como tal de la categoría de modificaciones estructurales. La misma se completaba con la inexistencia de unos ámbitos

---

<sup>55</sup> En las sociedades capitalistas (básicamente la sociedad anónima y la de responsabilidad limitada prevalece el criterio de mercantilidad por razón de la forma según establece el artículo 2 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, afirmando que estas sociedades serán siempre mercantiles, cualquiera que sea su objeto. Se trata pues del criterio de mercantilidad por razón de la forma. En cambio, las sociedades personalistas podrán tener la consideración de civiles o mercantiles dependiendo de la mercantilidad de su objeto. Por ello en estos supuestos (sociedad colectiva y sociedad comanditaria simple), el criterio determinante para saber si dichas sociedades son civiles o mercantiles dependerá de la mercantilidad de su objeto, criterio mas confuso que el que establece de forma diáfana el art. 2 LSC.

<sup>56</sup> CONDE TEJÓN, A., en *La cesión global de activo y pasivo como operación de modificación estructural...* Op.cit., pg.319, 2004.

subjetivo y objetivo comunes a las operaciones de modificación estructural. La primera operación de modificación estructural que fue regulada en gran parte de los ordenamientos jurídicos europeos fue la fusión por absorción y tras ella la fusión por creación de una nueva entidad. Después se procedió a regular la escisión y ello se propició por la transposición de la Sexta Directiva 82/891 CEE del Consejo, de 17 de diciembre de 1982, basada en la letra G) del apartado 3 del artículo 54 del tratado y referente a la escisión de Sociedades Anónimas. En cambio, las operaciones de segregación y cesión global de activo y pasivo solo eran objeto de regulación en determinados Estados como Alemania, no siendo objeto de una regulación satisfactoria en otros como p.ej. España.

La LMESM da solución a estas cuestiones pues, en primer lugar, reconoce la existencia de la categoría en el propio enunciado de la ley explicando sus motivaciones en el Preámbulo de la misma. Igualmente la LMESM incluye en su ámbito subjetivo de aplicación a la totalidad de sociedades mercantiles, como ya hemos indicado,<sup>57</sup> siendo tratadas todas ellas con el mismo régimen jurídico. El mismo sentido se expone en el Preámbulo de la Ley<sup>58</sup>. El procedimiento aplicable es idéntico con independencia del tipo social que revista la sociedad interviniente. Esta novedad que incorpora la Ley contrasta con la regulación anterior que solo era aplicable únicamente a las sociedades capitalistas: sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada. La Ley 3/2009 tiene un carácter general siendo objeto de su aplicación todo tipo de sociedades mercantiles: personalistas y capitalistas, es decir, no es relevante el tipo social que ostentan. Se tiende a incluir en la misma tan sólo a las sociedades de capital y esto es absolutamente incorrecto, de hecho este es el motivo por el que dicha ley no puede ser objeto de refundición posterior en la LSC como ocurrirá en cambio con las leyes que regulaban las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada. Sin embargo, cierto es que el modelo en el que se inspira la LMESM es el de las sociedades de capital porque es en este

---

<sup>57</sup> El artículo 2 de la LMESM, bajo el título: *Ámbito subjetivo de la ley*, expone que “*la presente ley es aplicable a todas las sociedades que tengan la consideración de mercantiles, bien por la naturaleza de su objeto, bien por la forma de su constitución*”.

<sup>58</sup> En el apartado II del Preámbulo se señala que “*aunque el régimen jurídico de estas operaciones societarias tiene como modelo subyacente el de las sociedades de capital, se trata de una normativa general mercantil sobre modificaciones estructurales de sociedades y, en cuanto ley general mercantil, aplicable a cualquier sociedad de esta naturaleza, con independencia de la forma o del tipo social, salvo que expresamente se establezca lo contrario, como acontece al ocuparse de las fusiones transfronterizas comunitarias*”.

contexto de sociedad capitalista donde en mayor medida se contextualizan este tipo de operaciones de modificación estructural.

También resuelve la Ley la crítica que se había venido realizando sobre el incompleto o escaso contenido del ámbito objetivo pues incluirá en su regulación (art.1) la totalidad de operaciones de modificación estructural (transformación, fusión, escisión, cesión global de activo y pasivo y traslado internacional del domicilio social), superando la realidad anterior a la reforma que solo contemplaba la transformación, fusión y escisión. Así lo expresa el propio Preámbulo de la Ley que destaca que *la importancia de la Ley se manifiesta en la unificación y en la ampliación del régimen jurídico de las denominadas modificaciones estructurales.*

Esta lograda unificación es especialmente plausible en lo que concierne a la operación relativa a la transformación de sociedades cuyo régimen, siguiendo el Preámbulo de la Ley, estaba dividido entre la Ley de Sociedades Anónimas y la más moderna Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Estas leyes serán derogadas por la LSC y la LMESM ampliará el campo de las operaciones de transformación. Así lo dispone el Preámbulo de la Ley: *“extendiéndose así sensiblemente el perímetro de las transformaciones posibles”*. También es novedoso el nuevo régimen que establece la LMESM para las operaciones relativas a la fusión y a la escisión. Debido a la transposición de la Directiva 2005/56/CE, de 26 de octubre de 2005, sobre fusiones transfronterizas, la operación de la fusión en general aparece regulada en los artículos 22 a 53 de la LMESM y diferenciada en su regulación de las fusiones transfronterizas intracomunitarias, que de forma específica se regulan en los artículos 54 a 67 LMESM. De este modo, el preámbulo de la Ley justifica la necesidad de la redacción de una Ley específica no solo por su carácter general sino también por la extensión de su articulado.

Algo distinto es el hecho de que la Disposición Final séptima de la ley habilite al Gobierno para que en el plazo de doce meses refunda en un texto único, bajo el título de *“Ley de Sociedades de Capital”*, las actuales Leyes reguladoras de las sociedades de capital, regularizando las normas de las Leyes de Sociedades Anónimas, de Responsabilidad Limitada, así como la sección 4.ª, Título I, Libro II del Código de Comercio relativo a las sociedades comanditarias por acciones y el título X de la Ley del Mercado de Valores, relativo a las sociedades anónimas cotizadas. Ello ha tenido lugar mediante la

aprobación del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, que aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, que no afecta en absoluto al cuerpo legal de la Ley, que sigue permaneciendo hasta nuestros días como una Ley mercantil especial. Como ya se ha dicho, el hecho de que la Ley 3/2009 se refiera, en general, a las sociedades mercantiles y no sólo a las sociedades de capital, ha llevado a dejar fuera del Texto Refundido de la LSC la regulación de las modificaciones estructurales<sup>59</sup>.

Es interesante detallar tres observaciones, que trasladamos de forma resumida a continuación, con respecto a la pretendida unificación de la normativa aplicable a la materia de las modificaciones estructurales<sup>60</sup>:

- La primera de ellas hace referencia a que la promulgación de la LMESM no unifica la regulación sustantiva mercantil y fiscal diferenciada sobre las mismas, pues la regulación fiscal no se va a ver afectada por la promulgación de la LMESM que sigue manteniéndose y mostrando diferencias con respecto a la delimitación y a la tipificación de los supuestos. La regulación fiscal de las modificaciones estructurales se dispone en el capítulo VII<sup>61</sup> del Título VII (Regímenes tributarios especiales) de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (LIS), Ley 27/2014, de 27 de noviembre, que deroga el Texto Refundido aprobado por el RD Leg. 4/2004, de 5 de marzo<sup>62</sup>. La normativa fiscal no se limita a establecer un determinado régimen tributario para este tipo de operaciones sino que interfiere en la LMESM definiendo las operaciones de modificación estructural y tipificándolas de otro modo<sup>63</sup> lo que conlleva una duplicidad de regulaciones e interpre-

---

<sup>59</sup> En este sentido, BROSETA PONT, M y MARTÍNEZ SANZ, F., *Op.cit.* vol. I, pg.568.

<sup>60</sup> GONZÁLEZ MENESES, M. y ÁLVAREZ ROYO VILLANOVA, S., en *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, 2011, pg.21.

<sup>61</sup> El capítulo VII regula el régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores y cambio de domicilio social de una Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea.

<sup>62</sup> La Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades deroga el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

<sup>63</sup> El artículo 76 de la LIS, titulado "Definiciones", establece la definición de fusión, escisión y otros conceptos del siguiente modo:

*Tendrá la consideración de fusión la operación por la cual: a) 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 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) Dos o más entidades transmiten en bloque a otra nueva, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, la totalidad de sus patrimonios sociales, mediante la atribución a sus socios de valores representativos del capital social de la nueva entidad y, en*

taciones diferentes. Un ejemplo de ello lo podemos advertir en la regulación de la operación de escisión que veremos más adelante en la que la LMESM utiliza el término “unidad económica” mientras que la normativa fiscal hace referencia al término “rama de actividad”. Podemos observar que la legislación mercantil sustantiva es más formalista en las definiciones que la normativa fiscal. La primera las acomete a partir de criterios jurídico-formales mientras que la normativa fiscal atiende más a los aspectos económicos de las operaciones de modificación estructural con el objetivo primordial de evitar que se realicen desplazamientos patrimoniales encubiertos por medio de estas operaciones. El artículo 89.2 LIS es muestra de ello pues establece que “*No se aplicará*

---

*su caso, de una compensación 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. c) Una entidad transmite, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, el conjunto de su patrimonio social a la entidad que es titular de la totalidad de los valores representativos de su capital social.*

*Tendrá la consideración de escisión la operación por la cual: a) Una entidad divide en dos o más partes la totalidad de su patrimonio social y los transmite en bloque a dos o más entidades ya existentes o nuevas, como consecuencia de su disolución sin liquidación, mediante la atribución a sus socios, con arreglo a una norma proporcional, de valores representativos del capital social de las entidades adquirentes de la aportación y, en su caso, de una compensación 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) Una entidad segrega una o varias partes de su patrimonio social que formen ramas de actividad y las transmite en bloque a una o varias entidades de nueva creación o ya existentes, manteniéndose al menos una rama de actividad en la entidad transmitente, recibiendo a cambio valores representativos del capital social de estas últimas, que deberán atribuirse a sus socios en proporción a sus respectivas participaciones, con la consiguiente reducción de capital social y reservas en la cuantía necesaria, y, en su caso, una compensación en dinero en los términos de la letra anterior. c) Una entidad segrega una parte de su patrimonio social, constituida por participaciones en el capital de otras entidades que confieran la mayoría del capital social en estas, manteniendo en su patrimonio al menos participaciones de similares características en el capital de otra u otras entidades o bien una rama de actividad, y la transmite a otra entidad, de nueva creación o ya existente, recibiendo a cambio valores representativos del capital de la entidad adquirente, que deberá atribuir a sus socios en proporción a sus respectivas participaciones, reduciendo el capital social y las reservas en la cuantía necesaria y, en su caso, una compensación en dinero en los términos de la letra a) anterior.*

*Tendrá la consideración de aportación no dineraria de ramas de actividad la operación por la cual una entidad aporta, sin ser disuelta, a otra entidad de nueva creación o ya existente la totalidad o una o más ramas de actividad, recibiendo a cambio valores representativos del capital social de la entidad adquirente.*

*Se entenderá por rama de actividad el conjunto de elementos patrimoniales que sean susceptibles de constituir una unidad económica autónoma determinante de una explotación económica, es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios. Podrán ser atribuidas a la sociedad adquirente las deudas contraídas para la organización o el funcionamiento de los elementos que se traspasan.*

*Tendrá la consideración de canje de valores representativos del capital social la operación por la cual una entidad adquiere una participación en el capital social de otra que le permite obtener la mayoría de los derechos de voto en ella o, si ya dispone de dicha mayoría, adquirir una mayor participación, mediante la atribución a los socios, a cambio de sus valores, de otros representativos del capital social de la primera entidad y, en su caso, de una compensación 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.*

*el régimen establecido en el presente capítulo cuando la operación realizada tenga como principal objetivo el fraude o la evasión fiscal. En particular, el régimen no se aplicará cuando la operación no se efectúe por motivos económicos válidos, tales como la reestructuración o la racionalización de las actividades de las entidades que participan en la operación, sino con la mera finalidad de conseguir una ventaja fiscal”.*

- Una segunda observación que no compartimos en su totalidad con los autores respecto a la intención de unificación pretendida por la Ley especial de modificaciones estructurales, radica en el hecho de los posibles desajustes que va a originar esta Ley con respecto a la legislación societaria mercantil existente hasta el momento: la LSA y la LSRL. Es decir, no podemos olvidar que las operaciones de fusión, escisión, transformación, cesión global, etc. eran, antes de la promulgación de la LMESM, objeto de regulación por la normativa societaria contenida en esas leyes, hoy derogadas. Todas estas operaciones, de hecho, están igualmente relacionadas con otras circunstancias propias de la vida mercantil de las sociedades que son objeto de regulación societaria general. Por lo que la LMESM no agota la totalidad de regulación general de la que son objeto dichas sociedades, pues éstas tienen otras realidades societarias que son objeto de regulación actualmente por la LSC, en su mayor parte.

Cuando aún no se había publicado la LMESM y estas operaciones de modificación estructural eran tratadas en la LSA y en la LSRL, existía la suficiente conexión para tratar en esas mismas legislaciones cualquier aspecto o incidencia general (normativa general de constitución, aumento, reducción de capital, cambio de objeto social, disolución y liquidación) que no hubiera sido abordado en aquellos momentos en esa regulación incipiente o escueta de las operaciones de modificación estructural. Así pues, la regulación general coordinaba y complementaba de forma coordinada el resto de aspectos que las afectaban. Esto lo podíamos comprobar en la cesión global de activo y pasivo, que estaba regulada entonces en el artículo 117 de la LSRL, en sede de liquidación societaria. Las carencias existentes entonces en la regulación de determinados supuestos de la cesión global eran solventadas por la propia regulación de la liquidación en la Ley. Por ejemplo, un posible problema era el referido a la posición del socio minoritario que no intervenía en la valoración que se había hecho del patrimonio de la sociedad cedente, realizado únicamente entre el socio mayoritario y el cesionario. Esta situa-



ción era solventada por la propia regulación que, actuaba como contrapeso y refería, dentro del régimen de la liquidación en sus artículo 118.2 y 121 LSRL sobre el balance final de liquidación, el hecho de que había que esperar el plazo para la impugnación del balance, para poder proceder a la inscripción de la extinción de la sociedad y entonces, dar eficacia así a la cesión global (la cesión global antes siempre iba unida a la extinción de la sociedad cedente, actualmente es solo una posibilidad).

- La tercera observación refiere el hecho de que la publicación de la LMESM no debe traer como consecuencia el aislamiento en la regulación especial de las modificaciones estructurales: no se debe de contribuir a crear un sistema autónomo que separe a estas operaciones de la regulación general de las sociedades, actualmente bajo la LSC.

### **3. La flexibilización y ampliación del ámbito de las modificaciones estructurales**

La flexibilidad de la Ley en el ámbito de aplicación de los procedimientos es el segundo significado que introduce esta Ley. Esta flexibilización se plasma en la ampliación de los supuestos de transformación con intervención de una SA, en contraste con el planteamiento más restrictivo anterior a la LMESM. Ahora, de acuerdo con el artículo 4 de la LMESM que relaciona los supuestos de posible transformación, cualquier sociedad mercantil inscrita se podrá transformar en cualquier otro tipo de sociedad mercantil.

Otro ejemplo de flexibilización estriba en la posibilidad de traslado del domicilio social al extranjero de una sociedad inscrita constituida conforme a la ley española siempre que el Estado a cuyo territorio se traslada permita el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad. Otra novedad en este aspecto que aporta la Ley es la referida a los supuestos de aportación de “rama de actividad” a cambio de acciones o participaciones de otra sociedad que aumenta su capital –lo que se venía conociendo como segregación o escisión impropia- pasarán a ser tratados legalmente como genuinas escisiones sometiéndolas a un determinado procedimiento. El artículo 68 LMESM incorpora la modalidad de la segregación como una nueva clase de escisión junto a la escisión total y a la escisión parcial.

Y, finalmente, y como resultado de esa flexibilización, se produce en materia de escisión, la regulación por primera vez de la figura de la segregación, junto con las ya conocidas y reguladas operaciones de escisión total y parcial. También tiene lugar una ampliación en el reconocimiento y regulación de la cesión global de activo y pasivo como operación de modificación estructural, que, a partir de la entrada en vigor de la Ley, se desvincula de los procesos de liquidación y extinción de una sociedad. Ello adquiere un significado relevante pues nuestra Ley de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles admite la posibilidad de que una sociedad que continúa existiendo pueda vender la empresa social como una totalidad, produciéndose también el efecto de la sucesión universal, aunque dicha sociedad vendedora no se extinga. El Preámbulo de la Ley refiere esta ampliación del elenco de las modificaciones estructurales. Siguiendo el tenor literal de éste, encontramos la novedosa inclusión como operación de modificación estructural de la cesión global de activo y pasivo, que hasta la entrada en vigor de la Ley, había sido considerada como una forma abreviada de liquidación.

Así pues, se reconoce y se regula por primera vez en nuestra legislación mercantil la cesión global de activo y pasivo que ocupa el contenido fundamental de esta tesis como operación de modificación estructural, objeto de estudio.

#### **4. La simplificación procedimental**

La Ley simplifica la realización procedimental de las operaciones de modificación estructural, y, al mismo tiempo, tal como decíamos arriba, conlleva una gran flexibilidad ampliando el elenco de modificaciones estructurales posibles y permitiendo que determinadas operaciones sean tratadas legalmente como tales modificaciones estructurales<sup>64</sup>.

Es un hecho destacable observar que la LMESM simplifica determinadas operaciones que relaciono a continuación: en las sociedades de responsabilidad limitada no hay necesidad de proyecto ni de balance cuando la modificación estructural se acuerda por unanimidad en junta universal. Tampoco hay necesidad de informe de expertos in-

---

<sup>64</sup> GONZÁLEZ MENESES, M., en “Ley de modificaciones estructurales...” *op.cit.* pg. 49.

dependientes cuando los acuerdos se toman por unanimidad por todos los socios de todas las sociedades implicadas. Otra simplificación la observamos en cuanto que no hay necesidad de aprobación de la fusión por las juntas generales de la sociedad o sociedades absorbidas cuando se trate del supuesto especial de fusión por absorción de sociedad íntegramente participada; y también hay una reducción del número de anuncios e incluso la posibilidad de su sustitución por comunicaciones individuales a socios y acreedores.

Como resultado de esta simplificación y flexibilización, podemos concluir que la nueva LMESM se configura como una obra de ingeniería societaria que favorece la reestructuración o reorganización interna de las empresas junto a la movilización de los activos empresariales de las propias empresas, las ventas de empresas enteras o por partes, todo ello sin los tradicionales obstáculos que para ello se derivan de las normas de Derecho civil sobre la circulación de bienes, derechos y obligaciones<sup>65</sup>.



## II CONCEPTO DE MODIFICACIÓN ESTRUCTURAL

El estudio de la operación de cesión global de activo y pasivo requiere un análisis previo de la categoría de las modificaciones estructurales siendo conscientes de que para centrarnos en el estudio de la cesión global, como figura integrante de dicha categoría, no podemos ignorar la relación que guarda con las restantes operaciones de modificación estructural. Por ello, estructurando el desarrollo de este estudio, inicialmente se estudia dicha categoría, se relacionan a continuación las distintas operaciones de modificación estructural y, a partir de ahí, se pueden extraer los caracteres comunes y definitorios de la categoría que reúnen todas las operaciones de modificación estructural. Tras ello, ya se podrá realizar un análisis de la cesión global como operación de modificación estructural delimitando su concepto, caracterización, y el régimen jurídico de la misma dentro del cual es importante observar el procedimiento aplicable para la realización de la operación.

---

<sup>65</sup> GONZÁLEZ MENESES, M., *ibidem*.

Siguiendo a Conde Tejón,<sup>66</sup> sería un error pues realizar un estudio de la operación de cesión global de activo y pasivo de forma aislada, ignorando que la misma pertenece a una categoría más amplia de operaciones, denominada modificaciones estructurales. Por su parte, Ansón Peironcelly y Garrido De Palma<sup>67</sup>, precisan la terminología que emplea la Ley 3/2009: “modificaciones estructurales”, y es que si –como señala María Moliner, en su Diccionario de Uso del Español<sup>68</sup>, *modificación* supone: alteración, cambio, reforma, hacer que una cosa sea diferente de cómo era; y *estructura* significa: configuración, armazón, esqueleto, conjunto de elementos interrelacionados que forman una unidad, no es extraño que en sede propia de las sociedades mercantiles la expresión analizada se haya acuñado por la doctrina más representativa (alemana y siguiéndola, la española), para comprender todo tipo de operaciones que entrañan algún cambio o alteración en la estructura o los elementos esenciales de la empresa.

Embid Irujo fue el primer autor en emplear el término modificaciones estructurales para referirse al conjunto de estas operaciones<sup>69</sup> que entrañan la ejecución de una reestructuración empresarial. Hasta la llegada de la LMESM no existía una definición de lo que se entiende por modificaciones estructurales. El legislador español tampoco reconocía la existencia de esta categoría reconocida actualmente como tal. Simplemente relacionaba en los capítulos VIII tanto de la LSA como de la LSRL figuras heterogéneas como la transformación, fusión, y escisión que presentaban muchas afinidades entre sí por lo que estaban reguladas de forma conjunta en un mismo capítulo por dichas legislaciones ya derogadas. Pero la expresión ya había sido acuñada por la doctrina más representativa: la alemana y siguiéndola, la española<sup>70</sup>. EMBID IRUJO, J.M. las define como aquellos cambios en la sociedad que alteran radicalmente su configuración y que

---

<sup>66</sup> CONDE TEJÓN, A. *Op.cit.* pg.33

<sup>67</sup> ANSÓN PEIRONCELY, R., BANACLOCHE PÉREZ, J, GARRIDO DE PALMA, V.M., *La ley 3/2009 de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, 2009, pg. 13.

<sup>68</sup> El *Diccionario de uso del español* es una obra creada por la bibliotecaria y lexicógrafa española María Moliner a partir de 1962. Habitualmente no se usa como diccionario enciclopédico, sino como referencia para escritores de todo tipo, por ejemplo literatos, periodistas, e incluso escritores de documentación técnica.

<sup>69</sup> EMBID IRUJO, J.M., en sus trabajos “En torno a las modificaciones estructurales...” *Op.cit.* pg. 14 y en “Notas para el estudio de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, en *Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid, 1991, pg. 293.

<sup>70</sup> ANSÓN PERIONCELY, R., GARRIDO DE PALMA, V.M. “Introducción general. La modificación estructural”, en *La reestructuración empresarial y las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, 2010, pg.25.

no pueden considerarse simples modificaciones de estatutos<sup>71</sup>. En cambio, las modificaciones de estatutos, limitan sus efectos al marco estatutario por el que se rige una sociedad pero sin afectar propiamente a la identidad o naturaleza de su tipo social. Suponen una alteración del funcionamiento interno de la sociedad. Alteran decisivamente el marco jurídico, organizativo y patrimonial derivado del negocio de fundación de la sociedad. Pérez Gurrea,<sup>72</sup> en la línea de Embid Irujo, define la modificación estructural como toda operación de reestructuración que varía sustancialmente las relaciones derivadas del contrato de sociedad a fin de adecuar la estructura de la empresa a sus nuevas exigencias.

La LMESM define en su Preámbulo la categoría de modificaciones estructurales como “*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*”. Actualmente dicha categoría expresamente reconocida por la LMESM<sup>73</sup> está conformada por las operaciones de transformación, fusión, escisión, cesión global de activo y pasivo y traslado internacional del domicilio social, operación que, como ya hemos significado anteriormente, aunque no siempre presenta las características que permitan englobarla dentro de la categoría de modificaciones estructurales, aconseja su inclusión en el mismo texto legal debido a sus relevantes consecuencias en el régimen aplicable a la sociedad, a pesar de la dificultad que supone el hecho de que no siempre presenta las características que permitan englobarlo dentro de esta nueva categoría.

Se entiende por modificaciones estructurales ciertas decisiones u operaciones de reestructuración que comportan una alteración sustancial del contrato de sociedad, por afectar a la organización patrimonial o personal de ésta o a ambas<sup>74</sup>. Las modificaciones estructurales implican un cambio en la estructura de la sociedad y, por extensión, en la posición jurídica, patrimonial y administrativa de los socios<sup>75</sup>.

---

<sup>71</sup> EMBID IRUJO, J.M., “Notas para el estudio...” *Op.cit.* pgs. 291-303

<sup>72</sup> PÉREZ GURREA, R., en “Las modificaciones estructurales de sociedades mercantiles a la luz de la Ley 3/2009, de 3 de abril”. *Diario La Ley*, 2010.

<sup>73</sup> Anteriormente a la LMESM del año 2009 no se reconocía expresamente por la legislación española la existencia de una categoría denominada modificaciones estructurales.

<sup>74</sup> IGLESIAS, J.L. Y GARCÍA DE ENTERRÍA, J., “Las modificaciones estructurales de las sociedades”, en AA.VV. Dirs. MENÉNDEZ, A. y ROJO, A, Coord. APARICIO, M. L., *Lecciones de Derecho mercantil*, 2011, pg. 576.

<sup>75</sup> El patrimonio está formado por activo: bienes y pasivo: deudas. El valor de la diferencia es el patrimonio neto o capital real (se estudiará más adelante)

Las modificaciones estructurales se diferencian pues de las modificaciones estatutarias debido a que mientras que para las modificaciones estatutarias se establece el principio de “*númerus apertus*”, sin perjuicio de algunas normas que contemplan supuestos especiales, para las modificaciones estructurales rige el principio de “*númerus clausus*”, con la consiguiente prohibición de la analogía. Otra diferencia entre ambas modificaciones estriba en el hecho de que, debido a la mayor trascendencia de las modificaciones estructurales, éstas requieren un sistema de publicidad más complejo, previo al que sucede a la inscripción de la escritura pública en el Registro Mercantil<sup>76</sup>.

### III

#### OPERACIONES QUE CONSTITUYEN LA CATEGORÍA DE MODIFICACIONES ESTRUCTURALES DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES. DISTINCIÓN DE LA CESIÓN GLOBAL DE FIGURAS AFINES

##### **1. Introducción. *Númerus clausus* o *númerus apertus* de modificaciones estructurales**

Consideramos que la transformación, fusión, escisión, cesión global de activo y pasivo y traslado internacional del domicilio social constituyen una única categoría por el hecho de compartir una serie de elementos comunes que se podrán extraer a partir de una caracterización inicial de las mismas que pasamos a detallar y que también nos ayudará, a partir de ese momento, a definir la propia categoría de modificaciones estructurales teniendo en cuenta esos elementos comunes y definatorios que se puedan repetir en las distintas operaciones. La LMESM reúne por primera vez y disciplina todas estas operaciones otorgándoles un régimen jurídico perfectamente definido. Por ello esta tarea se facilita en gran medida con respecto a la que se podía emprender con anterioridad

---

<sup>76</sup> VICENT CHULIÁ, F., en “Las modificaciones estructurales de sociedades tras la Ley de Sociedades Limitadas y el Reglamento del Registro Mercantil”, en *Revista jurídica de Catalunya*, nº 3, 1997, pg. 56.

a la entrada en vigor de la Ley. Por su parte, la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) ha venido reconociendo en sus distintas resoluciones anteriormente a la publicación de la LMESM que en el ámbito de las modificaciones estructurales de las sociedades rige el criterio de *numerus clausus*, rechazando la aplicación por analogía<sup>77</sup> de la sucesión patrimonial universal. Según la DGRN solo se reconoce la sucesión universal para aquellos supuestos en los que esté expresamente previsto por la Ley<sup>78</sup>.

Ansón Perioncely y Garrido de Palma,<sup>79</sup> se plantean la cuestión de si la LMESM deja la puerta abierta a la autonomía de la voluntad, ex art. 1255 CC<sup>80</sup>, en cuanto a la inclusión de nuevas operaciones de modificación estructural estableciendo de este modo un *numerus apertus* que permita la inclusión de nuevas modificaciones estructurales. El criterio doctrinal mayoritario es el de mantenimiento de un *numerus clausus* aduciendo la prohibición expresa que establece el régimen alemán al respecto. Así, Vicent Chuliá, contrapone el “numerus clausus” de las modificaciones estructurales al “numerus apertus” de las modificaciones estatutarias. En la misma línea, Francisco José Leon Sanz<sup>81</sup>, expondrá que las modificaciones estructurales han de ser reguladas expresamente por el legislador, quien ha de establecer los supuestos permitidos, entre qué fórmulas jurídicas, con qué procedimiento y qué medidas a favor de socios y terceros han de cumplir. Sánchez Álvarez<sup>82</sup> se inclina por el criterio opuesto defendiendo una concepción amplia del concepto jurídico.

---

<sup>77</sup> La actual redacción del Título Preliminar del Código Civil reconoce expresamente la analogía como método de integración, al fijar el artículo 4.1 de dicho texto legal, que “*procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecia identidad de razón*”. Son dos pues los requisitos de la analogía: en primer lugar que exista un supuesto específico no previsto por las normas y, en segundo lugar, que una norma regule un supuesto semejante y que entre ambos exista identidad de razón.

<sup>78</sup> En este sentido, LARGO GIL, R., *Op.cit.*, pg.182.

<sup>79</sup> Ansón Perioncely, R. y Garrido de Palma, V.M. “Introducción general. La modificación estructural” en *La reestructuración empresarial...*” *Op.cit.*, pg. 29.

<sup>80</sup> Artículo 1255 CC. “*Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público*”.

<sup>81</sup> LEÓN SANZ, F. J., “Comentarios al Proyecto de Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles. A) La necesidad de la reforma”, *RdS*, nº 31, 2008, pg.20.

<sup>82</sup> SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., en “La ley de modificaciones estructurales y el concepto de modificación estructural” en *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, vol. I, 2009, pg.150.

Señala, por último, Garrido De Palma<sup>83</sup>, que no puede negarse, hoy por hoy, la existencia, fuera de la regulación de la LMESM, de una modificación estructural: la escisión parcial financiera, y que nominada por la legislación fiscal, carece de regulación sustantiva específica al menos con la precisión debida.

## **2. Relación de operaciones de modificación estructural**

### **2.1. La transformación**

Los caracteres que hemos referido en el Preámbulo de la LMESM en cuanto a la unificación y ampliación que otorga la ley a las distintas modificaciones estructurales, se plasman concretamente en la nueva regulación que experimenta la transformación como operación de modificación estructural.

Detalla el preámbulo que la unificación y actualización legislativa se produce en la figura de transformación de sociedades mercantiles debido a que hasta la llegada de la Ley su regulación estaba dividida entre la normativa de la Ley de Sociedades Anónimas y la más moderna Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. La ampliación se evidencia en cuanto que la LME reforma la duplicidad anterior y consigue la ansiada unificación legislativa de la operación, la cual sigue la amplia concepción de la derogada LSRL, que ha terminado por imponerse sobre la mucho más restrictiva LSA debido a las necesidades de la realidad económica actual.

La transformación de una sociedad es definida por la ley, en su artículo 3º, como la adopción de un tipo social distinto, conservando su personalidad jurídica.

Para poder caracterizar la misma como operación de modificación estructural partimos del hecho de que la transformación supone una modificación esencial de la estructura y organización interna de la sociedad y de sus normas aplicables al producirse con la misma el cambio de tipo social pretendido aunque la sociedad siga conservando su personalidad jurídica y su identidad, tal como señala el artículo arriba expuesto.

---

<sup>83</sup> GARRIDO DE PALMA, V.M. “Introducción general. La modificación estructural”, en AA.VV. (ANSÓN PEIRONCELY, R., BANACLOCHE PÉREZ, J., ARANGUREN URRIZA, F.J.) , *Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, 2013, pg. 29.



Fundamentalmente por razones económicas<sup>84</sup>, los socios pueden estimar conveniente o necesario el paso a otro tipo social. Sería mucho más complicado crear *ex novo* otra sociedad, fundar una sociedad nueva. Gracias a la transformación, la empresa en funcionamiento puede seguir desarrollando su actividad mercantil, mantener su personalidad jurídica y las mismas relaciones jurídicas que tenía antes de efectuar la transformación ya que la empresa sigue siendo la misma junto al patrimonio que pueda poseer y si poseyera deudas sociales, el deudor, es decir, la sociedad mercantil objeto de transformación, va a seguir siendo el mismo, lo que facilita enormemente muchos aspectos comparando la transformación con otras operaciones en las que ya cambia la figura del deudor.

Será el artículo 4º el que regula la ampliación de los supuestos de transformación facilitando así las transformaciones con respecto a las limitaciones que anteriormente establecía la LSA. El artículo parte de la idea de que cualquier sociedad mercantil inscrita podrá transformarse en cualquier otro tipo de sociedad mercantil. Ahora, la única limitación es que la sociedad que va a ser objeto de transformación debe estar inscrita en el registro mercantil por lo que no podrán ser objeto de transformación las sociedades mercantiles irregulares y tampoco las sociedades unipersonales constituidas por los empresarios individuales. La ampliación de los supuestos de transformación está justificada por la mayor protección que otorga ahora la LME a los socios pues ven incrementada la misma en el refuerzo de su derecho de información, regulado en el artículo 9 de la LMESM. Los socios tendrán a su disposición en la convocatoria de la junta, incluso por medios electrónicos si lo desearan así, los siguientes documentos: el informe de los administradores, el balance de la sociedad a transformar, el informe del auditor sobre el balance presentado, el proyecto de escritura social o estatutos de la sociedad resultante. Gracias a estas nuevas garantías puede cambiar la situación anterior que en el artículo 223<sup>85</sup> de la derogada LSA solo permitía la transformación entre tipos sociales delimitados que mínimamente cumplimentaran en su legislación la protección necesaria a los socios.

---

<sup>84</sup> Una sociedad personalista se puede transformar en una sociedad anónima o de responsabilidad limitada para limitar la responsabilidad de los socios en cuanto a la asunción de las deudas sociales o bien una sociedad anónima se ha de transformar en una limitada porque debido a las pérdidas no puede mantener la cifra mínima establecida de su capital social de 60.000€

<sup>85</sup> El derogado artículo estipulaba solamente la transformación de la S.A. en sociedad colectiva, comanditaria o de responsabilidad limitada.

La publicación del acuerdo de transformación ha sido revisado y ha supuesto, con respecto a la regulación anterior, una reducción de requisitos, quedando en las mismas condiciones de publicidad exigibles al acuerdo de cesión global. El artículo 14 solo exige que se publique una vez en el BORME y en uno de los diarios de gran circulación de la provincia en que la sociedad objeto de transformación (o, en su caso, de cesión) tenga su domicilio. Antes, al igual que sucedía con el acuerdo de fusión, se requerían tres publicaciones en el BORME y una en dos periódicos (art. 224 LSA).

## **2.2. La fusión**

La LMESM no proporciona un concepto jurídico de la fusión <sup>86</sup> sino que se limita a establecer sus efectos en el artículo 22 LMESM, según el cual “...*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*”.

La función económica que desarrolla la fusión implica un fenómeno de integración empresarial pues supone la creación de una única sociedad mercantil preexistente o nueva a partir de la concentración de varias independientes que están interesadas en unir sus negocios para aunar esfuerzos. Así pues la fusión siempre persigue la integración empresarial (patrimonial y personal) de varias sociedades. La LMESM regula exclusivamente las fusiones de las sociedades mercantiles inscritas en el RM que incluyen los siguientes tipos sociales: sociedades personalistas, sociedad comanditaria por acciones, sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada, sociedad europea domiciliada en España, sociedades civiles que tengan objeto mercantil, sociedades laborales que asuman el tipo societario de S.A. o S.R.L. y las Agrupaciones de Interés Económico.

En la fusión se va a constituir una nueva sociedad que sustituye a las anteriores con una nueva entidad. Se trata de un nuevo deudor que sustituye al anterior o a los anteriores, y por lo tanto y a diferencia de lo que ocurre en la transformación, donde el deudor sigue siendo el mismo, en la fusión tendremos un nuevo deudor que se tendrá

---

<sup>86</sup>MARTÍN MOYA, V., en “La fusión de sociedades mercantiles en la nueva Ley de modificaciones estructurales”, en *Noticias de la Unión Europea*, nº 309, 2010, pg. 57 (Ejemplar monográfico dedicado a: Ley de modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles )

que hacer cargo del cumplimiento de las obligaciones con el nuevo patrimonio que se haya constituido tras la realización de la misma<sup>87</sup>. Tampoco es pues coincidente el patrimonio, como sucedía en la transformación. En la fusión, el nuevo patrimonio de la sociedad resultante se hará cargo de las nuevas obligaciones de la sociedad. La fusión comporta la extinción de una o más sociedades sin liquidación debido a que se transfieren sus patrimonios a una sociedad, preexistente o de nueva creación donde se integrarán los respectivos socios y patrimonios. A cambio, los socios de las sociedades extinguidas se integran en la nueva sociedad recibiendo acciones, participaciones o cuotas de la sociedad beneficiaria: la nueva o la absorbente, mediante una operación de canje. La LMESM deroga los regímenes específicos que se contenían sobre la fusión en el TRLSA y en la LSRL<sup>88</sup>.

Son exigencias económicas tendentes a la concentración y al fortalecimiento de las empresas las que motivan que sea la fusión la operación más recurrente dentro de la categoría de las operaciones de modificación estructural. Es un referente para el resto de operaciones y así lo observamos en la remisión a esta operación de determinados aspectos de régimen jurídico de operaciones como la escisión y cesión global de activo y pasivo, objeto de nuestro estudio. Sequeira Martín expone en el comentario que realiza al proyecto de ley sobre modificaciones estructurales expone la importancia de la influencia del extenso régimen legal de la fusión en la regulación de las restantes modificaciones estructurales, sobre todo en el caso de la cesión global de activo y pasivo y en la escisión<sup>89</sup>. Concretamente, estudiaremos más adelante que la regulación de la cesión global de activo y pasivo remite a la fusión lo referente al acuerdo de cesión global (re-

---

<sup>87</sup> Según PAZ ARES, C. Y SÁEZ LACAVE, M. I., “Los contratos pendientes de ejecución en la fusión”, en *RDM* n° 243 (enero-marzo), 2002, pg.45, la suerte de los contratos pendientes de ejecución cuando una de sus partes entra en un proceso de fusión (o en otra modificación estructural que se pueda acometerse como una escisión, cesión global de activo y pasivo, etc.) resuelve fácilmente con la regla de la sucesión universal ya que los contratos se transmitirán automáticamente a la sociedad resultante de la fusión, de manera que ésta habrá de cumplirlos pudiendo exigirlos en los términos originariamente convenidos por la sociedad que se extingue. Así, la contraparte nada podrá hacer para evitar el traspaso.

<sup>88</sup> SEQUEIRA MARTÍN, A. consideraba en “El proyecto de fusión como condicionante del ámbito de los acuerdos a adoptar por las sociedades participantes en una fusión”, en *RdS*, n° 12, 1999, pg. 206, que la razón última del establecimiento de un procedimiento legalmente ordenado de fusión radica en una doble razón: en primer lugar en el reforzamiento de la seguridad jurídica para los diversos intereses afectados mediante, entre otros mecanismos, (...) el fortalecimiento del derecho de información. La segunda razón, según el autor, estriba en la funcionalidad que el procedimiento mismo aporta a la mejor consecución de una operación de fusión.

<sup>89</sup> SEQUEIRA MARTÍN, A., Comentario al Proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: II. Fusión y fusiones transfronterizas intracomunitarias, *RdS*, n° 31, pg.34, 2008.

misión al art. 40.2), el derecho de oposición de los acreedores (remisión al art. 44) y la impugnación de la cesión global (remisión al art. 47). Igualmente sucede en el contexto comunitario cuando observamos cómo el contenido legal de la Sexta Directiva 82/891/CEE referente a la escisión es prácticamente igual o se remite al de la Tercera Directiva 78/855/CEE reguladora de las fusiones comunitarias.

Habrà que prestar especial atención a los artículos 40 y 44 LMESM pues afectan a la cesión global y han sido objeto de reforma en sede de fusión. Ello es debido a que tanto la operación de fusión, como la escisión, se han visto recientemente modificadas en el articulado de la LMESM por la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, adquiriendo algunos de sus artículos una nueva redacción. Dicha Ley, que convalida el anterior Real Decreto-ley 9/2012, de 16 de marzo, logra realizar la trasposición de la Directiva 2009/109/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009<sup>90</sup>, en lo que se refiere a las obligaciones de información y documentación en el caso de fusiones y escisiones e introduce modificaciones en las figuras de la fusión y escisión de sociedades con el objeto de reducir costes en las sociedades de capital potenciando el uso de la página web y las comunicaciones electrónicas como nuevos medios de comunicación con los socios.

*“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”* (artículo 22 LMESM). Se distinguen dos supuestos de fusión: uno de ellos supone la extinción de las sociedades que se fusionan siendo la sociedad resultante de nueva creación y transmitiéndose en bloque por sucesión universal a la misma los respectivos patrimonios de las sociedades extinguidas. Es la llamada fusión por creación de una nueva sociedad. Otro tipo de fusión es la llamada fusión por absorción en el que la sociedad resultante es una de las sociedades que se fusionan por lo que

---

<sup>90</sup> La Directiva 2009/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, modifica las Directivas 77/91/CEE, 78/855/CEE y 82/891/CEE del Consejo, y la Directiva 2005/56/CE.

no todas se extinguen y una de ellas absorbe en bloque el patrimonio de las restantes sociedades (artículo 23 LMESM).

Siguiendo el tenor de los artículos referidos observamos que hay unos elementos comunes que se repetirán en cualquier fusión independientemente del procedimiento que se siga:

1. Disolución y extinción de las sociedades que van a ser absorbidas por la sociedad absorbente (en el caso de fusión por absorción<sup>91</sup>) o por la sociedad de nueva creación (en el caso de fusión por creación de una nueva sociedad). Las sociedades se extinguirán sin pasar por la fase liquidatoria (no todas se extinguen en el caso de fusión por absorción, puesto que no se puede disolver la que va a ser la sociedad absorbente).

La no apertura de la fase de liquidación en la o las sociedades absorbidas era algo que ya establecía también el artículo 266 LSA pero de forma muy distinta a como es actualmente regulado por la LSC. Actualmente se procede a la disolución y extinción de las sociedades absorbidas sin pasar igualmente por la fase liquidatoria, pero, aunque la solución sea la misma que entonces, la LSC ha logrado evitar la problemática que provocó entonces la redacción del artículo 266 LSA debida a esa excepción que exponía.

La LSC, a diferencia de la derogada LSA, no contempla como causas de disolución la fusión, la escisión y la cesión global por lo que ya no se nos plantea la problemática<sup>92</sup> y crítica doctrinal que se realizó entonces del artículo 266 en la derogada LSA. El artículo 266 de la derogada LSA exponía lo siguiente: *“Una vez disuelta la sociedad se abrirá al período de liquidación, salvo en los supuestos de fusión o escisión total o cualquier otro de cesión global del activo y el pasivo”*. Así pues este artículo constituía entonces una excepción difícil de explicar porque la consecuencia inmediata de la decla-

---

<sup>91</sup> GARCÍA VILLAVERDE. R., en “Proyecto de fusión no aprobado por la Junta General de una de las sociedades que lo suscribieron”, *RdS*, nº 6, 1996, pg. 208, planteaba antes de la publicación de la LMESM el problema relativo a si en el Derecho español había posibilidad de que el acuerdo de fusión pudiera modificar aspectos sustanciales del proyecto de fusión, siempre y cuando estuvieran de acuerdo en ello todas las Juntas Generales de las distintas sociedades afectadas por el proceso de fusión. El derogado artículo 240.1 LSA establecía que *“el acuerdo de fusión había de ser adoptado por la junta general de cada una de las sociedades que participen en la fusión, ajustándose al proyecto de fusión”*. Por ello, el autor, a partir de este precepto consideraba que no había razones de peso para defender ninguna variación en el plano interpretativo.

<sup>92</sup> EIZAGUIRRE BERMEJO, J.M., critica los preceptos de la derogada LSA en *Disolución y liquidación, en Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, dirigido por Fernando Sánchez Calero, tomo VIII, 1993. El autor considera inadecuada la inclusión de la fusión, escisión y cesión global entre las causas de disolución de las sociedades mercantiles.

ración de la disolución de una sociedad es la apertura del período de liquidación y esto no sucedía en esos supuestos. Actualmente el artículo 371 LSC sustituye al derogado 266 LSA y expresa claramente y ya, sin ninguna excepción, que “*La disolución de la sociedad abre el período de liquidación*”.

En cambio, la antigua LSRL seguía en su artículo 104<sup>93</sup> la línea actual de la LSC pues no refería en ningún caso los supuestos de fusión y escisión como causas de disolución de las sociedades de responsabilidad limitada.

2. Existe una transmisión patrimonial en bloque y mediante sucesión universal de la totalidad de los patrimonios de las sociedades independientes disueltas a la sociedad resultante o entidad de nueva creación que las reúne en una única y nueva organización. Se lleva a cabo un único título de transmisión que economiza el procedimiento. Esta sociedad sustituye a la anterior en el conjunto de todas sus relaciones jurídicas. En la fusión se extingue la sociedad transmitente y se integran los socios en la sociedad adquirente con una alteración de la cuota de participación en la sociedad adquirente.

3. Los socios de las sociedades disueltas recibirán como contraprestación acciones, participaciones o cuotas de la entidad resultante en la cuantía que proceda pasando a formar parte de la misma, es decir, integrándose los socios en una nueva sociedad.

La operación de cesión global de activo y pasivo se instala sobre presupuestos muy distintos de los de la fusión pero hay igualmente aspectos coincidentes. Pasamos a relacionarlos:

Frente a la integración de patrimonios que tiene lugar en la fusión, en la cesión global se produce una transmisión del patrimonio empresarial.

En la cesión global no existe paso o integración de los socios de la sociedad cedente al cesionario (comprador).

Tampoco se podrá realizar la contraprestación en la cesión global de activo y pasivo en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario, sino solamente en dinero u otros activos, como bienes (art. 81 LMESM). Debido a esto, en la cesión global

---

<sup>93</sup> El artículo 104 LSRL hace una relación de las distintas causas por las que se puede disolver una sociedad de responsabilidad limitada no relacionando en ningún caso los supuestos detallados de fusión y escisión que sí relacionaba la LSA. Fue por ello necesaria la salvedad contenida en el derogado artículo 266 LSA de no apertura del período liquidatorio.

no se suele producir alteración en la composición del capital de la sociedad cedente, ni tampoco en el capital de la sociedad cesionaria.

La transmisión en bloque del patrimonio se realiza en ambas operaciones de modificación estructural, no conservando la sociedad cedente o disuelta absolutamente nada.

Como aspecto diferenciador, advertimos que no es necesaria la disolución de la sociedad inicial en la cesión global, que podrá seguir existiendo tras la cesión, al contrario de lo que sucede en la fusión donde se parte de la disolución de la sociedad o sociedades absorbidas. Por lo que este aspecto podrá ser o no ser coincidente entre ambas figuras.

También diferencia a ambas operaciones el hecho de que en la fusión siempre intervienen al menos dos sociedades mercantiles, algo que no tiene porqué suceder en el caso de la cesión global ya que no es exigible para el cesionario ser una sociedad mercantil pudiendo intervenir una persona física, una asociación, una fundación, etc.

Hay importantes novedades en el régimen legal de la fusión. Entre ellas, el artículo 42 regula un régimen súper simplificado de fusión en cuanto al cumplimiento de requisitos legales cuando la fusión se adopte en junta universal y por unanimidad. También hay un capítulo dedicado a la regulación de las fusiones especiales, aspecto ya destacado en el preámbulo de la Ley que destaca la regulación de la absorción de una sociedad íntegramente participada, la de una sociedad participada al 90% y también la de aquella operación mediante la cual una sociedad se extingue transmitiendo en bloque el patrimonio a la sociedad que posee la totalidad de las acciones, participaciones o cuota correspondientes a aquella, es decir, sin atribución de éstas a los socios de la sucesora.

### **2.3. La escisión**

El título III de la Ley se ocupa de la figura de la escisión abordando el estudio de esta operación de modificación estructural que también ha sufrido cambios en su regulación con la llegada de la Ley. La misma ha sustituido y ampliado la regulación que se hacía de la misma en la derogada LSA (artículos 252 y sg) ya que entonces no se consideraba a la segregación como un tipo de escisión. El efecto de sucesión universal en la realización de la operación también constituye una novedad aportada por la Ley.

Ya el proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de sociedades mercantiles (PLMESM), reconoce de forma expresa la figura de la segregación. Al regular la operación de escisión, no se limita a establecer, como se hacía en algún texto previo, que se aplicará a la segregación el régimen de la escisión, sino que considera ya como autónoma esta operación con una regulación legal propia y distinguida pero situada al mismo nivel que el resto de modalidades de escisión: escisión total y escisión parcial<sup>94</sup>.

Y en el actual Preámbulo de la Ley se destaca que “*en materia de escisión sobresale el ingreso en el derecho sustantivo de sociedades mercantiles de la figura de la segregación, junto con las ya reguladas operaciones de escisión total y parcial*” y se refiere la aplicación de las normas de la escisión a esta operación sin ningún tipo de excepcionalidad. Esto no sucede en otros ordenamientos como el alemán en el que se aplicará a la segregación el régimen legal de la escisión con las salvedades correspondientes según establece el parágrafo 125 de la UmwG. Si bien es muy positivo el ingreso y regulación de la segregación, al no ser una figura estrictamente coincidente con la escisión, debería de precisarse en mayor medida su régimen con respecto a la escisión total y a la escisión parcial.

La escisión implica la división o segregación del patrimonio de una sociedad que se transmite en bloque por sucesión universal a una o varias sociedades ya existentes o de nueva creación recibiendo los socios de la sociedad escindida como contraprestación un número de acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias. La operación de escisión siempre supone la separación empresarial (patrimonial y personal) de varias sociedades.

En la operación de escisión hay unas sociedades beneficiarias nuevas o ya existentes a las que se les traspa todo o una parte del patrimonio de la sociedad que se escinde. En cambio en la operación de fusión estudiada la sociedad nueva o ya existente asumía, incorporaba los patrimonios de las sociedades fusionadas. Ambas son operaciones de reestructuración empresarial pero no tienen que entenderse como opuestas en todo caso. La visión reduccionista de que la escisión, al contrario que la operación de

---

<sup>94</sup> En este sentido, RODRIGUEZ ARTIGAS, F., Comentarios al proyecto de ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Escisión, pg. 56, RdS nº 31, 2008.



fusión, va a implicar siempre una simplificación empresarial es harto vaga e inexacta pues se puede llevar a cabo con otros objetivos que pretendan la reorganización de la empresa en aras a la consecución de una mayor eficiencia. Por ello, sería más exacto hablar sencillamente de una división empresarial. Se puede acometer con el objeto de realizar una concentración o desconcentración empresarial, o, sencillamente pretender una especialización en una determinada actividad con la dejación de otras que son objeto de traspaso y por todo ello la sociedad necesitaría ser escindida. Por lo tanto, la escisión, como la fusión lo hace siempre, también podría implicar en determinados supuestos, un crecimiento de la estructura empresarial de una sociedad escindida cuando la misma no se extingue<sup>95</sup>.

En cuanto al régimen legal de la escisión, es destacable la remisión general que realiza el artículo 73 a las normas establecidas para la fusión, entendiéndose que las referencias a la sociedad resultante de la fusión equivalen a referencias a las sociedades beneficiarias de la escisión. Tengamos en cuenta que esta remisión general al régimen de la fusión no se da en el supuesto de la cesión global que solo remite a la fusión los aspectos referidos a la impugnación de la fusión (art. 90, que remite al 47 LMESM), al derecho de oposición de los acreedores (art. 88, que remite al art. 44) y a los requisitos exigibles para la adopción del acuerdo de cesión global (art.87 que remite al art.40).

El Preámbulo de la Ley expone la novedad que incorpora la Ley en materia de escisiones por el ingreso de la figura de la segregación. Expone así que “(...), en materia de escisiones, sobresale el ingreso en el derecho sustantivo de sociedades mercantiles, de la figura de la segregación, junto con las ya reguladas operaciones de escisión total y parcial (...)”. Así, desde la entrada en vigor de la LMESM, a la regulación tradicional de la escisión, en las modalidades de escisión total y parcial se le añade una nueva modalidad de escisión que es la segregación. Estos tres tipos son relacionados por el artículo 68 de la Ley y a continuación, los artículos siguientes 69, 70 y 71, proceden a la definición de cada modalidad de escisión señalando sus particularidades diferenciadas.

---

<sup>95</sup> RODRIGUEZ ARTIGAS, F., “Escisión”, pgs. 19-20, en “Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles”. Dirección: Uría, R., Menéndez, A., y Olivencia, M. Tomo IX. “Transformación, fusión y escisión de la S.A”. Volumen 3º: Escisión, 1993, pgs. 19-20.

La escisión total implica, según el art. 69 LMESM, la extinción de la sociedad<sup>96</sup> junto a la división de la totalidad de su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se traspa en bloque por sucesión universal a una sociedad de nueva creación o es absorbida por una sociedad ya existente. Los socios pasan a integrarse en las sociedades beneficiarias y reciben una contraprestación proporcional a la participación que tenían en la sociedad que se escinde. Dicha contraprestación consistirá en acciones, participaciones o cuotas.

Al igual que en la fusión, la escisión total supone la extinción de la sociedad sin necesidad de apertura del procedimiento liquidatorio debido a que, en ambos casos, se produce una transmisión en bloque de todo el patrimonio de la sociedad que se funde, en el caso de la fusión, o que se escinde, en el caso de la escisión. Una y otra persiguen la integración o separación empresarial.

Pero, a diferencia de la fusión donde se transmite en bloque la totalidad del patrimonio, en la escisión este patrimonio se traspa en su totalidad pero estará dividido en distintos bloques: dos o más, transmitiéndose por separado cada uno de estos bloques a las distintas sociedades beneficiarias. Por ello, en la escisión total es necesario que al menos haya dos sociedades beneficiarias de esos distintos bloques de patrimonio, pues, si no fuera así, y todo el patrimonio, aunque dividido, pasara a una sola sociedad, el supuesto cambiaría y nos encontraríamos ante una operación de fusión.

Los socios que pasan a formar parte de las sociedades beneficiarias reciben una contraprestación proporcional a la participación que tuvieron en el patrimonio de la sociedad objeto de escisión. El tratamiento de esta cuestión fundamental aparece en el proyecto de escisión en el que debe quedar detallado el reparto entre los socios de la sociedad escindida de las acciones, participaciones o cuotas que les correspondan en el capital de las sociedades beneficiarias, así como el criterio en que se funda ese reparto (art. 74.2 LMESM)

La cesión global, en cambio, no tiene porqué implicar la extinción de la sociedad cedente; la contraprestación recibida en la cesión tampoco puede consistir en acciones, participaciones o cuotas sino en dinero u otros activos. Por ello, la restricción de la con-

---

<sup>96</sup> Como se dijo en lo referente a la fusión, antes de la publicación de la LMESM, la no apertura de la liquidación, era una salvedad establecida por el artículo 266 LSA para los tres supuestos de fusión, escisión y cesión global de activo y pasivo.

trapestación en la cesión global es lo que distingue a ésta de la figura de la escisión total, y, ni mucho menos, los socios de la sociedad cedente pasan a integrar la sociedad beneficiaria o cesionaria. Es coincidente únicamente en ambas figuras el hecho de la transmisión de la globalidad del patrimonio, esté o no dividido, dependiendo de las mismas, si bien la finalidad de la escisión es la realización de una separación patrimonial mientras que en la cesión global se realiza una transmisión del patrimonio<sup>97</sup>.

La operación de escisión parcial (artículo 70 LMESM) se diferencia de la escisión total en que la sociedad escindida no se extingue y su patrimonio se transmite parcialmente. La sociedad escindida fragmenta su patrimonio en una o varias partes que deben ser constitutivas de una unidad económica para traspasarlo por sucesión universal a una o varias sociedades beneficiarias pasando también los socios de modo parcial de la sociedad transmitente a la nueva sociedad. Los socios de la sociedad que se escinde recibirán un número de acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias reduciendo ésta el capital social en la cuantía necesaria.

Por lo que la principal diferencia entre ambas radica en que en la escisión total, la sociedad escindida se extingue sin liquidación y en la escisión parcial, la sociedad escindida sigue subsistiendo con aquella parte de patrimonio que no ha sido objeto de transmisión.

Otra diferencia radicaría en el hecho de que en la escisión parcial puede haber una sola sociedad beneficiaria que recibe el traspaso de un solo bloque patrimonial (la ley, en el art. 70 exige “una o varias partes”), mientras que, como ya hemos dicho, para realizar la operación de escisión total, es necesario que el patrimonio esté dividido en dos o más partes o bloques (art. 69).

En la escisión parcial, se realiza un traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio que se configuren como una unidad económica, una porción patrimonial. Cada sociedad beneficiaria o la sociedad beneficiaria sucederá solo

---

<sup>97</sup> LARA GONZÁLEZ, R. en “Modificaciones estructurales societarias y adhesión al sistema arbitral de consumo”, *RDM*, núm 276, 2010, pgs.605 y 606 advierte cómo la cesión global plural, es decir, aquella que puede realizarse a favor de dos o mas cesionarios, en cuyo caso cada una de las partes del patrimonio habrá de constituir una unidad económica, cumple una función similar a la de la escisión, distinguiéndose de ella en que no se recibirán a cambio acciones o participaciones.

a la escidente en el conjunto de derechos y obligaciones referidos al bloque patrimonial transmitido, por lo que se acota claramente el efecto de sucesión universal global que habíamos observado antes en la operación de fusión. Es llamativo que se refiera expresamente por el artículo 70 el efecto de sucesión universal, que no se refirió anteriormente en el supuesto de escisión total.

Los socios de la sociedad escindida pasan a ser los nuevos socios de la sociedad beneficiaria en la proporción que les corresponda reduciendo la sociedad escidente, que no se extingue, el capital social en la cuantía necesaria.

A diferencia de la cesión global, podemos añadir una diferencia más en esta modalidad de escisión y es que en los supuestos de la escisión parcial no se traspasa la totalidad del patrimonio dividido en dos o más partes, sino que solo se traspasa una o varias partes del mismo conservando la sociedad cedente la parte restante. En la cesión global, en cambio, se traspasa la totalidad del patrimonio siempre, aunque esté dividido en unidades económicas.

Comparativamente también, cuando en la cesión global, reciben los socios total y directamente la contraprestación, nos encontramos ante el supuesto en el que la sociedad cedente quedará extinguida.

Finalmente la segregación aparece, como ya decíamos, como una de las principales novedades que incorpora la LMESM, sumándose así a las hasta hace poco regladas operaciones de escisión total y parcial. La segregación recibe pues su nueva regulación como operación de modificación estructural, algo que había sido reclamado como urgente al legislador, pues hasta ese momento, su régimen jurídico dificultaba en gran manera la realización de la misma al no reconocérsele tampoco el efecto de sucesión universal. Antes de su inclusión por la LMESM como nueva operación de modificación estructural, ésta operación consistía en la aportación de rama de actividad a otra sociedad, es decir, se trataba de una aportación no dineraria que se realizaba a una sociedad, se producía un aumento de capital con una aportación no dineraria.

Se regula la misma en el artículo 71 LMESM como una nueva modalidad de escisión y con unos caracteres propios que la diferencian de las demás operaciones de modificación estructural. Antes de la llegada de la LMESM, no existía una regulación

específica de la segregación, recibiendo las operaciones de escisión parcial y segregación la misma consideración, de hecho el concepto de división era similar al de segregación y al de escisión, tal como podemos observar en el articulado de la derogada LSA<sup>98</sup>. Guasch Martorell<sup>99</sup> señalaba que la escisión parcial y la segregación reciben el mismo tratamiento en el Reglamento del Registro Mercantil. Concretamente, el artículo 236.3 refiere que “en caso de escisión parcial o segregación, una vez inscrita la segregación en la hoja abierta a la sociedad segregante, el registrador competente inscribirá las nuevas sociedades resultantes de segregación...”. Por ello, destacaba “la ineludible necesidad de proceder a una depuración terminológica que necesitaban nuestros textos legislativos con el fin de evitar la consideración de la segregación patrimonial como posible supuesto tipificado en sede de escisión, o que se contribuya a generalizar aún más la confusión de presentar a la escisión parcial y a la segregación patrimonial como supuestos indistintos y con idéntico régimen jurídico”.

Siguiendo el artículo 71 LMESM, podemos decir que la segregación supone el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales debe constituir una unidad económica, a una o varias sociedades beneficiarias recibiendo a cambio la sociedad segregada acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias. La segregación supone pues una transmisión parcial del patrimonio pues la sociedad cedente fragmenta parte de su patrimonio: una o varias partes, y lo transmite a una o varias sociedades. Pero la segregación no constituye el único medio de transmisión de unidades económicas, posibilitándose también la misma por medio del régimen de la aportación de empresa<sup>100</sup>.

---

<sup>98</sup> El artículo 252 LSA definía la escisión en su apartado b) como la segregación de una o varias partes del patrimonio de una sociedad anónima sin extinguirse, traspasando en bloque lo segregado a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes. El artículo 253, para definir la escisión parcial, utilizará los términos división y segregación de forma similar: En el caso de escisión parcial, la parte del patrimonio social que se divida o segregue deberá formar una unidad económica.

<sup>99</sup> GUASCH MARTORELL, R., “Consideraciones en torno al tratamiento legislativo y doctrinal de la segregación patrimonial y la cesión global del activo y del pasivo”. *Revista jurídica de Catalunya*, 1999, Vol.98, nº 1, pg. 34.

<sup>100</sup> En este sentido, UREBA, A. y RONCERO SÁNCHEZ, A., en “La viabilidad de la aportación de una unidad económica tras la introducción de la segregación por la Ley de modificaciones estructurales”, en RdS, nº 34, pgs. 271 a 278, 2010, argumentan que la LMESM ha incorporado una nueva forma de transmisión universal de unidades económicas, pero que no lo impone como única forma de transmisión de esas unidades económicas por parte de la sociedad a cambio de acciones o participaciones de la sociedad beneficiaria. Estos autores concluyen que no se excluye ni prohíbe la posibilidad de realización de transmisiones a título particular de unidades económicas por otros medios.

El efecto de la sucesión universal en la segregación ya está reconocido por el propio artículo dejando atrás la unánime posición doctrinal que negaba el mismo, cuando la segregación aun no era regulada como operación de modificación estructural autónoma. Tanto el Tribunal Supremo como la Dirección General de Registros y el Notariado en sus resoluciones de 10 de junio y 4 de octubre de 1994, confirmaron que no se podía realizar una aplicación analógica del efecto de sucesión universal producido en una modificación estructural como era la escisión a la operación de la segregación.

La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1987 (RJ 1987, 1713) se manifestó en contra de la extensión de la aplicación analógica de la normativa de la fusión y de la escisión a la segregación argumentando que no bastaba un simple traspaso de bienes de la sociedad segregada a la nueva sociedad y, en el mismo sentido, *“ni siquiera acudiendo al proceso analógico previsto en el artículo 4.1 del CC, ya que el proceso de analogía legis...no cabe entre el hecho de una aportación de bienes concretos de una sociedad a otra y la fusión de sociedades...”*

La RDGRN 10 junio 1994, argumenta que la atipicidad de la segregación impide que en relación a la misma opere la sucesión a título universal. Por lo tanto el razonamiento de este rechazo a la aplicación analógica del artículo 4.1. CC.<sup>101</sup> es debido a que, no se dan los requisitos propios del artículo mencionado para necesitar esa aplicación analógica. En la segregación, no hay laguna alguna que se deba suplir por aplicación analógica de la escisión. El fundamento de derecho quinto de la resolución, lo argumenta expresando la existencia de: *“...la falta de una normativa que expresamente establezca esa solución para la transmisión “inter vivos” de los conjuntos empresariales integrados por un complejo de relaciones jurídicas activas y pasivas obstaculiza definitivamente una aplicación analógica de la normativa de la escisión...”*

Por ello, coincidimos con Largo Gil, en que antes de la LMESM, y de conformidad con el régimen entonces vigente, era la atipicidad de la propia operación de segregación la que impedía el efecto de la sucesión a título universal. *“Hay que tener en cuenta que en el ámbito de las reestructuraciones societarias es operativo el principio de tipicidad y por tanto, no son susceptibles de extensión analógica los efectos excepciona-*

---

<sup>101</sup> El artículo 4 del CC expone que procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón.

les de la fusión o de la escisión –en concreto, la transmisión patrimonial a título universal- a aquellos supuestos que, como puede ser la segregación, todavía carecen de reconocimiento legal expreso<sup>102</sup>. A esta solución había llegado igualmente la RDGRN.

La sociedad segregada subsiste, no se extingue y en la misma se producirá una alteración en la cuota de participación en la sociedad o sociedades adquirentes. La diferencia esencial entre la escisión parcial y la segregación radica en el hecho de que en la segregación es la propia sociedad segregada y beneficiaria al mismo tiempo la que recibe las acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias, convirtiéndose ella misma en el nuevo socio de la sociedad beneficiaria o sociedades beneficiarias. Dichas acciones, participaciones o cuotas de socio las recibe en concepto de contraprestación por la transmisión de su patrimonio. En cambio, en la escisión parcial, esto es recibido como contraprestación por los socios directamente. Esta característica de la segregación es coincidente con la operación de cesión global cuando la contraprestación la recibe, en su generalidad, la propia sociedad cedente (no sus socios).

Precisamente por el hecho de ser la propia sociedad, y no los socios, la que recibe a cambio la contraprestación correspondiente en acciones o participaciones de otras sociedades, es por lo que el patrimonio de la sociedad segregante no va a variar en cuanto a su cuantía, solo en cuanto a su composición interna. Según Conde Tejón<sup>103</sup>, en este caso, “lo único que se produce es una alteración en la composición de su patrimonio, al sustituirse todo un bloque patrimonial de composición heterogénea por un número de acciones o participaciones de otras sociedades”. En el mismo sentido se pronuncia González Meneses exponiendo que en esta operación no se afecta la estructura de capital ni el accionariado de la sociedad aportante, sino solo a la composición cualitativa de su patrimonio ya que se sustituyen unos determinados activos empresariales por acciones o participaciones en el capital de una segunda sociedad<sup>104</sup>.

---

<sup>102</sup> LARGO GIL, R., *Op. cit.*, pg.171.

<sup>103</sup> CONDE TEJÓN, A., “La cesión global de activo y pasivo como operación de modificación estructural”, en *Cesión global de activo y pasivo como operación de modificación estructural (Procedimiento aplicable, sucesión universal y protección de acreedores)*, Colegio de registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles de España, 2004, pg. 51.

<sup>104</sup> GONZÁLEZ MENESES, “El nuevo régimen de la escisión” en *Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, El notario del siglo XXI*, nº 27

Tanto en la escisión parcial como en la segregación, la parte o partes del patrimonio que se traspasan han de formar una unidad económica productiva, han de ser constitutivas de unidades económicas, exigencia no referida en el caso de la escisión total. El silencio legal a este respecto dificulta la interpretación. Entendemos que será necesario un conjunto heterogéneo de bienes: materiales, inmateriales, obligaciones, que, agrupado, pueda ser objeto de explotación autónoma, que guarde cierta relación entre sí, que le dote de unidad y sentido, en definitiva<sup>105</sup>.

La segregación es coincidente con la escisión parcial en el hecho de que no se extinguen las sociedades escindidas pues estas subsistirán con el bloque de patrimonio que no haya sido objeto de transmisión. Este es un elemento que las diferencia de la cesión global pues en los supuestos de la escisión parcial y de la segregación no se traspasa la totalidad del patrimonio sino que solo se traspasa una o varias partes del mismo conservando la sociedad cedente la parte restante. En la cesión global se traspasa siempre la totalidad del patrimonio aunque esté dividido en unidades económicas (al igual que en la escisión total). Añadimos también el hecho de que en virtud de una cesión global, se podrá o no extinguir la sociedad cedente, mientras que en los supuestos de escisión parcial y segregación nunca se extingue la sociedad escindida<sup>106</sup>.

A partir de aquí, podemos extraer cuales son los elementos coincidentes en los tres tipos de escisión actualmente regulados por la LMESM y configuradores de la misma: la división del patrimonio en bloques, la transmisión de los mismos bloques por sucesión universal, el paso de los socios a las sociedades beneficiarias y la atribución a los mismos, como contraprestación al bloque de patrimonio aportado, de acciones, participaciones o cuotas sociales de las sociedades beneficiarias. Todo ello presidido bajo un objetivo de reestructuración empresarial pues en todo caso la finalidad de la escisión o de la segregación incidirá en una reorganización de una determinada sociedad sin implicar el desplazamiento patrimonial que tiene lugar en la operación de cesión global, en

---

<sup>105</sup> El concepto de unidad económica genera incertidumbre puesto que se trata de un concepto jurídico indeterminado que deberá ser precisado en cada caso concreto. Esto fue manifestado en la Sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Burgos, núm. 91/2004 de 3 de marzo [JUR 2004, 119244]

<sup>106</sup> Antes de la reforma introducida por la LMESM, segregación y cesión global eran operaciones contrapuestas pues con la cesión global, según el derogado artículo 117 LSRL, la sociedad transmitente se extinguía, en cambio esto no acaecía con la segregación.



la que se produce una genuina enajenación entre sujetos extraños: sociedad cedente y cesionario o cesionarios.

La figura de la escisión remite su regulación a la operación “modelo” de las modificaciones estructurales: la fusión, con las salvedades contenidas en el capítulo II del título III, arts 73 a 80, que hacen referencia a las particularidades de su régimen legal como p.e. el contenido del proyecto de escisión, los informes de administradores y expertos sobre el mismo, y, en el artículo 79 la obligación de información a la junta de socios a la que están sometidos los administradores cuando se produzcan modificaciones patrimoniales tras la elaboración del proyecto de cesión y antes de la fecha de reunión de la junta.

La Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, ha introducido, en sede de escisión, un nuevo artículo: 78 bis que elimina determinados requisitos como el informe de los administradores sobre el proyecto de escisión, el informe de expertos independientes y el balance de escisión cuando, en el caso de escisión por constitución de nuevas sociedades, las acciones, participaciones o cuotas de cada una de las nuevas sociedades sean coincidentes con los derechos que tenían los socios de las sociedades escindidas.

Como ya dijimos supra (pg. 20) las diferencias entre la normativa fiscal y la mercantil sustantiva alejan de la realidad la pretendida unificación normativa de la materia de modificaciones estructurales desde la promulgación de la LMESM. Prueba de ello es lo que sucede en el ámbito de la operación de escisión donde se utiliza distinta terminología y se relacionan distintos requisitos por ambas normativas. En los artículos 70 y 71 LMESM referidos respectivamente a la escisión parcial y a la segregación, se emplea el término “unidad económica” que no se refiere en la Ley fiscal (LIS) donde se utiliza el concepto de “rama de actividad” (art. 83.2), sin referir en ninguna de ellas si ambos términos pueden considerarse coincidentes. Del mismo modo este artículo hace referencia a unos requisitos para la escisión total y parcial que no son exigibles por la LME. Así p.e. en el supuesto de escisión total se exige que las fracciones patrimoniales que se reciban por cada sociedad sean constitutivas de ramas de actividad y en el ámbito de la escisión parcial se exige el hecho de que no solo la parte del patrimonio escindida,

sino también la parte patrimonial que sigue en poder de la sociedad escindida parcialmente: sean constitutivas de ramas de actividad. Otra dicotomía entre ambas regulaciones con respecto a esta operación de modificación estructural es la referida a la nueva inclusión de la operación de segregación en el artículo 71, que no tiene cabida dentro de las consideraciones del art 83.2 LIS. En cambio, en el artículo 83.3 LIS se regula la aportación no dineraria de rama de actividad como un supuesto diferenciado de la escisión, que bien podría asemejarse a la segregación<sup>107</sup>.

La operación de escisión sigue un desarrollo procedimental semejante al de las operaciones de fusión y cesión global de activo y pasivo: fases preparatoria, decisoria y de ejecución, si bien remite su régimen jurídico a las normas establecidas para la fusión en la LMESM.

#### **2.4. Traslado internacional del domicilio social**

La Ley de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles incluye en su regulación el traslado internacional del domicilio social que, como ya se dijo, siguiendo el preámbulo de la Ley, aunque no siempre presenta las características que permitan englobarlo dentro de la categoría de modificaciones estructurales, sus relevantes consecuencias en el régimen aplicable a la sociedad, aconsejan su inclusión en el mismo texto legal. Y es que, la modificación del domicilio societario va a suponer un cambio importante para la sociedad por afectar a la regulación de su estructura que va a tener que someterse, en este supuesto, a una ley distinta. El régimen legal de la operación, contenido en el capítulo II, regula elementos coincidentes con el resto de procedimientos de las restantes modificaciones estructurales estudiadas: fusión (como operación “modelo” de modificación estructural), transformación o escisión. Es decir, en el traslado se necesita un proyecto de traslado, su depósito en el RM, la publicación en el BORME, el informe de los administradores, la aprobación del acuerdo por la junta general de socios, el derecho de separación de los socios y de oposición de los acreedores. Al margen de estas coincidencias procedimentales, los artículos 102 y 103 regulan el momento en el que se

---

<sup>107</sup> Art. 83.3 LIS: “Tendrá la consideración de aportación no dineraria de ramas de actividad la operación por la cual una entidad aporta, sin ser disuelta, a otra entidad de nueva creación o ya existente, la totalidad o una o más ramas de actividad, recibiendo a cambio valores representativos del capital social de la entidad adquirente”.

produce la eficacia del traslado: cuando la sociedad se haya inscrito en el Registro del nuevo domicilio.

El artículo 92 de la Ley remite la regulación de estos supuestos a los tratados o convenios internacionales vigentes en España y en el propio título V de la LMESM donde se regula el traslado internacional del domicilio social. Los dos supuestos contemplados por la LMESM son el traslado del domicilio social de sociedades españolas al extranjero y el traslado del domicilio social de sociedades extranjeras a España. Esta novedosa regulación legal del traslado internacional del domicilio social es también consecuencia de la inclusión en la LMESM de la regulación de las fusiones transfronterizas. La Ley incorpora a la legislación española la Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital, a fin de garantizar la efectividad del mercado interior de la Unión Europea.

Antes de la publicación de la LMESM, se regulaba en dos preceptos relativos a las sociedades capitalistas, el traslado de domicilio social de una sociedad española al extranjero. El artículo 149 de la LSA trataba del cambio de domicilio y concretamente, su apartado 2º del acuerdo que posibilitaba transferir al extranjero el domicilio de una sociedad, que solo podía adoptarse cuando existía un convenio internacional vigente en España que lo permitiera manteniendo la sociedad su personalidad jurídica. La LSRL en su artículo 72, que también obedecía al título: “*Domicilio*” tenía el mismo contenido. Por su parte, el artículo 160 RRM refería cómo debía practicarse la inscripción de la transferencia al extranjero del domicilio social haciendo constar en la inscripción los datos detallados del convenio internacional en el que se funda el acuerdo. El artículo 309 RRM era el único que abordaba el supuesto del traslado a territorio español del domicilio social de una sociedad extranjera señalando que se haría constar en la primera inscripción todos los actos y circunstancias que eran obligatorias conforme a la normativa española. Esa inscripción se produciría en virtud de certificación o traslado de expediente del Registro extranjero.

La LMESM regula en su artículo 93 el traslado al extranjero del domicilio de una sociedad inscrita y constituida conforme a la ley española. El capítulo II de la Ley se ocupa de forma unilateral de la regulación de este supuesto (del otro supuesto se ocu-

pará la legislación correspondiente). El traslado internacional de sede social al extranjero solo será posible si el estado a cuyo territorio se traslada la sociedad permite el mantenimiento de su personalidad jurídica. La Ley no admite el traslado de sociedades en liquidación ni de aquellas que se encuentren en concurso de acreedores. El segundo supuesto de traslado internacional de domicilio social regulado en la LMESM es el que aborda el traslado a territorio español del domicilio de una sociedad extranjera. Es permitido por el derecho español no afectando a la personalidad jurídica de la sociedad cuando esta sociedad haya sido constituida en el Espacio Económico Europeo y siempre que la sociedad extranjera cumpla con los requisitos exigidos por la ley española para la constitución de la sociedad cuyo tipo ostente, salvo que dispongan otra cosa los Tratados o Convenio Internacionales vigentes en España. Si se tratara de sociedades extranjeras que no formen parte del Espacio Económico Europeo, éstas deberán justificar con informe de experto independiente que su patrimonio neto cubre la cifra del capital social exigido por el derecho español. (art. 94 LMESM). Esta detallada exigencia, que se hace en este caso, del cumplimiento de este requisito es extensiva igualmente al supuesto, arriba señalado, de traslado al territorio español de sociedades mercantiles procedentes del espacio económico europeo.

Desde el momento en que una sociedad de capital adquiera su domicilio en territorio español, independientemente de cual sea el lugar en el que se hubiera constituido, la misma adquirirá nacionalidad española (art. 8 LSC).

## **2.5. Cesión global de activo y pasivo**

Recién estrenada como operación de modificación estructural, la cesión global de activo y pasivo supone una transmisión de la totalidad del patrimonio mediante sucesión universal sin que se produzca una alteración de la cuota de participación en la sociedad adquirente. Se traspasa el patrimonio en bloque con o sin necesidad de extinción de la sociedad cedente si bien el traspaso del mismo se puede realizar a un solo cesionario manteniéndose en este caso la unidad del patrimonio o bien a distintos cesionarios que lo tendrían en régimen de copropiedad. Si la contraprestación es recibida por la sociedad cedente, la misma subsistirá tras la operación pero si la contraprestación fuera recibida directa y totalmente por los socios a modo de cuota de liquidación, entonces la

sociedad cedente se extinguiría. A diferencia de la fusión y la escisión, el adquirente beneficiario del patrimonio no tiene porqué ser una sociedad mercantil pudiendo variar su naturaleza, en cambio el legislador es estricto exigiendo que el contenido de la contraprestación nunca consista en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario, a diferencia de la fusión y escisión. Es por ello por lo que hemos referido que no podrá alterarse la cuota de participación de la sociedad adquirente en el caso de que se tratara de una sociedad ya que, efectivamente, no se admite ese tipo de contraprestación. El desarrollo procedimental aligerado en cuanto a determinados requisitos y la simplicidad de su realización frente al resto de operaciones de modificación estructural contenidas en la LMESM, motiva el recurso a la misma para poder transmitir una empresa de un modo más sencillo.

#### IV RASGOS DEFINIDORES DE LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES

### **1. La modificación estructural como concepto ordenador del sistema**

Antes de la publicación de la LMESM, se consideró la necesidad y conveniencia de avanzar en el tratamiento legislativo de las modificaciones estructurales para conseguir una legislación que se adecuara a la realidad empresarial existente subsumiendo el conjunto de operaciones que integran la categoría. En la necesaria tarea de definir los principios singulares del régimen de las modificaciones estructurales comparecían dos ideas básicas, que necesitaban de la atención del legislador: por un lado era necesario la ordenación del procedimiento tendente a realizar la modificación pretendida (órgano competente, medidas de control, requisitos formales) y, por otra parte era fundamental el establecimiento de medidas de protección a favor de socios y acreedores de las sociedades implicadas. Estas dos ideas, que compartimos, han sido esenciales, para lograr un entendimiento razonable del fenómeno de las modificaciones estructurales, para poder

establecer los aspectos esenciales de las modificaciones estructurales logrando un sistema que proteja los intereses presentes y que también permita la apertura a la cambiante realidad empresarial, *last but not least*<sup>108</sup>.

### **1.1. Concepto normativo de modificación estructural**

A partir del estudio realizado sobre el concepto y de las operaciones estudiadas que componen la categoría de modificación estructural, podemos inferir los distintos rasgos que caracterizan las mismas teniendo en cuenta determinadas salvedades de aplicación al traslado internacional del domicilio social.

Conde Tejón<sup>109</sup> considera que la distinción entre modificaciones típicas y atípicas era una terminología procedente en el momento en el que la categoría de las modificaciones estructurales aún no estaba implantada en nuestro país, y cuando únicamente se conocían algunas de sus operaciones aisladas. Por ello el autor considera que no es una distinción acertada y que solo conduce a confusión actualmente. En virtud del principio de tipicidad en materia de modificaciones estructurales sólo las operaciones típicas tienen esa naturaleza de modificación estructural, por lo que es redundante hablar de operaciones de modificación estructural típicas. El resto de operaciones, al no ostentar esa naturaleza por ser atípicas, obviamente, serán consideradas como operaciones genéricas de reestructuración empresarial, pero no como modificaciones estructurales. La mayor parte de la doctrina defiende un *numerus clausus* de modificaciones estructurales<sup>110</sup> sin profundizar, en general, en la fundamentación de la respuesta o en último lugar alegando la prohibición expresa que el régimen alemán sobre la materia sí que prevé.

Son escasas las características comunes insertas en la definición del Preámbulo de la Ley pues la misma tras relacionar dos características específicas pasa inmediatamente a concretar las operaciones que componen la categoría.

---

<sup>108</sup> EMBID IRUJO, J.M. en “Principios de tratamiento de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles en el derecho español”. *Cuadernos de Derecho y comercio*, nº 28, 1999, pg. 45. Su traducción se corresponde con lo último pero no por ello menos importante.

<sup>109</sup> CONDE TEJÓN, A., en “Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles como subtipo de operaciones de reestructuración empresarial caracterizadas por la sucesión universal.: (Solución al régimen aplicable a la aportación de rama de actividad y a la cesión parcial de activo y pasivo)”, *RdS*, nº 35, 2011-, pg. 71.

<sup>110</sup> ANSÓN PEYRONCELY, R. y GARRIDO DE PALMA, V.M., en *La reestructuración empresarial y las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, 2010, pgs. 28 y 29.

En primer lugar, la Ley refiere como modificaciones estructurales aquellas alteraciones que exceden a las simples modificaciones estatutarias por lo que una primera característica común a la categoría se referirá al tratamiento de la modificación que experimenta la estructura de la sociedad. Hay alteraciones personales o patrimoniales que no tienen por qué suponer una modificación estructural a pesar de afectar en mayor o menor medida al tipo social en cuestión y de alterar elementos esenciales de una determinada sociedad. Serán considerados como modificaciones estatutarias y no estructurales debido a que no van a cumplir todos los requisitos que exigen la realización de las mismas. Así, como tales modificaciones estatutarias encontraríamos supuestos de aumento, reducción de capital, separación o exclusión de socios, cambio de objeto social, etc. Todas ellas van a ser suficientemente relevantes para alterar a la sociedad, pero no tienen la suficiente envergadura o profundidad propia de una modificación estructural porque nunca van a afectar la identidad del tipo social que se trate.

Además, el Preámbulo de la Ley detalla que afectan a la estructura patrimonial o personal de la sociedad. En el primer supuesto incluimos a la transformación, la fusión, la escisión y la cesión global de activo y pasivo. En todas estas figuras coincide una sucesión en la titularidad de un bloque patrimonial. La estructura personal quedará afectada, en cambio, en el supuesto del traslado internacional del domicilio social.

Podemos completar estos dos caracteres con dos elementos más que coinciden en todas las figuras tratadas tras el estudio que se ha hecho de las mismas anteriormente: el objetivo de reestructuración empresarial y el efecto de la sucesión a título universal. Es necesario que se den el conjunto de estos elementos en su totalidad para poder hablar de modificación estructural, de lo contrario consideraríamos también como operaciones de modificación estructural a los aumentos, reducciones de capital o bien separaciones o exclusiones de socios.

## **1.2. Características de régimen comunes a las modificaciones estructurales, requisitos y procedimiento. Elementos comunes a tratar**

### 1.2.1. ALTERACIÓN EN LA ESTRUCTURA SOCIAL

Nos referimos ahora a la modificación o alteración de la estructura personal o patrimonial de la sociedad, que caracteriza a una modificación estructural y que supera una simple modificación estatutaria. Es esencial por tanto la alteración que se produce en la estructura de la sociedad en la que se encuentran variados elementos interrelacionados bajo una unidad.

Analizando primero el aspecto referido a la factible alteración en la estructura personal de sociedad observamos que en la transformación y en el traslado internacional del domicilio social se modifica la estructura personal societaria pero no se ve afectado el patrimonio de la sociedad. Así, en la transformación los socios sufrirán un cambio de régimen jurídico obedeciendo al nuevo tipo social adoptado. En el traslado internacional de domicilio social, los socios podrán ver afectados sus derechos por las relevantes consecuencias en el régimen aplicable a la sociedad. En cambio, en el resto de modificaciones estructurales serán ambos aspectos los que experimentarán una alteración<sup>111</sup>. La fusión y la escisión total implica que los socios pierdan esa condición en la sociedad que se extingue y la adquieran en otra sociedad de nueva creación o ya existente, en el supuesto de fusión por absorción. Estas sociedades beneficiarias recibirán pues nuevos socios. En el caso de la cesión global de activo y pasivo los socios pueden conservar su condición cuando se trate de una cesión global no liquidatoria recibiendo también una contraprestación en dinero o en especie y pueden perder su condición de socios cuando la sociedad cedente se extinga recibiendo igualmente una contraprestación. En la escisión parcial los socios mantienen su condición de socios y añaden su condición de socios en otra sociedad de nueva creación o ya existente sin extinguirse la anterior a diferencia de la escisión parcial y, en la segregación será la sociedad segregada la que adquiera la condición de nuevo socio en la sociedad beneficiaria y no los socios que mantienen su condición en la sociedad segregada.

---

<sup>111</sup> CONDE TEJÓN, A., La cesión global de activo y pasivo como operación...*Op.cit.*, pgs.60-61.



Con respecto a la modificación de la estructura patrimonial, éste es un aspecto afectado en el conjunto de las modificaciones estructurales exceptuando solo los supuestos de las operaciones de transformación y traslado del domicilio social al extranjero en los que el patrimonio sigue inalterable aunque se haya producido la modificación estructural. Esto lo observamos en aquellas operaciones en las que la sociedad objeto de modificación estructural se extingue perdiendo todo su patrimonio: fusión, escisión total y cesión global de activo y pasivo liquidatoria o que entrañe la extinción de la sociedad cedente.

En el supuesto de la escisión parcial se produce una reducción del patrimonio porque la sociedad escindida traspasa una o varias partes del patrimonio a la sociedad beneficiaria no recibiendo la sociedad escindida nada a cambio pues son los socios quienes perciben el beneficio o contraprestación.

En el supuesto de la segregación se produce un cambio en la composición del patrimonio pues la sociedad segregada traspasa en bloque una o varias partes del patrimonio y es ella misma la que a cambio recibe acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias. Por ello, en este supuesto, la sociedad segregada no sufre un cambio en la cuantía del patrimonio sino solo en su composición interna debido al tipo de contraprestación que recibe a cambio.

En la cesión global de activo y pasivo, cuando no se extinga la sociedad cedente, se producirá un cambio radical en la composición del patrimonio pero no en la cuantía pues la sociedad cedente transmite la totalidad de su patrimonio compuesto de activo y de pasivo y la contraprestación se realiza en dinero o especie implicando un cambio absoluto.

#### 1.2.2. CON FINALIDAD DE REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL

Coincidimos con Embid Irujo<sup>112</sup> en que hay diversos factores que condicionan la actividad empresarial, fundamentalmente la intensificación de las condiciones de la competencia en el mercado y los retos derivados de la irrupción de las nuevas tecnologías. Éstos son los elementos que determinan una necesidad permanente de reorganización empresarial.

---

<sup>112</sup> EMBID IRUJO en “En torno a las modificaciones estructurales...” *Op.cit.* pg. 16.

El elemento teleológico de la operación o causa última perseguida es la reestructuración empresarial, es decir, se pretende la integración, concentración o racionalización de las actividades que acometen las sociedades participantes. Este elemento es fundamental para distinguir las operaciones que entrañan una modificación estructural de las que no lo hacen pues las primeras siempre han de tener como objeto dicha reestructuración que aparece plasmada en un cambio de titularidad en la empresa: en la transformación aparecerá una nueva sociedad con una forma jurídica nueva. En las operaciones de fusión y escisión observamos la transmisión de un patrimonio a otra sociedad de nueva creación o ya existente, que en definitiva es un nuevo sujeto. En la cesión global esta transmisión patrimonial también se producirá un cambio de titularidad aunque no tenga por qué ser siempre una sociedad el sujeto cesionario. Así el artículo 81 LMESM deja abierta la posibilidad de que sea “uno o varios socios o terceros”, pero igualmente se produce un cambio de titular necesario para poder llevar a cabo la venta de la empresa. En el último supuesto de traslado internacional de domicilio social al extranjero no se realiza un cambio de titularidad pues el artículo 93 expone la posibilidad de hacerlo siempre que el estado a cuyo territorio se traslada, mantenga la personalidad jurídica de la sociedad pero, siguiendo el preámbulo de la LMESM, “*sus relevantes consecuencias en el régimen aplicable a la sociedad*” entrañan la misma relevancia que pueda suponer una reestructuración empresarial, por ello esta figura ha sido incluida como operación de modificación estructural.

### 1.2.3. ¿CAMBIO EN LA TITULARIDAD PATRIMONIAL?

En las operaciones de fusión, escisión y cesión global de activo y pasivo se realiza un cambio en el sujeto jurídico titular de una empresa lo que supone una modificación en la estructura de organización de la empresa y cambios fundamentales en la posición jurídica de sus miembros<sup>113</sup>. Los socios sufrirán cambios tanto en el aspecto patrimonial como en el administrativo.

En cambio, el cambio de titularidad patrimonial no tiene lugar en las operaciones de transformación y traslado internacional de domicilio social en las que permanece la misma sociedad como titular único. En la transformación, la sociedad cambia su tipo

---

<sup>113</sup> En este sentido, LEÓN SANZ, F. J., “Comentarios al Proyecto de Ley de Modificaciones Estructurales...” *Op.cit.* pg. 20.

societario pero persiste la misma titularidad de la empresa, su misma denominación y su mismo objeto social. El tipo social que se eligió en el contrato fundacional ahora puede resultar inapropiado para el desarrollo del objeto social o para articular las relaciones internas entre los socios, lo que motiva un cambio de tipo societario sin necesidad de mayores alteraciones patrimoniales que conllevaran una extinción societaria.

#### 1.2.4. LA SUCESIÓN *INTER VIVOS* A TÍTULO UNIVERSAL EN LA TITULARIDAD DE UN BLOQUE PATRIMONIAL

En las modificaciones estructurales se lleva a cabo la transmisión en bloque de los patrimonios: ello supone que habrá una sociedad que adquirirá el activo y el pasivo mediante un solo acto “*uno actu*” y con un solo título adquisitivo adquiriendo todos los derechos y obligaciones. Es condición necesaria para la realización de una operación de modificación estructural el que se transmita un determinado contenido, un bloque patrimonial en su totalidad integrado por activo y por pasivo. El cambio en la titularidad implica que el nuevo sujeto, la nueva sociedad, sucede o sustituye al anterior y se subroga en la misma posición que tenía la sociedad anterior haciéndose cargo de ese patrimonio.

En las operaciones de cesión global de activo y pasivo, escisión total y en la fusión, el bloque patrimonial objeto de transmisión constituye el patrimonio total de la sociedad, en la escisión parcial y en la segregación no se transmite la totalidad del patrimonio sino el traspaso de un bloque patrimonial que constituya una unidad económica. Con respecto a la transformación y al traslado internacional del domicilio social, ya hemos dicho que no se produce ninguna alteración patrimonial pero sí una modificación o reestructuración personal de suficiente relevancia. En la transformación la nueva sociedad sucede a la anterior con el cambio correspondiente de tipo social pero con el mismo patrimonio y en el traslado internacional de domicilio social el patrimonio también permanece inalterable.

La sustitución en la titularidad del bloque patrimonial se lleva a cabo mediante una transmisión a título universal como modo especial de transmisión articulado especialmente para las operaciones de modificación estructural. Este tipo especial de trans-

misión conlleva una simplificación de todas las operaciones necesarias en la transmisión de un conjunto de elementos patrimoniales, facilitando y favoreciendo el desarrollo de este tipo de operaciones. Este elemento de sustitución en la titularidad del patrimonio tiene una consecuencia esencial y estriba en el hecho de que la nueva sociedad titular del mismo lo asume incorporándolo al patrimonio que ya pudiera tener (o no) anteriormente por lo que se suman de este modo no solo nuevos bienes sino también nuevas deudas con sus acreedores correspondientes. De otro modo cada sociedad tendría que soportar la realización de las distintas operaciones de transmisión de cada elemento patrimonial activo y pasivo y esto supondría una gran dificultad para la realización de la totalidad de la operación. Así pues, de este modo, gracias a este mecanismo simplificado y automático en la sustitución de la antigua titularidad se aligera la realización del procedimiento en las operaciones de modificación estructural, siendo beneficioso para las sociedades intervinientes en la modificación estructural y evitando la aplicación de la normativa general del ordenamiento jurídico en materia de transmisiones patrimoniales.

Sin embargo, aunque estas operaciones, ya hemos dicho que suponen una reestructuración empresarial, no todas las operaciones que entrañan la categoría propia de una reestructuración empresarial se realizan siempre por medio de sucesión universal porque así lo quiere el legislador consciente de los efectos de este tipo de transmisión. El legislador fija taxativamente el efecto de sucesión universal para cada una de las operaciones tipificadas como de modificación estructural y no lo hace extensivo en ningún caso como efecto a otro tipo de operaciones. En este sentido la LMESM regula de forma novedosa atribuyendo el efecto de sucesión universal y como nuevas operaciones de modificación estructural a la cesión global y a la segregación.

Será fundamental la protección de la totalidad de los acreedores ante el efecto de la sucesión universal. La misma es arbitrada por la Ley, que protege tanto a los que ha incorporado el traspaso patrimonial como a los existentes anteriormente pues ambos deben ser protegidos sin que se vulneren sus intereses y derechos en ningún caso. Este aspecto de protección de los acreedores es cuidado especialmente por la LMESM en cada una de las operaciones de modificación estructural articulando mecanismos especiales de tutela como p.e. el derecho de oposición de los acreedores a la realización de la

operación de modificación estructural. La Ley, a través de técnicas de protección adecuadas, cuida de forma especial los intereses de los acreedores y socios intervinientes en la operación para que de este aligeramiento en los trámites no se infiera el que ellos sean las víctimas de los efectos de la sucesión universal en ningún caso y para que las garantías que les asisten se mantengan en las mismas condiciones. Se trata establecer una especial tutela para que todas las ventajas que entraña la realización de una operación de modificación estructural no vayan en detrimento de los sujetos afectados: socios y acreedores en ningún caso. Los acreedores deberán conservar los mismos derechos en el cobro de sus deudas tras la realización de la transmisión a título universal.

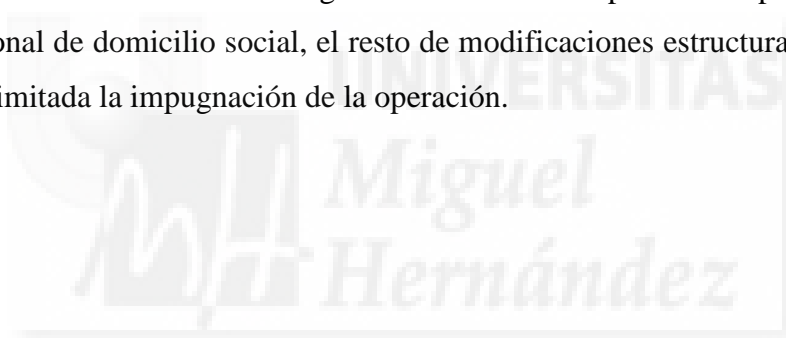
#### 1.2.5. PROCEDIMIENTO ESPECÍFICO. SUS CARACTERES GENERALES

Al igual que son coincidentes los caracteres esenciales de las modificaciones estructurales, también la consecución de las mismas se lleva a cabo a partir de un procedimiento determinado legalmente que es coincidente para cualquier operación de modificación estructural salvo determinadas excepciones en fases concretas del procedimiento. Se trata de un procedimiento orgánico observable por los sujetos implicados que en ningún caso deja lugar a la autonomía de la voluntad para la toma de decisiones, como ocurriría en el resto de negocios sobre transmisiones patrimoniales.

En este procedimiento común y corporativo, observaremos más adelante con detalle determinados extremos que ahora solo adelantamos como p.e. el hecho de que los administradores de las sociedades implicadas (o solamente el órgano de administración de una de ellas) elaborarán un proyecto sobre la modificación estructural a acometer con excepción de la operación de transformación e igualmente realizarán un informe explicando el mismo a los socios. También la adopción de la modificación estructural ha de realizarse por la junta general de las sociedades participantes exceptuando el supuesto objeto de nuestro estudio: la cesión global de activo y pasivo, que solo se referirá en su procedimiento a la junta general de la sociedad cedente. Los socios ocuparán, una vez realizada la operación de modificación estructural, una posición equivalente a la que tenían anteriormente. Se dará la publicidad debida al acuerdo adoptado de modificación

estructural mediante los mecanismos establecidos por la LMESM, se reconoce en el procedimiento el derecho de oposición de los acreedores excepto en el supuesto de la transformación.

Se producen también determinadas particularidades en el procedimiento dependiendo del tipo de modificación estructural que se efectúe: en las modificaciones estructurales de transformación y traslado internacional de domicilio social (ambas modificaciones en las que no se produce una modificación de titularidad patrimonial) existe en el procedimiento la posibilidad de separación de los socios que no hubieran votado a favor de la realización de las mismas. Por otra parte, para perfeccionar las operaciones de modificación estructural: fusión, escisión y cesión global de activo y pasivo, será necesario hacerlas constar en escritura pública. La eficacia de estas operaciones se producirá con la inscripción de las mismas en el Registro Mercantil. Excepto en el supuesto de traslado internacional de domicilio social, el resto de modificaciones estructurales permite de forma muy limitada la impugnación de la operación.



## Capítulo 2:

### La naturaleza jurídica y caracterización de la cesión global de activo y pasivo

#### I

#### LA CESIÓN GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO EN EL DERECHO COMPARADO

Los caracteres particulares que reúne la cesión global de activo y pasivo la configuran como una operación única que se distancia por sus caracteres especiales del resto de operaciones de modificación estructural reguladas en la Unión Europea. Podemos destacar la referencia que ofrecen Alemania y Portugal como países de la Unión Europea en los que la cesión global de activo y pasivo ha sido objeto de regulación legislativa.

Tal como dispone Noval Pato<sup>114</sup>, el interés por la cesión global se despierta por las corrientes doctrinales y legislativas vividas en otros países de nuestro entorno jurídico, representadas de modo emblemático por Alemania. La nueva Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, ha supuesto un acontecimiento legislativo de relevancia pues *regula por primera vez, desde el punto de vista objetivo, todas las modificaciones estructurales conocidas en las legislaciones europeas desde la Ley alemana de 28 de octubre de 1994*<sup>115</sup>.

El legislador español se hace eco de la voluntad alemana de regular en una sola Ley mercantil especial todas las modificaciones estructurales siguiendo el ejemplo de la

---

<sup>114</sup> NOVAL PATO, J., “La cesión global de activo y pasivo en las sociedades de capital”, *Edito-  
riales de derecho reunidas, Cuadernos mercantiles*, 2005, pág.16.

<sup>115</sup> VICENT CHULIÁ, F., en “Ley de modificaciones estructurales...” *Op.cit.* pg.54.

Ley de modificaciones estructurales alemana de 28 de octubre de 1994: *Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrechts, (UmwG)*. La doctrina alemana<sup>116</sup>, prolongó durante catorce años el debate doctrinal<sup>117</sup> sobre el tratamiento de las modificaciones estructurales. Con anterioridad a la promulgación de la UmwG en 1994, no trataba de forma conjunta las distintas figuras de modificación estructural debido a la naturaleza heterogénea de cada una de ellas. Por ello no podía estudiar las características comunes a todas ellas y, a partir de ahí, extraer una definición de la categoría. De hecho diferenciaba entonces entre las *formwechselnder Umwandlung*<sup>118</sup> que se referían a operaciones de cambio de tipo social como la transformación (*Formwechsel*) y las *übertragende Umwandlung* que sí realizaban la transmisión a título universal del activo y pasivo de una sociedad mercantil. En esta última categoría se incluía la fusión. Operaciones como la escisión y cesión global de activo y pasivo no estaban reguladas. Esta situación se superará gracias a la UmwG<sup>119</sup> que regulará con todo detalle cada una de las figuras sin hacer la división que había existido hasta ese momento.

El origen de la categoría propia de modificaciones estructurales se encuentra en Alemania pues cuando tuvo que transponer las Tercera y Sexta Directiva sobre sociedades mercantiles<sup>120</sup> en materia de fusiones y escisiones de las sociedades anónimas, no se limitó a transponer dichas directivas sino que aprovechó la oportunidad para realizar una reforma en profundidad promulgando en octubre de 1994, la Ley *Umwandlungsgesetz (UmwG)*. Dicha ley fue la culminación de un largo proceso legislativo que se iniciaría en el año 1980 y que se hizo extensiva a todos los tipos sociales no tratando solo a la sociedad anónima, sino afectando también al empresario individual. También reunió de forma unitaria a las distintas operaciones actuales de modificación estructural inclu-

---

<sup>116</sup> CONDE TEJÓN, A., “La cesión global de activo y pasivo...” *Op.cit.*pg. 59.

<sup>117</sup> LUTTER, M., *Zur reform von Umwandlung und Fusion. Das Konzept und seine Verwirklichung im Diskussionsentwurf* en ZGR 1990 Heft 3(Juli). Pgs 392-415.

<sup>118</sup> LIMMER, P. *Handbuch der Unternehmensumwandlung*, von Hanswerner Neye. Berlín . 1996, pg. 14.

<sup>119</sup> LUTTER, M., *Umwandlungsgesetz, Kommentar*, Köln 2000, pg.110.

<sup>120</sup> Tercera directiva 78/855/CEE del consejo, de 9 de octubre de 1978, basada en la letra G) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las fusiones de las sociedades anónimas.

Sexta directiva 82/891/CEE del Consejo, de 17 de diciembre de 1982, basada en la letra G) del apartado 3 del artículo 54 del tratado y referente a la escisión de las sociedades anónimas.



yendo a la cesión global de activo y pasivo<sup>121</sup>. En el derecho alemán, en virtud de la nueva Ley, nació una nueva categoría referida a las modificaciones estructurales que pasaría a denominarse Umwandlungen siendo la nueva disciplina que se ocupa del estudio de dicha materia el Umwandlungsrecht. La UmwG constituye un ejemplo de normativa completa que va a reunir la nueva categoría jurídica de operaciones societarias de modificación estructural. La doctrina alemana coincide en señalar que la novedosa Ley UmwG tuvo como objetivo fundamental simplificar y otorgar sencillez al procedimiento de realización de las distintas operaciones de modificación estructural más que posibilitar las mismas. Ello es debido a que antes de la publicación de la UmwG, se realizaban dichas operaciones pero a las empresas les suponía una mayor dificultad su realización por las dificultades que entrañaban y sus elevados costes por lo que tenían una escasa practicidad.

A diferencia de la Ley Alemana, que es el ejemplo de regulación que sigue la LMESM, la ley española ha limitado el ámbito de las modificaciones estructurales a las sociedades mercantiles, no comprendiendo a todos los sujetos de Derecho que sí recoge la Ley alemana en el parágrafo 3 UmwG (por remisión del parágrafo 124 UmwG) comprendiendo como sujetos de las operaciones de modificación estructural (fusión y escisión) no solo a sociedades capitalistas, personalistas o cooperativas, sino también haciéndolo extensivo a asociaciones, mutualidades de seguros y también a personas físicas. La legislación comparada muestra, a diferencia de la LMESM, otras opciones legislativas en el estudio de las modificaciones estructurales extendiendo su ámbito objetivo a otro tipo de sociedades o sujetos no mercantiles, como veremos más adelante. Destacamos en Derecho comparado leyes que optan por una regulación general además de la Ley alemana de 28 de octubre de 1994. Entre ellas, la Ley suiza de 3 de octubre de 2003, el código civil italiano con la reforma del año 2003 y el nuevo código civil holandés.

Con respecto a la regulación individualizada de la operación de cesión global de activo y pasivo, la misma viene recogida en el parágrafo 174 de la Ley considerándose como una forma de extinción de la sociedad cedente sin que exista ningún tipo de liquidación dado que la contraprestación se entregará directamente a los socios y no a la so-

---

<sup>121</sup> En este sentido, CONDE TEJÓN, A. “La cesión global de activo y pasivo como operación ...” *Op.cit.* pg. 35.

ciudad cedente. Por ello la figura alemana se muestra ya diferente a nuestra cesión global que actualmente permite la continuidad de la sociedad cedente. Es coincidente el legislador alemán con el español al establecer la prohibición de que la contraprestación en la cesión global de activo y pasivo consista en participaciones o cuotas de socio, lo cual delimita claramente la operación alemana con respecto a la operación de fusión regulada también en la UmwG.

Por su parte, el *Código de Sociedades Mercantiles* portugués de 1986 (Código das Sociedades Comerciais Português, Decreto-Lei Nº 262/86 de 2 de septiembre) reguló las modificaciones estructurales de forma sencilla y con carácter general para todas las sociedades mercantiles con el objeto de proteger el interés de la mayoría, de la minoría y de los terceros exigiéndose, en general, el acuerdo de los socios (art. 85.1) y otorgamiento de escritura pública. Las distintas operaciones se regulan en diferentes capítulos integrantes de la Parte General: VIII: *Alterações do contrato*: en general; aumento de capital; y reducción del capital; Cap. IX. Fusión; Cap. X, escisión; y XI, transformación de sociedades<sup>122</sup>.

El Código recogió dos supuestos de cesión global de activo y pasivo, en su capítulo XIII referido a la liquidación de sociedades bajo la rúbrica “*Liquidacao da sociedade*”<sup>123</sup>. El primero se establece en su art. 148<sup>124</sup> bajo el título “*liquidación por transmisión global*” como una operación de liquidación abreviada mediante la cual los socios, a través de la junta general, pueden acordar que todo el patrimonio, activo y pasivo, de una sociedad disuelta pueda ser transmitido a uno o varios socios o terceros contra el pago en dinero, que será distribuido entre los socios. La operación tiene el carácter de liquidación abreviada pues los socios deberán proceder de modo inmediato a realizar

---

<sup>122</sup> VICENT CHULIÁ, F. en “Reforma del régimen de la fusión y otras modificaciones estructurales (ante la Directiva 2005/56/CE sobre fusión transfronteriza y el Anteproyecto de Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles de 14 de junio de 2007”, en *Revista de Derecho Patrimonial*, nº20, 2008, pg.32.

<sup>123</sup> La versión más reciente del Código es la aprobada por Decreto-Ley nº 26/2015 de 6 de febrero.

<sup>124</sup> Artigo 148º *Liquidacao por transmissao global*.

*1.O contrato de sociedade ou uma deliberacao dos sócios pode determinar que todo o patrimonio, activo e passivo, da sociedade dissolvida seja transmitido para algum ou alguns sócios, inteirando-se os outros a dinheiro, contanto que a transmissao seja precedida de acordó escrito de todos os credores da sociedade.*

el haber social según dispone el art. 156, que se refiere exclusivamente a la liquidación. También el art.152<sup>125</sup> dentro del mismo ámbito de la liquidación y refiriéndose concretamente a los deberes, poderes y responsabilidades de los liquidadores, bajo el título “*Deveres, poderes e responsabilidade dos liquidatários*” se refiere la posibilidad de otro tipo de cesión global en el que, hallándose la sociedad cedente en situación de liquidación, el liquidador podrá vender de forma global la sociedad, siempre que cuente con el acuerdo de los socios.

Con respecto a los sujetos intervinientes en la operación de cesión global, el legislador alemán optó por limitar los sujetos intervinientes en dicha operación: tanto entidades cedentes como cesionarias, para tratar de evitar cualquier posibilidad de fraude, por ello a esta operación no le es aplicable el parágrafo 3UmwG y se excluyen como sujetos cesionarios partícipes a las personas físicas. En este aspecto se muestra del mismo modo el Código das Sociedades Comerciais Portugués (Decreto-Lei Nº 262/86 de 2 de septiembre) que, en su art. 147 limitará la transmisión del patrimonio activo y pasivo a uno o varios socios. En cambio, el legislador de la LMESM se muestra más abierto en este aspecto pues, a pesar de exigir que la sociedad cedente sea una sociedad mercantil, el cesionario sí podrá ser una persona física: uno o varios socios o terceros.

En otros países comunitarios, como Francia y Bélgica, la regulación de la cesión global de activo y pasivo no se considera como operación de modificación estructural sino que aparecerá regulada como una herramienta de transmisión de la empresa: *apport d'actif*, en la que no se extinguirá la sociedad cedente y tendrá lugar el efecto de sucesión universal. Por su parte, las *reorganisations* en el derecho británico en *Companies*

---

<sup>125</sup> Artigo 152º (*Deveres, poderes e responsabilidade dos liquidatários*) 1. *Com ressalva das disposições legais que lhes sejam especialmente aplicáveis e das limitações resultantes da natureza das suas funções, os liquidatários têm, em geral, os deveres, os poderes e a responsabilidade dos membros do órgão de administração da sociedade. Código das Sociedades Comerciais - 67 2. Por deliberação dos sócios pode o liquidatário ser autorizado a:* a) *Continuar temporariamente a actividade anterior da sociedade;* b) *Contrair empréstimos necessários à efectivação da liquidação;* c) *Proceder à alienação em globo do património da sociedade;* d) *Proceder ao trespasse do estabelecimento da sociedade.* 3. *O liquidatário deve:* a) *Ultimar os negócios pendentes;* b) *Cumprir as obrigações da sociedade;* c) *Cobrar os créditos da sociedade;* d) *Reduzir a dinheiro o património residual, salvo o disposto no artigo 156º, nº 1;* e) *Propor a partilha dos haveres sociais.*

Act de 1985<sup>126</sup> comprende diversas modalidades de cesiones parciales y totales realizadas mediante sucesión universal<sup>127</sup>.

## II LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES EN EL DERECHO COMUNITARIO.

El derecho comunitario no ofrece un reconocimiento legal a la categoría de las modificaciones estructurales si bien les ha dedicado su atención mediante la regulación legal y aislada de dos directivas comunitarias, ya referidas (Vid supra Cap.1, I, 1) referidas a dos operaciones de modificación estructural: la fusión y la escisión. Las referimos aquí por su importancia ya que afectan a la cesión global de activo y pasivo. Se trata de la Tercera Directiva 78/855/CEE del Consejo, de 9 de octubre de 1978 relativa a las fusiones de las Sociedades Anónimas<sup>128</sup> y la Sexta Directiva 82/891/CEE del Consejo, de 17 de diciembre de 1982 referente a la escisión de las Sociedades Anónimas. Mediante ellas y dentro de la materia de Derecho Societario, el legislador comunitario pretendía fundamentalmente regular aquellos aspectos de dichas operaciones directamente relacionados con los objetivos perseguidos por la entonces llamada Comunidad Económi-

---

<sup>126</sup> Con posterioridad tuvo lugar The HBOS Group Reorganisation Act 2006, con efecto el 17 de septiembre de 2007. “*The aim of the act was to provide HBOS plc, a banking and insurance group in the UK, the legal authority to reorganise its subsidiaries into a simplified structure*”.

<sup>127</sup> CAMACHO DE LOS RÍOS, J., “La cesión global de activo y pasivo como mecanismo de liquidación y como supuesto de modificación estructural”. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios, 2004, pgs. 39 y 40.

<sup>128</sup> LARGO GIL, R., en “Adopción de los acuerdos de fusión de sociedades en Junta Universal. Resolución de la R.D.G.R.N. de 30 de junio de 1993” *RdS*, n.º.2, 1994, pg. 248, refiere que la RDGRN de 30 de junio de 1993 merecía un comentario crítico pues dicha resolución supone la consagración de una práctica habitual en el ámbito de las fusiones de sociedades –concretamente, en las absorciones de sociedades participadas íntegramente por la absorbente- que comporta la infracción del régimen jurídico sobre la publicidad y la información relativas a los presupuestos y las consecuencias de estas operaciones con carácter previo a las Juntas Generales decisoras. Se trataba de una práctica existente, según la autora, en aras de aligerar el procedimiento de fusión configurado en la LSA de conformidad con la Tercera Directiva (78/855/CEE), de 9 de octubre de 1978, relativa a las fusiones de sociedades anónimas. Dicha práctica, que fue objeto de crítica, prescindía de una fase del citado procedimiento que estaba prevista, precisamente, en garantía de la tutela de los diversos intereses que resultan afectados por una operación de tanta complejidad como es la fusión societaria.

ca Europea: la consecución de un mercado único en el que se posibilite a las empresas la libertad de establecimiento, dándoles las facilidades y herramientas necesarias para conseguirlo.

Concretamente el objetivo de la Tercera Directiva 78/855/CEE del Consejo, de 9 de octubre de 1978 relativa a las fusiones de las Sociedades Anónimas<sup>129</sup> era la armonización en la regulación de la figura de fusión por parte de todos los estados miembros para facilitar así una futura regulación sobre la fusión transfronteriza, principal escollo que se plantearía en este escenario comunitario en el que las distintas empresas de los Estados miembros tenderían a crecer mediante operaciones de fusiones transfronterizas siendo necesaria pues una normativa comunitaria que resolviera la problemática de integración de varias empresas con ordenamientos jurídicos diferentes en una única sociedad. La Tercera Directiva regula el procedimiento de fusión en sus diferentes modalidades: fusión por absorción (cap. II), fusión por constitución de una nueva sociedad (cap. III), absorción de una sociedad por otra que posea el 90% o más de las acciones de la primera (cap. IV) y otras operaciones asimiladas a la fusión (cap. V). También regula aquellos mecanismos de tutela necesarios para proteger a los distintos colectivos como p.e. a los acreedores afectados por la misma<sup>130</sup>. Cuando se efectuó la transposición de la misma, se logró armonizar la legislación de todos los estados miembros si bien fueron

---

<sup>129</sup> Según FLAQUER RIUTORT, J., “La protección de los accionistas en los procedimientos de fusión de sociedades”, en *Cuadernos de derecho y comercio*, núm 10, diciembre 1991, pg. 169, la incorporación de nuestro ordenamiento jurídico mercantil a las Directivas comunitarias sobre sociedades de capital supuso, en lo relativo a la fusión (Tercera Directiva CEE, núm. 78/855, de 9 de octubre de 1978), un cambio importante en materia de protección jurídica de los accionistas. El entonces nuevo Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, articula un complejo engranaje de protección en la fase que podríamos denominar previa de la fusión y que, sin duda alguna, constituye la etapa en la que el legislador, inspirado en sus líneas esenciales por la Directiva comunitaria, presta una mayor atención. El eje central en el que girará todo el sistema de protección en esta fase concreta es el de la información a los accionistas

<sup>130</sup> CORTÉS DOMINGUEZ, L.J. Y PÉREZ TROYA, A. en “El derecho de oposición de los acreedores a la fusión de las sociedades (art. 243 LSA)” en *RdS*, nº16,2001, pg. 41, refieren el hecho de que las distintas tradiciones jurídicas no han resultado en rigor armonizadas, sino tan solo compatibilizadas por la Tercera Directiva comunitaria que, en su artículo 13, se limitó a establecer que “las legislaciones de los estados miembros deberán prever un sistema de protección adecuado de los intereses de los acreedores de las sociedades que se fusionen”, exigiendo, eso sí, que “al menos (...) tengan derecho a obtener garantías adecuadas cuando la situación financiera de las sociedades que se fusionen haga necesaria esta protección y sus créditos no dispongan ya de tales garantías” (art. 13.2).

disparos los mecanismos de protección de los acreedores que se definieron por los distintos legisladores nacionales<sup>131</sup>.

Posteriormente, llegaría en el año 2005, la pretendida Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital en la que se establecía el procedimiento comunitario para lograr la cooperación y reagrupamiento entre sociedades de capital de los diferentes Estados miembros dando solución a las numerosas dificultades que, a nivel legislativo y administrativo, se encontraban las sociedades en la Comunidad a la hora de emprender una fusión de estas características. Su objetivo era pues facilitar las operaciones de fusión transfronteriza en las que cada sociedad que participe deberá seguir sometido a las disposiciones y a los trámites observables en la fusión nacional correspondiente, si bien, en ningún caso, deberán imponerse restricciones a la libertad de establecimiento o de circulación de capital, a menos que dichas restricciones se puedan justificar de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y por razones de interés general, siendo necesarias y proporcionadas.

Por su parte, la Sexta Directiva 82/891/CEE del Consejo, de 17 de diciembre de 1982 referente a la escisión de las Sociedades Anónimas trató la figura de la escisión, con objetivos de armonización mucho más modestos que los de la Tercera Directiva sobre fusiones. Ello fue debido a que entonces la fusión era prácticamente desconocida en la legislación de la gran mayoría de los estados miembros (solamente Francia y Portugal contenían regulaciones sobre la escisión anteriores a la Sexta Directiva). Esto se verifica en el contenido de la Directiva pues podemos comprobar en la redacción de su art. 1, en el que se relacionan los distintos tipos de escisión, que se deja libertad a los estados miembros para su adopción: escisión por absorción: párrafo 1º; escisión por constitución de nueva sociedad: párrafo 2º y escisión mixta: párrafo 3º. Del mismo modo, el artículo 25 de la Directiva admite la posibilidad de que los Estados miembros

---

<sup>131</sup> Siguiendo a CONDE TEJÓN, A., en *La cesión global de activo y pasivo como operación de modificación estructural...*, *Op.cit.* pg.88, debemos considerar que la Tercera Directiva marca unas pautas mínimas que deben seguirse para la tutela de los intereses de los acreedores, pero serán los distintos estados nacionales los que definirán los distintos mecanismos de tutela por lo que no se unifica la normativa de todos los Estados miembros al respecto sino que la Directiva se limita a armonizarla, observándose en este aspecto diferencias relativamente acusadas en los distintos Estados miembros.

regulen la escisión total, parcial o ambas. Al guardar muchos paralelismos con la fusión, la regulación de la escisión se remitió a ésta en muchos de sus contenidos tratando de lograr así una regulación uniforme entre ambas figuras (a pesar de que no se reconociera por el legislador comunitario la categoría de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles)<sup>132</sup>.

Tanto la Directiva 78/855/CEE (Tercera Directiva) como la 82/891/CEE (Sexta Directiva) del Consejo han sido objeto de sucesivas modificaciones como la realizada por la Directiva 2007/63/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, por lo que respecta al requisito de presentación de un informe de un perito independiente en caso de fusión o escisión de Sociedades Anónimas. Fue entonces cuando, con ocasión de la incorporación al Derecho interno de la Directiva 2005/57/CE y de la Directiva 2007/63/CE se optó por aprobar la Ley 3/2009, de 3 de abril, de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles<sup>133</sup>. En dicha Ley se tomó como modelo el régimen de las Directivas regulándose también la transformación de sociedades, la cesión global de activo y pasivo y el traslado internacional del domicilio social.

Como vimos, La Unión Europea ha desarrollado estos últimos años un proceso de simplificación del Derecho de las sociedades de capital con el objeto de reducir costes y simplificar cargas. La legislación española también se ha hecho eco de dicha política y así la ha incorporado a nuestro Derecho por medio de la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas. En dicha Ley se afectan con ese objeto determinadas materias como la convocatoria de la junta

---

<sup>132</sup> CONDE TEJÓN, A., *ibidem*. pg. 89.

<sup>133</sup> ESCRIBANO GÁMIR, M.C., en “La protección de los acreedores sociales frente a las operaciones de fusión y escisión de sociedades de capital a la luz de la reforma del artículo 44 de la Ley de Modificaciones estructurales (Real Decreto-Ley 9/2012, de 16 de marzo)”, en Diario La Ley, nº 7855, 2012, pg. 3, dispone que la UE promovió la iniciativa *Simpler Legislation for the Internal Market (SLIM)*, 2003, destinada a procurar, en general, la adaptación del Derecho societario europeo a las exigencias derivadas de la conclusión del Mercado Único, así como la agilización y optimización en el funcionamiento del Mercado de valores, fomento del empleo de nuevas tecnologías en los procesos societarios y, por fin, generalizar el uso de prácticas uniformes de buen gobierno corporativo. Se trataba de un proceso que ha sido denominado como “perfeccionamiento del derecho de las sociedades mercantiles” con el que se alumbró en nuestro Derecho la LMESM.

general, la publicidad en prensa de determinadas modificaciones estatutarias, el depósito de las cuentas anuales y el régimen jurídico de la liquidación.

Volverían de nuevo a ser modificadas las Directivas 78/855/CEE, la 82/891/CEE y la 2005/56/CE por la Directiva 2009/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009, respondiendo a esa política de simplificación del Derecho de las sociedades de capital y en lo que se refiere, en esta ocasión, a las obligaciones de información y documentación en el caso de fusiones y escisiones. El plazo de incorporación de esta Directiva finalizaba el 30 de junio de 2011, y debido a su falta de transposición en esa fecha, se recurrió a la figura del Real Decreto-ley. Esto era posible debido a que, a tenor del artículo 86.1 CE, concurrían las circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad que habilitaban al gobierno para adoptar disposiciones con rango de ley mediante real decreto-ley.

La incorporación al Derecho español de la Directiva 2009/109/CE<sup>134</sup> conllevó tanto la modificación de la LSC (se añadieron nuevas excepciones a la exigencia de informe de experto independiente para la valoración de aportaciones no dinerarias en la sociedad anónima) como la de la LMESM en determinados artículos para conseguir simplificar algunos contenidos de las fusiones y escisiones, tal como disponía la Directiva. Las normas más afectadas por la reforma son las referidas a las fusiones debido a que el régimen de las escisiones se regula por remisión a los requisitos de las fusiones. La Directiva, como expusimos, simplifica los documentos que han de ser puestos a disposición de los socios, antes de la adopción del acuerdo de fusión, agilizando estas ope-

---

<sup>134</sup> RECALDE CASTELLS, A., y APILÁNEZ PÉREZ DE ONRAITA, E., en “Reforma de la Ley de Sociedades de Capital y de la Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, en *Diario La Ley*, nº 7853, 2012, pgs.1 y 2 establecen que el legislador español ha venido mostrando una creciente preocupación por incorporar puntualmente las directivas europeas. A este interés se suma el riesgo de que las autoridades europeas puedan abrir un procedimiento de incumplimiento y el consiguiente peligro de soportar importantes sanciones económicas. El RDL 9/2012, de 16 de marzo, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital responde a esta preocupación. El transcurso del plazo previsto para la transposición de una Directiva que había reformado las anteriores normas europeas en materia de fusiones y escisiones de sociedades (Directiva 2009/109/CE, que modificó las Directivas 77/91/CEE, 78/855/CEE, 82/891/CEE y 2005/56/CE), justificó que el gobierno considerara que concurrían las circunstancias de urgente y extraordinaria necesidad que legitiman al uso de este tipo de fuente. Así pues, el resultado ha sido la modificación de la LMESM, modificándose también algunas normas del RDL 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprobó el texto refundido de la LSC.



raciones mediante la publicidad por medio de la página web de las sociedades de capital. Esto se plantea como alternativa al depósito de los proyectos de fusión o escisión en el Registro Mercantil. También se prevé la posibilidad de realizar las comunicaciones de la sociedad, si el socio lo acepta, por medios electrónicos.

Todo ello ha sido incorporado al Derecho interno por la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, teniendo muy en cuenta que no se vulneren, debido a esta esta reducción de trámites, los derechos de los acreedores y trabajadores de la sociedad. El Preámbulo de esta Ley establece que para la implementación de dicha Directiva se ha tenido muy en cuenta el marco normativo en el que se iban a insertar todas estas novedades respetando los principios generales de política y técnica legislativas con las que se elaboró la muy compleja LMESM, por ello se procedió a dar una nueva redacción a distintos artículos del Título II (De la fusión) de dicha Ley. Con el objeto de facilitar el funcionamiento de las sociedades mercantiles y posibilitar el cada vez más acuciante ahorro de costes, la presente Ley 1/2012, potencia también la página web de las sociedades mercantiles y las comunicaciones electrónicas. Ello tendrá su reflejo en el capítulo II de la Ley de Sociedades de Capital, donde se establecerá el régimen jurídico general de la página *web* y la previsión de las comunicaciones electrónicas entre los socios y la sociedad<sup>135</sup>.

Como dijimos al principio, la operación de cesión global de activo y pasivo no ha sido objeto de regulación expresa por parte de la normativa comunitaria, no existiendo ninguna Directiva sobre sociedades que la trate de forma individual. Compartimos con Conde Tejón<sup>136</sup>, que, a pesar de ello, el Derecho Comunitario es aplicable a la cesión global de activo y pasivo, pues es considerada como una operación asimilada a la fusión o a la escisión reguladas en el Art. 30 de la Tercera Directiva y en el Art.24 de la Sexta Directiva, respectivamente<sup>137</sup>. Debido a ello, cuando un legislador nacional regule

---

<sup>135</sup> Todo ello aparece recogido en el Preámbulo de la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital.

<sup>136</sup> CONDE TEJÓN, A., *La cesión global de activo y pasivo como operación...* Op. cit. pg.91.

<sup>137</sup> Artículo 30 de la Tercera Directiva. (Capítulo V. Otras operaciones asimiladas a la fusión).

esta operación para Sociedades Anónimas deberá prever para la cesión global de activo y pasivo un régimen jurídico análogo al de la fusión o la escisión.

En este sentido entendemos que ha habido un incumplimiento por parte del legislador español de las III y VI Directivas en orden a las garantías que debían haber sido previstas o a la protección de los intereses de los socios y acreedores en la redacción de la LMESM, que abordaremos en un capítulo posterior.

### III

#### ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL: PROCESO DE UNIFICACIÓN DE RÉGIMEN Y AMPLIACIÓN DE LOS SUPUESTOS DE MODIFICACIONES ESTRUCTURALES

#### **1. La cesión global de activo y pasivo en las derogadas leyes de Sociedades Anónimas de 1951 y de 1990**

La cesión global de activo y pasivo ha sido objeto de un desarrollo legislativo que comienza con su tratamiento como operación liquidatoria en el art. 155 de la derogada Ley de Sociedades Anónimas de 1951. Dicho artículo estaba incorporado en los referidos a la disolución y liquidación señalando que *“una vez disuelta la sociedad se abrirá el período de liquidación, salvo en los supuestos de fusión o absorción o cualquier otro de cesión global del activo y el pasivo.”* El laconismo del precepto y el silen-

---

*“Cuando la legislación de un Estado miembro permita, para una de las operaciones mencionadas en el artículo 2, que la compensación en especie supere el porcentaje del 10%, serán aplicables los capítulos II y III, así como los artículos 27, 28 y 29”. Lo que se pretende es lo que explica la Directiva en el penúltimo de los Considerando del Preámbulo, es decir, “...extender las garantías aseguradas a los socios y a los terceros en el marco del proceso de fusión, a determinadas operaciones jurídicas que tengan, respecto a puntos esenciales, características análogas a las de la fusión con el fin de que no pueda eludirse esta protección”.*

Artículo 24 de la Sexta Directiva. (Capítulo IV. Otras operaciones asimiladas a la escisión). *“Cuando la legislación de un Estado miembro permita, para una de las operaciones mencionadas en el artículo 1, que la compensación en especie supere el 10%, serán aplicables los capítulos I, II y III”.*

cio del legislador de 1951 provocaron dudas interpretativas sobre la cesión global de activo y pasivo con respecto al régimen jurídico aplicable y a las consecuencias jurídicas del precepto<sup>138</sup>. Dichas interpretaciones, originadas por la redacción del artículo, se recogieron en dos posiciones defendidas fundamentalmente por una parte por Vicente Chuliá y por otro lado por Cámara Álvarez y Uría<sup>139</sup>. Estos últimos no estaban a favor de la interpretación literal del art. 155 pues suponía considerar la cesión global del activo y del pasivo como un supuesto de extinción de sociedades que no necesitaba la apertura de la fase de liquidación. Sin embargo esto no sucedía de ese modo ya que la cesión global debía cumplir todos los requisitos y formalidades propios de la liquidación: la aprobación del balance final de liquidación por la Junta General, y, si procediera, la distribución del haber social entre los socios como cuota de liquidación para finalmente cancelar los asientos registrales de la sociedad cedente. Por su parte, Vicent Chuliá señaló que el tratamiento legislativo de la figura de la transmisión global del patrimonio de una sociedad a otra debe ser reconducida a la teoría de la transmisión de la empresa.

Posteriormente, la Ley de Sociedades Anónimas del año 1990 contenía una es-cueta e incompleta regulación de la cesión global de activo y pasivo en su artículo 266: “*una vez disuelta la sociedad se abrirá el período de liquidación, salvo en los supuestos de fusión o escisión total o cualquier otro de cesión global del activo y el pasivo*”. Esta norma ya se disponía igualmente en la LSA del año 1951<sup>140</sup> nombrándose la operación de cesión global del activo y el pasivo<sup>141</sup>. El artículo 266 LSA exceptonaba la apertura de la liquidación en los supuestos de fusión o escisión total o en cualquier otro de cesión global del activo y el pasivo por lo que observamos claramente la incorrección con la que se disponía esa norma pues en el supuesto de cesión global de activo y pasivo no se impide ni se evita la liquidación porque el resultado económico obtenido con ella (precio) ha de ser repartido entre los socios (reparto del re-

---

<sup>138</sup> GUASCH MARTORELL, R., “Consideraciones en torno al tratamiento legislativo y doctrinal de la segregación patrimonial y la cesión global del activo y del pasivo”. *Revista jurídica de Catalunya*, 1999, vol.98, nº 1, pg. 37.

<sup>139</sup> URÍA, R., “Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas”, tomo II, 1976, pg. 832.

<sup>140</sup> Ley de 17 de julio de 1951 sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas

<sup>141</sup> GONZÁLEZ MENESES, M., “Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, en *El notario del siglo XXI*, nº 27.

manente social en la liquidación) y, por tanto, en realidad constituye una forma especial de liquidación patrimonial, una liquidación abreviada<sup>142</sup>.

La LSA parecía referirse a la cesión global de activo y pasivo como a una operación que en la práctica consistía en que, disuelta una sociedad, en vez de liquidar su patrimonio en la forma ordinaria, se transmitía en bloque la empresa social a un tercero a cambio de un precio que se repartirán a continuación los socios como cuota de liquidación, así como la transmisión en bloque de ese patrimonio a uno de los socios o, muy especialmente, al socio único en pago de su cuota de liquidación, como forma abreviada de liquidación. La cesión global de activo y pasivo era entonces una forma de extinción de una Sociedad Anónima evitando la apertura del período de liquidación<sup>143</sup>. En el entonces vigente artículo 266 LSA<sup>144</sup> había una carencia de regulación del régimen jurídico aplicable a la cesión global por lo que la laguna existente en la regulación procedimental se remitía a la aplicación analógica del régimen de la fusión o escisión como operaciones de modificación estructural. Así pues, era suficiente la referencia normativa que realizaba el artículo 266 LSA a la cesión global de activo y pasivo para que se pudiera realizar una extensión analógica del régimen de la fusión a la cesión global.

Éste era el principal problema que en la práctica planteaba la cesión global de activo y pasivo: la cuestión radicaba en si a la operación subyacía una transmisión a título universal o, por el contrario, se hacía necesaria la transmisión individualizada de sus distintos componentes<sup>145</sup>. A favor de esta última posición se argumentaba que fuera

---

<sup>142</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., “Liquidación societaria y formas de actuar la liquidación social”, *RDP*, 640-641, ene.-feb., pgs. 592, 1998.

<sup>143</sup> En este sentido, ALONSO UREBA, A., en “La cesión global de activo y pasivo: elementos de caracterización, clases y régimen”, *RdS* n°33, 2009, pg. 22. El autor afirma que el artículo 266LSA configuraba la cesión global como una forma de extinción de la sociedad sin necesidad de apertura del período de liquidación. Sin embargo y pese a su literalidad no se impidió que sectores destacados de nuestra doctrina sostuviesen que sí había apertura de la fase liquidatoria en los supuestos de cesión global aunque dicha liquidación se produjese de una forma abreviada.

<sup>144</sup> MASSAGUER FUENTES, J., en “La cesión global de activo y pasivo”, *RDM*, n° 228, 1998, establece que, en efecto, no puede desconocerse que bajo la cobertura sustantiva y formal del artículo 266 de la LSA el precepto reglamentario, en la medida en que se encuentra en un capítulo común a todas las sociedades inscribibles y en la medida en que reproduce al menos en los aspectos formales el régimen previsto para las sociedades de responsabilidad limitada, ha dado lugar de facto a una extensión de las exigencias establecidas en el artículo 117 LSRL sobre el proceso de cesión global a las sociedades anónimas.

<sup>145</sup> GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., *Op.cit.* pg. 592, 1998.

del procedimiento de fusión, al que se debe añadir el de la escisión, no había posibilidad de obtener el efecto de la transmisión en bloque del activo y del pasivo<sup>146</sup>. En cambio, se manifestaba en contra la DGRN<sup>147</sup> quien advertía que en virtud del criterio analógico respecto del procedimiento de fusión se permitía reconocer a la cesión global operada plena eficacia liberatoria.

Sin embargo, según resoluciones posteriores de la DGRN<sup>148</sup> el efecto de sucesión universal en la transmisión del patrimonio *uno actu* se excluía para la cesión global de activo y pasivo pues era exigible un expreso reconocimiento del legislador que no existía en este caso. Nuestro ordenamiento jurídico solo lo autorizaba en las operaciones de fusión y de escisión.

Posteriormente, en la Ley 29/1991<sup>149</sup> de adecuación de determinados conceptos impositivos a las directivas y reglamentos de las Comunidades Europeas, se considerará fiscalmente como una fusión aquella operación consistente en que una entidad transmite el conjunto de su patrimonio social a la entidad que es titular de la totalidad de los valores representativos de su capital social (para mí, esto no es coincidente con el supuesto de la cesión global). Pero, en cualquier caso, la falta de regulación sustantiva del supuesto planteaba muchas dudas.

---

<sup>146</sup> EIZAGUIRRE BERMEJO, J.M., “Disolución y liquidación”, en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, dirigidos por Fernando Sánchez Calero, Tomo VIII, 1993, pg. 109.

<sup>147</sup> En este sentido destacamos la RDGRN de 21 de noviembre de 1989, Ar. 7937 y la RDGRN de 22 de junio de 1988, Ar.5502 estudiadas en profundidad por LÁZARO SÁNCHEZ, E. J., en “La fusión, escisión y cesión global de activo y pasivo en el Proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (Reflexiones sobre los arts. 96 y 118 BOCG, 25 de enero de 1994/Nº 48-1)”. *Act. Civil*, nº 3, 1994, pg. 617 a 619. El autor considera que dichas resoluciones de la DGRN son, en gran medida, el germen del art. 266 TRLSA, claramente influido por las mismas. De las citadas resoluciones se deduce que aunque la cesión global, en algunos casos, no sea más que una forma de liquidación abreviada, sin embargo, en otros tal cesión podrá desenvolverse por trámites ajenos a los típicamente liquidatorios.

<sup>148</sup> La DGRN en las resoluciones de 10 de junio y de 4 de octubre de 1994 estimó que no era admisible la pretensión de reconducir el supuesto (la cesión global de activo y pasivo) hacia un efecto de sucesión universal. Estableció que “el carácter excepcional que este sistema de transmisión de patrimonios tiene en nuestra legislación, en la que tan solo se reconoce en los casos de fusión y de escisión (...), así como la falta de una normativa que expresamente establezca esa solución para la transmisión *inter vivos* de los conjuntos empresariales integrados por un complejo de relaciones jurídicas activas y pasivas, obstaculiza definitivamente una aplicación analógica de la normativa de la escisión”.

<sup>149</sup> Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las directivas y reglamentos de las Comunidades Europeas. BOE núm. 301/1991, de 17 de diciembre.

## **2. La regulación de la cesión global de activo y pasivo en la derogada Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995: art. 117**

La derogada Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, BOE nº71 de 24/3/1995, (vigente hasta el 1 de septiembre de 2010)<sup>150</sup> también reguló esta operación en un precepto con carácter novedoso incluido en el artículo 117 LSRL bajo la rúbrica “*Cesión global del activo y del pasivo*”. La cesión global de activo y pasivo se regulaba en el capítulo X dedicado al tratamiento de la disolución y liquidación, concretamente en la sección II referida al ámbito de la liquidación de las sociedades disueltas. Será pues en esta Ley cuando la cesión global adquiriera mayor desarrollo como procedimiento liquidatorio, si bien su regulación será fragmentaria siendo regulada como una liquidación abreviada. La operación se refería como un modo especial y abreviado de liquidación que evitaría una dilación innecesaria en el proceso de extinción de las sociedades mercantiles con cuestiones referidas al acuerdo con los acreedores, o al cumplimiento de las obligaciones sobre la transmisión de los distintos elementos patrimoniales<sup>151</sup>. Pero la ubicación sistemática del art. 117 LSRL dentro de un capítulo dedicado a la disolución y extinción solo contemplaba la posibilidad de recurrir a esta figura como un mecanismo de liquidación abreviada siempre sujeto a un proceso liquidatorio impidiendo su utilización como medio de transmisión patrimonial

---

<sup>150</sup> SEQUEIRA MARTÍN, A. en “La fusión y la escisión en la ley de sociedades de responsabilidad limitada”, *RdS* nº.8, 1997, pg. 93, 1997, refiere el hecho de que la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL) “...carece, con respecto a la fusión y a la escisión, de un régimen propio y diferenciado que haga realidad la pretensión de su Exposición de Motivos en torno a la consideración de la sociedad de responsabilidad limitada como un tipo societario claramente diferenciado de otros en función de sus específicos principios configuradores y de su peculiar finalidad ordenadora en el tráfico empresarial(...)Y así su artículo, 94.1, sólo efectúa una remisión con carácter general al régimen que la LSA contiene para los procesos de fusión y de escisión: La fusión de cualesquiera sociedades en una sociedad de responsabilidad limitada nueva, la absorción de una o mas sociedades por otra de responsabilidad limitada ya existente, y la escisión de la sociedad de responsabilidad limitada, se regirán por lo establecido en las secciones 2ª y 3ª del Capítulo VIII de la Ley de Sociedades Anónimas, en cuanto sean aplicables, entendiéndose efectuadas a socios y participaciones sociales sus referencias a accionistas y acciones”.

<sup>151</sup> VICENT CHULIÁ, F.: La cesión global de activo y pasivo sigue el modelo de la transmisión de patrimonio de la Ley alemana de 1994 y se aparta del modelo del art. 148 CSC portugués, que como procedimiento de liquidación exige el consentimiento unánime de todos los acreedores, a diferencia de cuando constituye modificación estructural. En cambio, la LSL cometió el doble error de regular esta figura como exclusiva de la SL y como operación de liquidación (pese a las advertencias de la doctrina sobre el Anteproyecto de Ley) en “La cesión global del activo y del pasivo”, en *Introducción al Derecho mercantil*, Epíg.10, 2013, pg. 2156 y ss.

al margen de dicho proceso. Por ello la aprobación de la cesión global exigía la previa disolución de la sociedad. De esta manera, la cesión global quedaba configurada como una tercera posibilidad para llevar a cabo la extinción de las sociedades mercantiles junto a la disolución-liquidación y la fusión o escisión total.

La cesión global implicaba una serie de especialidades respecto del régimen general de la liquidación pues impedía que se alargara el proceso de extinción de la sociedad cedente pues no había que esperar al cumplimiento de las obligaciones pendientes y tampoco al acuerdo con los acreedores, ya que la cesión global conllevaba una transmisión *uno actu* de la empresa<sup>152</sup>.

Por lo tanto en esta operación podíamos observar que se entremezclaban diferentes características propias tanto del proceso liquidatorio como de las transmisiones patrimoniales. La cesión global se separaba del régimen de la liquidación debido a que dicha transmisión patrimonial era efectuada con carácter unitario o en bloque por lo que la misma podía considerarse como un supuesto de sucesión universal. De la redacción del artículo 117 LSRL no se infiere lo contrario<sup>153</sup>. Del aptdo. 4º del artículo 117LSRL se infiere el efecto de la sucesión universal pues establece el derecho que tienen los acreedores a oponerse a la cesión global, superando así la exigencia contenida en el artículo 1205 CC del consentimiento individualizado a la operación por parte de los acreedores sociales para que pueda tener lugar la novación subjetiva por cambio de deudor. Por lo tanto, este efecto distaba muchísimo del de la adjudicación de elementos patrimoniales de una sociedad en estado de liquidación. Otro detalle que la hacía más distante del régimen general de la liquidación y la situaba como una operación de modificación estructural que pretendía una finalidad de reestructuración empresarial era el hecho de que la operación era decidida en junta general por los socios de la sociedad

---

<sup>152</sup> ALONSO UREBA, A., *Op.cit.* “La cesión global de activo y pasivo: elementos...”, 2009, pg. 23.

<sup>153</sup> Así lo destaca MASSAGUER FUENTES, J., en “La cesión global de activo y pasivo como supuesto de liquidación en el derecho español de sociedades de capitales”, en M. Trias (coord.), *Las operaciones societarias de modificación estructural*, 2001, pg. 291. El autor dispone que “*la globalidad exigida a la cesión (...) debe entenderse satisfecha en la medida en que comprenda la totalidad del patrimonio y la cesión se resuelva en un solo acuerdo, de modo que tras su verificación no quede una parte del patrimonio social sujeta a la liquidación ordinaria o eventualmente pendiente de una sucesiva cesión global*”.

cedente y no por los liquidadores y se producía una transmisión de la empresa a la cesionaria extinguiéndose la sociedad cedente<sup>154</sup>.

Noval Pato<sup>155</sup> apuntaba que debido a la limitación establecida por el art. 117 LSRL de la cesión global como operación con funcionalidad únicamente liquidatoria, se producía una reducción en la operatividad de la cesión global de activo y pasivo, siendo inexistente razón alguna que exigiera vincular la cesión global de activo y pasivo exclusivamente a la extinción de la sociedad cedente. También refería el mayor interés que debía suscitar el examen del régimen jurídico de esta operación debido a que la regulación de esta figura en la entonces Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles aprobada el 16 de mayo de 2002 (arts. 576-579) reproducía literalmente el art. 117 LSRL.

En cuanto a su régimen jurídico, la regulación de la cesión global presentaba semejanzas con el régimen previsto para las modificaciones estructurales pero aligerando determinados trámites porque el procedimiento estaba carente de una primera fase de preparación en la que se pudiera acordar un proyecto de cesión pasando a regular desde un inicio la fase de decisión en la que se procedía a adoptar el acuerdo de cesión global por la junta de socios de la sociedad cedente, necesitándose, la mayoría establecida para una modificación estatutaria.

El artículo 117.1 LSRL establecía que *“La Junta General, con los requisitos y la mayoría establecidos para la modificación de los estatutos, podrá acordar la cesión global del activo y del pasivo a uno o varios socios o terceros, fijando las condiciones de la cesión”*. La mayoría establecida para la modificación de los estatutos se fijaba en el artículo 53.2 LSRL que exigía para la adopción de acuerdos de modificación de estatutos sociales una mayoría reforzada: el voto favorable de más de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social. En el apartado 1 del art.53 se regulaba una mayoría simple u ordinaria referida a los votos que representen un tercio del capital social. (En el caso de S.A. nos referiríamos a los requisitos de quórum de constitución de la junta y, en su caso, de mayoría reforzada, del 103 LSA). En cambio, para la adopción del acuerdo de modificación estructural se exigía el voto

---

<sup>154</sup> CONDE TEJÓN, A., en *Cesión global de activo y pasivo como operación de modificación estructural... Op.cit.*, pgs. 105 y ss.

<sup>155</sup> NOVAL PATO, J., *Op.cit.*, pg.76.



favorable de los 2/3 del capital presente o representado correspondiente a las participaciones en que se dividía el capital social. Concluía el apartado 1º expresando que la junta general aprobará la cesión a uno o varios socios o terceros fijando las condiciones de la cesión, el precio de la misma. El adquirente debía pagar con dinero puesto que la sociedad cedente se liquida y debe pagar la cuota de liquidación en dinero.

El apartado 2 del artículo 117 LSRL refería por su parte que *“el acuerdo de cesión se publicará una vez en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» y en un diario de gran circulación en el lugar del domicilio social, con expresión de la identidad del cesionario o cesionarios. En el anuncio se hará constar el derecho de los acreedores de la sociedad cedente y de los acreedores del cesionario o cesionarios a obtener el texto íntegro del acuerdo de cesión”*. Dichos anuncios deberán ser incorporados a la escritura pública de extinción de la sociedad en el RM, de conformidad con lo establecido en el art. 117.4 de la LSRL. Con respecto al contenido de la escritura, a efectos de la práctica mercantil, deberá acompañarse el balance que se tomó como base para el acuerdo y también, con independencia de que se produzca una transmisión global de todos los elementos que integran el activo y pasivo de la sociedad, deberán identificarse de manera singularizada aquellos elementos cuya titularidad sea susceptible de inscripción en un registro público<sup>156</sup>.

Se regulaba en el mismo art.117.3 LSRL la posibilidad de que los acreedores de la sociedad cedente y del cesionario o cesionarios pudieran oponerse a la cesión durante el transcurso de un mes, contado desde la fecha del último anuncio publicado, como sucede del mismo modo en la operación de fusión. El apartado 3º del artículo establecía que *“la cesión no podrá ser realizada antes de que transcurra un mes, contado desde la fecha del último anuncio publicado. Durante ese plazo, los acreedores de la sociedad cedente y del cesionario o cesionarios podrán oponerse a la cesión en las mismas condiciones y con los mismos efectos previstos para el caso de fusión. En el anuncio a que se refiere el apartado anterior deberá mencionarse expresamente este derecho”*.

Por su parte el art. 117.4 LSRL condicionaba la eficacia de la cesión global a la extinción de la sociedad cedente estableciendo que *“la eficacia de la cesión quedará*

---

<sup>156</sup> SANZ PARAÍSO, L. F., “Disolución de sociedad de responsabilidad limitada con cesión global de activo y pasivo” en *RdS*, nº 24, 2005, pg.234.

*supeditada a la inscripción de la escritura pública de extinción de la sociedad*". La fase, pues, que relaciona la ejecución de la operación de cesión global tiene lugar desde la cancelación de los asientos registrales de la sociedad cedente. La eficacia de la cesión global queda condicionada a la inscripción registral de la escritura pública de la extinción de la sociedad a la que se deberán incorporar el balance final de liquidación y la relación de los socios en la que conste su identidad y el valor de la cuota de liquidación que les hubiese correspondido (arts. 121,c LSRL y 247.2 RRM). De esta forma se produciría simultáneamente la definitiva cesión global *uno actu* del patrimonio al cesionario y la extinción de la sociedad cedente con la cancelación de los asientos registrales pertinente (art. 122 LSRL)<sup>157</sup>.

Estos eran los aspectos relacionados por el artículo 117 sobre el régimen jurídico de la operación. El legislador de 1995 omitía cualquier cuestión sobre la insuficiencia normativa que existía en la LSA; además de ello seguía habiendo una regulación incompleta de la figura en la LSRL pues se omitía cualquier cuestión que aludiera la regulación de los efectos de la operación pero, sin lugar a dudas, se mejoraba la laguna del artículo 266 LSA<sup>158</sup>.

Tampoco se concretaba en dicho artículo incompleto o aligerado cual era el contenido de la contraprestación en esta operación por lo que Noval Pato<sup>159</sup> planteaba el hecho de que el silencio del legislador al respecto podía ser interpretado extensivamente como un consentimiento a que la contraprestación pudiera consistir en partes de socio de la sociedad o sociedades beneficiarias. A partir de esa interpretación, se completaba la finalidad de la cesión global de activo y pasivo pues ya no sería solo una técnica de transmisión de la totalidad del patrimonio social en el desarrollo de un proceso de liqui-

---

<sup>157</sup> SEQUEIRA MARTÍN, A. y SACRITÁN BERGIA, F., en "Las exigencias legales sobre documentación contable previstas en el proceso de liquidación de una SRL (La sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres –Secc. 1ª – de 18 de marzo de 2005 como pretexto)". *RdS*, 2007, 2 (27), pg.460.

<sup>158</sup> En ese sentido, FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: "La cesión global de Sociedades anónimas (arts.266 LSA y 246 RRM). Un caso de incorrecta transposición de las III y VI Directivas", en AA.VV.: *Las operaciones societarias de modificación estructural*, 2001, pg.320. También en *RdS*, nº 14, 2001, pg. 253 y ss., destacaba que el legislador de 1995 no quiso resolver el problema de la insuficiencia normativa de las cesiones globales de sociedades anónimas que presentaba el viejo artículo 266 LSA. Por ello debían aplicarse a las cesiones globales de sociedades anónimas las normas de la fusión o escisión. Todo ello con el objetivo de cubrir la laguna legal.

<sup>159</sup> NOVAL PATO, J., *Op.cit.* pg.156.

dación sino que también permitiría llevar a cabo la integración de los socios de la sociedad cedente a la posible sociedad o sociedades cesionarias. De esta forma los resultados conseguidos mediante la operación de cesión global se acercaban a los obtenidos en operaciones de modificación estructural como la fusión o la escisión si bien considerando que los socios de la sociedad cedente no recibirían sus participaciones directamente, como sucede en la fusión y en la escisión, sino tras el reparto del haber social de la sociedad en liquidación (pues ésta era la finalidad pretendida por la operación: proceder a la liquidación de la sociedad mercantil). Ello suponía que, a partir de ahí, ya se podría considerar a la cesión global de activo y pasivo como una posible técnica de modificación estructural alternativa a la fusión y a la escisión pues contenía elementos propios de ésta como son la transmisión en bloque de todo o parte del patrimonio social y la integración de los socios de la sociedad transmitente en la sociedad adquirente con fines reestructuradores. Todo ello bajo un régimen legal simplificado con ahorro de tiempos y costes en comparación con el que sustentaba a las operaciones de fusión y de escisión que exigían mayores requisitos y fases procedimentales. Como bien señalaba Massaguer,<sup>160</sup> esto planteaba el problema de que se vaciaran de sentido las normas de fusión y de escisión a través del procedimiento de cesión global de activo y pasivo por lo que el autor proponía servirse de esta figura para la obtención de resultados que no se podían conseguir mediante fusiones o escisiones. Según el autor si se consentía que la cesión global de activo y pasivo fuera una alternativa viable a la fusión y a la escisión, el legislador dejaría sin efecto de un plumazo las normas sobre fusión y escisión<sup>161</sup>.

Por todas estas razones, Noval Pato concluía que no podía ser admitida una interpretación arbitraria del art. 117 LSRL que alterara el régimen jurídico vigente. Era inimaginable que el legislador hubiera decidido concebir la cesión global de activo y pasivo como un instrumento para eludir los requisitos y formalidades impuestos por él

---

<sup>160</sup> MASSAGUER, J., “La cesión global de activo y pasivo”, *RDM*, nº 228, 1998, pgs. 656-657 y 674-676.

<sup>161</sup> En el mismo sentido, FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *Op. cit.*, pg. 261, concluye que el resultado práctico de la invención de un procedimiento hipersimplificado de modificación estructural aparentemente sustitutorio del de fusiones o escisiones ha supuesto el virtual vaciamiento del régimen jurídico de la fusión/escisión de las SRL y SA. La cesión global, según el autor, dinamitaba el régimen de las fusiones o escisiones produciendo el denominado efecto “caja de Pandora”. Y es que no es imaginable el hecho de que la sociedad que se disuelva tenga el capricho de optar por un procedimiento más caro y mucho más lento cuando se pueden lograr los mismos efectos prácticos cumpliendo lo previsto para la cesión global en el artículo 117LSRL.

mismo para lograr la transmisión total y unitaria del patrimonio. Ello supondría conseguir, mediante el recurso a la cesión global de activo y pasivo, los mismos fines que pretendían las operaciones de fusión y de escisión pero burlando todas las garantías otorgadas por el legislador a socios y acreedores en estos procedimientos. Carecía de sentido el hecho de que el legislador hubiera previsto dos procedimientos diversos para un mismo resultado: uno costoso y con todas las garantías necesarias (en las operaciones de fusión y de escisión) y otro, en cambio, barato y carente de todas ellas (en la operación de cesión global de activo y pasivo)<sup>162</sup>.

Tampoco tenía cabida que la contraprestación en la operación de cesión global de activo y pasivo, a pesar de que no se concretaba cuál era su contenido, se realizara en cuotas participativas de la sociedad cesionaria y no fuera realizada en dinero pues así es como debía pagarse siempre la cuota de liquidación prevista, salvo que hubiera un acuerdo unánime en contra.

Por lo tanto, concluye el autor que la consideración de la cesión global de activo y pasivo como una operación con fines reestructuradores podía suponer entonces un fraude de ley<sup>163</sup>. El procedimiento que establecía el artículo 117 LSRL era determinante para que la cesión global de activo y pasivo no pudiera ser calificada como una operación de modificación estructural. Ello era debido, ya no por la ausencia de las garantías necesarias para los acreedores o del respeto al debido derecho de información de los socios, que, en ambos supuestos iba a ser vulnerado, sino, fundamentalmente, a que el art. 117 LSRL no contemplaba el sometimiento de la cesión global a la aprobación de las juntas generales de la sociedad o sociedades beneficiarias por lo que los socios de esas

---

<sup>162</sup> SOLER MASOTA, P., en "Arts. 117-124", en ARROYO, I., EMBID, J.M. (coord.): *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, 1997, pgs. 1141 y ss. detalla las garantías previstas a favor de los socios y acreedores en los procedimientos de fusión y de escisión, garantías que son omitidas en la operación de cesión global de activo y pasivo en la que no se prevé cuál ha de ser el contenido del proyecto de cesión, tampoco asiste a los socios de la sociedad cedente y, en su caso, de la cesionaria, un derecho "reforzado" de información sobre la cesión, más allá de las reglas generales para la aprobación de acuerdos modificativos de estatutos. Igualmente no se especifica cuál ha de ser el balance de la cesión y tampoco se establece un plazo de convocatoria mínimo para la Junta que haya de acordar el acuerdo de cesión. Tampoco se articulan garantías para los acreedores y, del mismo modo, no se prevé una publicación del acuerdo de cesión (por tres veces) en el BORME y en dos diarios de gran circulación de las provincias donde las partícipes tengan su domicilio social; ni se establece un plazo de caducidad de seis meses para la impugnación del acuerdo de cesión.

<sup>163</sup> Así lo dispone CABANAS TREJO, R., en "Modificaciones estatutarias y estructurales de la sociedad de responsabilidad limitada. Disolución y liquidación", *La Notaría*, nº.6, 1996, pg. 66.

sociedades beneficiarias podían ver peligrar el valor de sus participaciones mediante una pérdida económica significativa en la valoración de las mismas.

Por lo tanto, en nuestro ordenamiento jurídico, la transmisión a título universal de la totalidad del patrimonio social con integración de los socios de la sociedad cedente en la sociedad o sociedades beneficiarias solo podía realizarse mediante los procedimientos de fusión y escisión observándose todos los mecanismos rigurosos de tutela previstos a favor de los intereses de socios y acreedores.

### **3. La reforma del Reglamento del Registro Mercantil de 1996**

Un año después, en el año 1996, será el nuevo Reglamento del Registro Mercantil<sup>164</sup> el que constituirá el siguiente referente en la historia de la operación objeto de estudio. La cesión global fue recogida en el artículo 246 RRM referido a la inscripción de la cesión global con carácter general y sin relacionarla con un tipo societario determinado. Dicho artículo está recogido en sede de liquidación,<sup>3</sup> en el capítulo VIII, sección 2ª, que recoge la disolución y liquidación de sociedades, por lo que la operación sigue estando ubicada en el ámbito de la liquidación: “*sección II. De la liquidación de sociedades y del cierre de su hoja registral*”.

Bajo la rúbrica “*Cesión global del activo y del pasivo*”, el artículo 246 RRM regula el conjunto de circunstancias que deben constar para poder realizar la inscripción de una operación de cesión global de activo y pasivo. Así pues, el párrafo primero detalla que “*cuando exista cesión global del activo y del pasivo, la cesión se hará constar en escritura pública otorgada por la sociedad cedente y por el cesionario o cesionarios*”.

El párrafo segundo del art. 246 establece en su aptdo.1º que “*en la inscripción de la cesión global se harán constar, además de las circunstancias generales, las siguientes: la fecha de publicación del acuerdo de cesión en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en un diario de gran circulación en el lugar del domicilio social. En el anuncio se hará constar el derecho de los acreedores de la sociedad cedente y de los*

---

<sup>164</sup> Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil. BOE 31 de julio de 1996.

*acreedores del cesionario o cesionarios a obtener el texto íntegro del acuerdo de cesión, así como el derecho de dichos acreedores a oponerse a la cesión en el plazo de un mes. Para finalizar se establece en el apdo. 2º que la declaración de la sociedad cedente sobre la inexistencia de oposición en el plazo antes indicado por parte de los acreedores y obligacionistas o, en su caso, la identidad de quienes se hubiesen opuesto, el importe de su crédito y las garantías que hubiere prestado el cesionario”.*

De aquí se deduce que el art. 246 RRM es también de aplicación a las sociedades anónimas; la operación estaba referida tanto a sociedades anónimas como a sociedades de responsabilidad limitada, no limitándose a un tipo social concreto. Por lo tanto, en el supuesto de realización de una cesión global de activo y pasivo como mecanismo de liquidación por una sociedad de responsabilidad limitada era de aplicación el régimen previsto en los arts. 117 LSRL y 246 RRM. Si la cesión global era realizada por una sociedad anónima, el artículo 246 RRM remitía la liquidación de dicha sociedad anónima al régimen previsto por el artículo 117 LSRL, necesario dada la insuficiencia que presentaba el artículo 266 de la LSA.

En el supuesto de La propia Exposición de Motivos del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio así lo determina refiriendo que las normas reglamentarias contenidas en el capítulo VIII, dedicado a regular la disolución, liquidación y cancelación de sociedades, “*por su carácter general, son de aplicación general a las diversas formas de sociedad*”. Además, para despejar cualquier atisbo de duda que aun pudiera quedar, en el propio precepto se refiere a los acreedores y obligacionistas<sup>165</sup>. De ahí se infiere claramente la aplicabilidad del precepto a las sociedades anónimas.

A partir de la inclusión de la cesión global en el ámbito general de las operaciones de disolución y liquidación sin hacer el artículo 246 RRM distinciones en cuanto a los

---

<sup>165</sup> El artículo 401 LSC apunta que la sociedad puede realizar una emisión de obligaciones, es decir “*valores que reconocen o crean una deuda a favor de su suscriptor y a cargo de la sociedad*”. La sociedad asume frente a los obligacionistas una deuda por el préstamo realizado a la sociedad emisora por los titulares de las obligaciones.

El obligacionista no es socio o accionista de la sociedad por lo que no posee derechos políticos ni económicos. No tiene derecho a participar o intervenir en las decisiones sociales ni percibe beneficios cuando, habiéndose obtenido por la sociedad, la Junta general acuerda su reparto. El obligacionista es acreedor de la sociedad y percibe intereses por su crédito independientemente de que la sociedad obtenga o no beneficios, conforme a lo previsto en las condiciones de la emisión.

tipos sociales, se defendió la postura doctrinal de extender la escasa regulación procedimental establecida para esta figura en el artículo 117 LSRL a las sociedades anónimas que estaban carentes de regulación. Diferentes autores entendían que el régimen aplicable de la SRL debía tener una aplicación generalizada para todos los tipos sociales<sup>166</sup>. Se “había dado lugar *de facto* a una extensión de las exigencias previstas en el artículo 117 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada sobre el proceso de cesión global a las sociedades anónimas”. Conde Tejón referirá el aspecto de la extensión de la regulación de la S.L a la S.A.<sup>167</sup>.

De este modo, tras la publicación del RRM, se entiende que el artículo 246 interpreta como extensible y aplicable el artículo 117 de las SL a las SA., es decir, el procedimiento de la cesión global del activo y pasivo regulado en el artículo 117 LSRL también se hace aplicable a las sociedades anónimas para los supuestos de disolución de una filial con cesión global de todo su activo y pasivo a su sociedad matriz en concepto de pago de la cuota de liquidación de la misma. La interpretación que empieza a darse del artículo 246 RRM es que el procedimiento de la cesión global de activo y pasivo descrito en el artículo 117LSRL es aplicable no solo a las sociedades de responsabilidad limitada sino también a las sociedades anónimas.

No existe todavía en el art. 246 RRM una manifestación legal expresa acerca de la transmisión universal que pueda originar la cesión global de activo y pasivo, si bien la mayoría de la doctrina así lo consideró. Noval Pato<sup>168</sup> infiere que la referencia que se realiza al derecho de oposición pone de relieve la índole universal de la transmisión del patrimonio social que no tiene lugar por los cauces legales previstos en el artículo 1.205 C.C. Compartimos con él la valoración final de todo lo expuesto, infiriendo que la referencia que realiza el art. 266 LSA a la cesión global de activo y pasivo (una vez disuelta la sociedad se abrirá el período de liquidación, salvo en los supuestos de fusión o esci-

---

<sup>166</sup> Este aspecto es comentado entre otros autores por MASSAGUER FUENTES, J., “La cesión global...” *Op.cit.* pgs.655-678; y VICENT CHULIÁ, F.: *El art. 246 del RRM de 1996 ha extendido esta figura a las demás sociedades. No se precisa en qué sentido se emplea este término, si limitado a las sociedades lucrativas mercantiles, o a todas las entidades inscribibles en el RM según el art. 81. RRM. Debemos defender la segunda interpretación más favorable a la reestructuración de las empresas en “Introducción al Derecho mercantil”*, *Op. cit.* pg. 130.

<sup>167</sup> CONDE TEJÓN, *La cesión global de activo y pasivo como operación de modificación estructural...* *Op. cit.* pg. 237.

<sup>168</sup> NOVAL PATO, J., *Op. cit.* pg.187 y188.

sión total o cualquier otro de cesión global de activo y pasivo) legitima la realización de la transmisión a título universal<sup>169</sup> de la totalidad del patrimonio de una sociedad anónima a uno o más beneficiarios. Lo significativo de todo esto es el hecho de que esta operación debía desarrollarse según el procedimiento establecido para la cesión global de activo y pasivo en el art.117 LSRL, pero ajustándose a los mecanismos de tutela establecidos por la LSA a favor de los intereses de socios y acreedores para los supuestos de fusión y de escisión.

Por ello, y a diferenciación del régimen jurídico establecido para las sociedades de responsabilidad limitada, se aumentarían las cautelas legales en el supuesto de realización de una cesión global de activo y pasivo por parte de una sociedad anónima<sup>170</sup>. La cesión global del patrimonio de una S.A. debía ajustarse a las normas reguladoras del procedimiento de fusión: se debía respetar los mismos medios de tutela de los intereses de accionistas y acreedores establecidos para los supuestos de fusión y escisión. Podemos destacar las siguientes notas características peculiares y propias del régimen jurídico de la cesión global de activo y pasivo de una S.A. frente al configurado para las sociedades de responsabilidad limitada: la operación de cesión global de activo y pasivo debía ir precedida de la elaboración de un proyecto que contuviera las líneas fundamentales de la operación; se debían emitir sendos informes sobre el proyecto de cesión global por parte de los administradores y expertos independientes; existía un derecho de información para accionistas, obligacionistas y titulares de derechos especiales y los representantes de los trabajadores, que debía ser respetado; se debía publicar el acuerdo de cesión global de activo y pasivo con arreglo al derogado art. 242 LSA; y para finalizar las sociedades cesionarias debían responder solidariamente de las obligaciones asumidas dentro de los límites del art. 259 LSA. Sin embargo esta interpretación no tuvo realidad en la práctica mercantil.

---

<sup>169</sup> Se reconocerá el efecto de sucesión universal a la cesión global de activo y pasivo por parte de la mayoría de la doctrina tanto para la sociedad de responsabilidad limitada como para el resto de las sociedades debido a la extensión que realiza el art. 246 RRM del artículo 117 LSRL. Del mismo modo fue recogido por la DGRN en distintas resoluciones como las de 22 de junio de 1988, 21 de noviembre de 1989 y en la de 22 de mayo de 2002, en esta ocasión de forma implícita.

<sup>170</sup> La cesión global de activo y pasivo regulada en la SRL no refiere la aprobación de la operación por parte de la junta general de la sociedad cesionaria.



Debido a la extensión analógica que, en virtud del art. 246 RRM, se hizo de la operación de cesión global de activo y pasivo desde la LSRL a la LSA, en la práctica mercantil empezó a utilizarse mucho la cesión global. Ésta representaba en aquellos momentos y en base al contenido del artículo 117 LSRL, una alternativa mucho más sencilla y útil debido a la reducción de requisitos procedimentales con respecto a los que se venían exigiendo para las sociedades anónimas a través de la aplicación del artículo 250 LSA, que regulaba la fusión por absorción de sociedad íntegramente participada.

Este aligeramiento de trámites lo podemos observar comparando los apartados del artículo 117 con la regulación que recibe la fusión en la LSA. Observamos que, efectivamente, la cesión global de activo y pasivo simplificaba mucho los condicionantes y por ello se recurrió a su uso de forma muy frecuente. Por ejemplo, el apartado 2º del artículo 117 establecía que el acuerdo de cesión global se debía depositar en el registro mercantil pero no alude en absoluto a que el anterior proyecto de cesión deba depositarse. En cambio, en el derogado artículo 235 LSA si se exigía depositar el proyecto de fusión en el RM.

El artículo 117 LSRL no exigía que el acuerdo de cesión global de activo y pasivo se adoptara por parte de la sociedad cesionaria, lo que suponía de nuevo una simplificación de trámites frente a la exigencia del artículo 240 LSA que precisaba la intervención de ambas juntas generales de las sociedades participantes en la fusión: la junta cedente y la cesionaria o absorbente. La publicación del acuerdo de fusión también exigía mayor número de anuncios que los que exigía el artículo 117 LSRL. Concretamente el artículo 242 LSA requería que el acuerdo de fusión se publicara tres veces en el BORME y en dos periódicos de gran circulación en las provincias en las que cada una de las sociedades tengan sus domicilios.

En aquellos momentos también se llegó a plantear si el artículo 246 RRM, además de extender la cesión global de activo y pasivo a todas las sociedades mercantiles, posibilitaba un uso alternativo de la figura como operación de reestructuración de sociedades –modificación estructural- y en sustitución de la fusión con la ventaja que ello suponía un ahorro de tiempo y costes. Precisamente por ello, por el riesgo de que esta operación se convirtiera en un mecanismo que pudiera evitar el desarrollo de las garantías a las que estaba sujeta la operación de la fusión, es por lo que un sector doctrinal

consideró la negativa a esta posibilidad<sup>171</sup>. Se trataba de evitar que esta operación pudiera ser utilizada para simplificar aún más determinadas fusiones reguladas en el art. 250 del derogado TRLSA<sup>172</sup>. Camacho de los Ríos<sup>173</sup> concluye que la utilización de la cesión global para la obtención de una finalidad de modificación estructural que es propia de la fusión puede constituir un fraude de ley produciéndose una lesión a la posición de los socios y acreedores. Por ello, cuando la cesión global de activo y pasivo se plantee como una modificación estructural, habrán de aplicarse, por analogía, las exigencias propias de la fusión, debiendo ceder el régimen previsto por el art. 117 LSRL al régimen jurídico previsto para la fusión.

El siguiente hecho destacado en la evolución y desarrollo de esta figura acontece el 22 de mayo de 2002 cuando se publica la destacada resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) que confirma la negativa de un registrador mercantil de Barcelona a la inscripción de una escritura de disolución de una filial con cesión global de todo su activo y pasivo a su sociedad matriz en pago de la cuota de liquidación de la misma. La resolución expondrá que la extensión analógica de la aplicación del procedimiento del artículo 117 LSRL a las SA vulneraba la (olvidada) Directiva 78/855/CEE, de 9 de octubre de 1978, relativa a las fusiones entre sociedades anónimas<sup>174</sup>, la Tercera Directiva.

La Tercera Directiva consideraba a esta operación como una fusión por lo que no se le podía aplicar el régimen de la operación de cesión global. Dicha operación es considerada por la Directiva como una fusión, es decir, se trata de la extinción de una

---

<sup>171</sup> VICENT CHULIÁ, F., en “La cesión global de activo...”, *Op.cit.* También, manteniendo la misma postura: BELTRÁN SÁNCHEZ, en “La extinción de la sociedad de responsabilidad limitada”, en Autores Varios (AAVV) *La reforma de la sociedad de responsabilidad limitada*, pg. 881, 1994. y SOLER MASOTA, P., “Comentario al art. 117 LSRL”, en *Comentarios a la Ley de sociedades de responsabilidad limitada*, coordinados por Ignacio Arroyo y José Miguel Embid, pgs. 1136-1152, Madrid, 1997.

<sup>172</sup> Art. 250 TRLSA. “Fusiones simplificadas.-1. Cuando la sociedad absorbente fuera titular, de forma directa o indirecta, de todas las acciones o participaciones sociales en que se dividiera el capital de la sociedad absorbida, el proyecto de fusión no tendrá que incluir referencia alguna al tipo y al procedimiento de canje de las acciones o participaciones sociales ni a la fecha a partir de la cual las nuevas acciones darán derecho a participar en las ganancias sociales, y no será necesario el aumento de capital de la absorbente ni los informes de los administradores y de expertos sobre el proyecto de fusión.

2. La misma regla será de aplicación cuando la sociedad absorbente estuviera íntegramente participada, de forma directa o indirecta, por la sociedad absorbida, y cuando la sociedad absorbente y la absorbida estuvieran íntegramente participadas, de forma directa o indirecta, por una tercera”.

<sup>173</sup> CAMACHO DE LOS RÍOS, J., *Op.cit.*, 2004.

<sup>174</sup> Tercera Directiva 78/855/CEE del Consejo, de 9 de octubre de 1978, basada en la letra G del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las fusiones de las Sociedades Anónimas.

sociedad íntegramente participada con traspaso en bloque de todo su patrimonio a la matriz y no era asimilable a una cesión global, tal y como estaba siendo calificada por los registradores mercantiles hasta ese momento (año 2002) con el nuevo criterio que había prevalecido desde la publicación del nuevo RRM.

El hecho de que se produjera desde la promulgación del RRM en 1996 la adopción de un criterio de aplicación extensiva del artículo 117 LSRL a la S.A. era debido a que dicha extensión facilitaba o aligeraba esas operaciones y suponían mayor facilidad en su ejecución si eran consideradas como cesiones en vez de fusiones y así venían siendo autorizadas por los registradores mercantiles desde el año 1996 hasta el año 2002. Se producía de este modo una disminución de requisitos procedimentales plasmados en varias realidades: la primera de ellas implicaba que, considerada la operación como cesión, no era necesario el proyecto de cesión (que sí hubiera constituido un requisito formal en el caso de la fusión). También se facilitaba la realización de la misma considerándola como una cesión porque solo era necesario el acuerdo de la junta general de la sociedad cedente y además, y por último, solo se exigía una única publicación en el BORM y en un diario de gran circulación en el lugar del domicilio social del cedente.

Nos sumamos a la teoría de la “interpretación conforme” de la Tercera Directiva sobre fusiones internas de las sociedades anónimas, que extiende la normativa de la fusión a las denominadas “operaciones asimiladas”. Ésta se impuso de un modo absolutamente coherente desde la destacada y bienvenida Resolución de mayo de 2002, siendo compartida por la generalidad de la doctrina mercantilista.

Entre ellos, Camacho de los Ríos<sup>175</sup> que argumenta el hecho de que a pesar de que la Tercera Directiva se refiera solo a las sociedades anónimas, es evidente que está inspirada por la idea de otorgar la misma protección a socios y acreedores cuando se producen las denominadas “operaciones asimiladas”. También Noval Pato<sup>176</sup> incidió en que el artículo 30 de la Directiva exige que las operaciones asimiladas a la fusión se rijan por los requisitos mínimos que la Directiva dispone para las fusiones. Coincide del mismo modo Fernández del Pozo<sup>177</sup>, rechazando el planteamiento de que el legislador

---

<sup>175</sup> CAMACHO DE LOS RÍOS, J., *Op.cit.* pg.171.

<sup>176</sup> NOVAL PATO, J., *Op.cit.* pg.188

<sup>177</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *Op.cit.* p.325 y ss.

quería desarrollar reglamentariamente el art. 266 LSA a través del artículo 246 RRM. Si bien el artículo 246 RRM puede facilitar esa interpretación, hemos de concluir que la cesión global del patrimonio de una sociedad anónima debe ajustarse a pautas normativas establecidas para los procedimientos de fusión y escisión.

González-Meneses refiere en su crítica<sup>178</sup> el artículo 24 de la Tercera Directiva donde el supuesto descrito recibe el tratamiento legislativo de fusión y se determina que esta operación se someterá a las disposiciones del capítulo II de la Directiva<sup>179</sup>, a la fusión por absorción. El capítulo IV de la Directiva bajo el título “*Absorción de una sociedad por otra que posea el 90% o más de las acciones de la primera*” reúne al artículo 24 que dice así: “*Los estados miembros organizarán, para las sociedades sometidas a su legislación, la operación por la que o varias sociedades se disolverán sin liquidación y transferirán la totalidad de su patrimonio activa y pasivamente a otra sociedad que fuera titular de todas sus acciones y demás títulos acciones y demás títulos que confieran derecho a voto en la junta general. Esta operación se someterá a las disposiciones del capítulo II (...)*”

Así pues, desde ese momento se deberá dejar de utilizar el procedimiento aligerado de la cesión global para la mayoría de la práctica de supuestos de extinción de una sociedad participada al 100% con traspaso de todo el patrimonio a la sociedad matriz en concepto de pago de su cuota de liquidación y se tendrá que volver al más complejo procedimiento propio de las fusiones y con él al artículo 250 LSA<sup>180</sup>, bajo el título “*fusiones simplificadas*” que había dejado de utilizarse por la extensión indebida del artículo 117 LSRL. En definitiva, lo significativo es que dichas operaciones son desde enton-

---

<sup>178</sup> Observando esta postura destaca GONZÁLEZ MENESES, M., en “La cesión global de activo y pasivo como ilusión jurídica colectiva, o de cómo el título IV de la Ley 3/2009 vulnera la Tercera Directiva” en *El notario del siglo XXI*, nº 28, y VICENT CHULIÁ, F., “...en cambio, la extensión del artículo 246 RRM no precede respecto de la S.A, porque lo impide la Tercera Directiva, (Res. DGRN de 22 de mayo, 2002, Publimob, S.A.) en *Introducción al Derecho mercantil*, Op.cit., Epíg.10.

<sup>179</sup> El capítulo IV de la Directiva bajo el título “*Absorción de una sociedad por otra que posea el 90% o más de las acciones de la primera*” comienza con el artículo 24 que remitirá este tipo de operaciones al capítulo II donde se regula la fusión por absorción.

<sup>180</sup> El derogado artículo 250 LSA ha sido sustituido por el artículo 49 LMESM bajo el título: “*fusiones especiales*”, “*absorción de sociedad íntegramente participada*”, dentro del título II referido al estudio de la fusión como operación de modificación estructural.

ces, consideradas como auténticas fusiones en sede de SA y que como tales necesitan de mayores requisitos procedimentales para llevarse a cabo<sup>181</sup>.

Por lo que a partir de ese punto de inflexión, a partir de la resolución determinante de la Dirección general del Registro y Notariado del pasado año 2002 se siguió utilizando la figura de la cesión global para las SRL porque se dio por sentado que el artículo 117LSRL en absoluto vulneraba la III Directiva. La cesión global se trataba de una operación diferenciada de la fusión<sup>182</sup>. Pero con respecto a la sociedad anónima, la cesión global a favor del socio único, cuando éste era otra sociedad, en pago de su cuota de liquidación, había que reconducirla necesariamente al régimen del artículo 250 LSA. A la fusión recogida en este artículo se le denominaba fusión aligerada en referencia a la disminución de trámites que conllevaba con respecto a los requeridos para las fusiones genéricas: elaboración y depósito del proyecto de fusión (art. 235 y ss. LSA), necesidad del balance de fusión de las sociedades intervinientes y auditado cuando sea necesario (art.239 y ss. LSA), informe de los administradores de las sociedades que participan en la fusión (art. 237), publicación de la totalidad de anuncios del acuerdo de fusión: tres veces en el BORME y en dos periódicos de gran circulación de las provincias en las que cada una de las sociedades tengan su domicilio (art. 242 LSA) y celebración de junta general de las dos sociedades (art. 240LSA).

González-Meneses,<sup>183</sup> al que secundamos plenamente en su crítica, califica la situación anterior a 2002 como de “*sueño colectivo, al que tras una serie de dudas iniciales fuimos sucumbiendo todos bajo la poderosa sugestión del artículo 117 de la LSRL*”

---

<sup>181</sup> El artículo 250 refería (como se ha dicho en la nota a pie de pg. N° 79) que no eran necesarios, al tratarse de supuestos de fusiones simplificadas, los informes de los administradores y expertos sobre el proyecto de fusión. Pero, a pesar de esa relajación, por el hecho de tratarse de una fusión, se exigían mayores requisitos que los enunciados en el artículo 117 LSRL que, por ejemplo, no nombraba entonces ningún proyecto de cesión, ni aludía a la celebración de la junta de las dos sociedades para acordar la fusión, ni solicitaba la publicación de tantos anuncios como en el caso de la fusión.

<sup>182</sup> La operación de cesión global de activo y pasivo se había prestado a confusión con las fusiones simplificadas antes de la publicación de la LMESM. Con la llegada de la misma y la concreción y desarrollo legal correspondiente, será muy difícil utilizar la cesión global para evitar la normativa de otras operaciones de modificación estructural como la fusión o la escisión, que son más rígidas en su régimen normativo. Las fusiones especiales aparecen claramente reguladas en el Título II de la LMESM y se distancian de la cesión global.

<sup>183</sup> González-Meneses en “La cesión global de activo y pasivo como ilusión jurídica colectiva, o de cómo el título IV de la Ley 3/2009 vulnera la Tercera Directiva” en *El notario del siglo XXI*, n° 28 (2009) considera que “*este abrupto despertar del año 2002 tras el topetazo con la olvidada Tercera Directiva solo nos abrió los ojos parcialmente*” bajo el título “*El primer desengaño*”.

de 1995”, y que tuvo ya un primer y sobresaltado despertar con la célebre resolución de la DGRN de 22 de mayo de 2002, a la que califica como “el primer desengaño”. Dicha resolución sería ratificada posteriormente por la resolución de la DGRN de 6 de mayo de 2004 en la que la DGRN mantendrá la misma postura doctrinal.

Según González Meneses, el régimen de la llamada “cesión global de activo y pasivo” constituye el objeto de una verdadera ilusión colectiva que dura ya más de quince años y en la que viene participando el conjunto de nuestra comunidad jurídica nacional incluyendo al propio legislador.

Esta ilusión o sueño colectivo consiste en pensar que nuestra ley podía y puede crear un nuevo tipo de “modificación estructural” – la cesión global de activo y pasivo– como algo independiente y al margen de la normativa general sobre fusiones y escisiones y de los requisitos imperativos que para éstas derivan del derecho comunitario, fundamentalmente de la Tercera y la Sexta Directivas.

La LMESM confirma en su artículo 53, el criterio doctrinal de la DGRN de 2002 y dedica este artículo a lo que en su día calificó dicha resolución como fusión y no como cesión global de activo y pasivo, que era como había sido considerada erróneamente. La extinción de una sociedad íntegramente participada con traspaso en bloque de todo su patrimonio a la sociedad matriz se considera por la regulación actual de la Ley como un supuesto de fusión bajo el título: “Operación asimilada a la fusión”<sup>184</sup>. Por lo tanto, en ningún caso, esta operación puede ser tratada por otro procedimiento que no sea el simplificado del artículo 49 de la fusión y nunca a través del procedimiento de la cesión global de activo y pasivo porque la ley es concluyente y deja zanjado que se trata de una fusión propiamente dicha.

González Meneses expresa en la crítica<sup>185</sup> que realiza sobre este aspecto que por fin se ha dado cuenta nuestro legislador de que en el marco de la Tercera Directiva el supuesto del antiguo artículo 250 LSA y hoy artículo 49 LMESM aún se puede simplificar más, porque el capítulo IV de la Tercera Directiva, dedicado a la absorción de una sociedad por otra que posea el 90% o más de las acciones de la primera, permite que

---

<sup>184</sup> Art. 53 LMESM: Operación asimilada a la fusión: “También constituye una fusión la operación mediante la cual una sociedad se extingue transmitiendo en bloque su patrimonio a la sociedad que posee la totalidad de las acciones, participaciones o cuotas correspondientes a aquella”.

<sup>185</sup> GONZÁLEZ MENESES, M., en “La cesión global de activo y pasivo como ilusión jurídica...”, *Op.cit.* pg. 32.

para tal supuesto los estados destinatarios dispensen la necesidad de acuerdo de junta de la sociedad absorbente, siempre y cuando arbitren un procedimiento para que los socios que alcancen un determinado porcentaje mínimo del capital de la sociedad absorbente puedan solicitar, si lo consideran conveniente para sus intereses, la convocatoria de la junta de ésta. De este modo, según González Meneses, se hace uso de esta dispensa en la norma del artículo 51 LMESM, que viene a suavizar el rigor introducido por el artículo 53 LMESM.

#### IV REGULACIÓN ACTUAL DE LA CESIÓN GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO EN LA LMESM: DELIMITACIÓN CONCEPTUAL, NATURALEZA JURÍDICA Y CARACTERIZACIÓN

##### **1. Delimitación conceptual**

La regulación actual de la cesión global de activo y pasivo en nuestra LMESM se justifica a partir de los antecedentes históricos señalados.

Es destacable en primer lugar y una novedad absoluta la regulación diferenciada de esta figura en el plano societario como una verdadera operación de modificación estructural típica en un título de la LMESM diferenciado para posibilitar la transmisión de empresas en la nueva ley de modificaciones estructurales, la cual le dedica un título completo a su regulación, el título IV, en los artículos 81 a 91LMESM. Dichos artículos no han sido objeto de modificación legal desde la entrada en vigor de la Ley, sin embargo, dado que la cesión se remite a la fusión en determinados aspectos (requisitos necesarios para la adopción del acuerdo de cesión, derecho de oposición de los acreedores e impugnación de la cesión) y la misma sí ha sufrido modificaciones; es por ello que la cesión global aparecerá modificada en esos extremos respecto de su regulación inicial.

Tras la problemática acaecida con anterioridad a la LMESM, resurge esta operación societaria con mucha fuerza y con una identidad propia. Antes de la llegada de la Ley tuvo un insuficiente desarrollo legal lo que impidió por lo tanto un estudio detallado de la figura. Se constituye actualmente como una modificación estructural más, con el objeto de conservar las empresas mediante su reestructuración. De hecho, la nueva operación de cesión global se articula con su propio régimen jurídico y solo se remite de forma supletoria a la operación de la fusión en tres aspectos específicos: el proyecto de cesión, el derecho de oposición de los acreedores y la impugnación de la cesión.

La LMESM crea una operación societaria a modo de instrumento legal para la venta o transmisión de empresas a los operadores económicos del mercado, tratando de lograr así una mayor competitividad de las mismas en nuestro mercado. Para ello, se lleva a cabo un procedimiento societario en el que se realiza un cambio en la titularidad del patrimonio objeto de cesión que pasa al cesionario o cesionarios a cambio de una contraprestación y se produce, por lo tanto, una alteración de la estructura patrimonial de la sociedad cedente. Todo ello con el efecto de la sucesión universal en cuanto al modo de transmisión del patrimonio, lo cual facilita y flexibiliza mucho la operación superando las distintas transmisiones que de modo individual se realizarían en una sucesión particular y, por tanto, sin necesidad de contar con el consentimiento individual de las diferenciadas contrapartes en todas las relaciones jurídicas en curso<sup>186</sup>. Igualmente, dicha cesión no implicará obligatoriamente la extinción de la sociedad cedente.

La operación de cesión global responde al principio general de conservación de la empresa pues la cesión puede actuar como un mecanismo alternativo ante un concurso de acreedores o bien para solucionar el concurso.

Una de las grandes novedades de la Ley 3/2009 consiste en la inclusión de la cesión global de activo y pasivo (arts. 81 a 91) entre las modificaciones estructurales: transformación, fusión, escisión y traslado internacional del domicilio social. Así, junto a las tres primeras constituye un nuevo mecanismo para facilitar la transmisión de una empresa. La LMESM ha incorporado a la categoría de modificación estructural la cesión global del activo y del pasivo, como operación de reorganización empresarial. La

---

<sup>186</sup> JURADO RODRÍGUEZ, A.B., MARTÍNEZ MARTÍNEZ, P.J., DOMÍNGUEZ LEANDRO, J., *Prácticum sociedades mercantiles*, 2014



cesión global, hasta la llegada de la reforma, se encontraba regulada por la anteriormente vigente LSRL como una forma especial y abreviada de liquidación de las sociedades de capital consistente en sustituir los distintos actos de liquidación del patrimonio de la sociedad disuelta por un único negocio de transmisión o cesión de todos los derechos, bienes y obligaciones de la sociedad a favor de uno o varios socios o terceros (v. art. 117 ya derogado). En virtud del art. 117 LSRL podíamos definir esta modalidad de cesión, como la transmisión universal y de un solo golpe (*uno ictu*) por acto inter vivos y a título oneroso que realiza la sociedad a favor de un socio o de un tercero. En nuestro derecho constituyó una auténtica novedad la regulación que del mismo hizo la LSRL en su artículo 117.1. Pero el legislador de 1995 no se dignó entonces en pronunciar respecto de la misma de forma expresa las solemnes palabras “sucesión universal” que utilizaría tras la reforma que sufrirá la misma en la LMESM.

Como expresa el Preámbulo de la Ley, “destaca el ingreso de la cesión global de activo y pasivo entre esas modificaciones estructurales, rompiendo amarras con aquella concepción que limitaba esta operación al ámbito propio de la liquidación y, al mismo tiempo, proporcionando un instrumento legislativo más para la transmisión de empresas”. De esta forma la LMESM supera la antigua concepción restrictiva de la cesión global otorgándole una funcionalidad mayor. Ahora la LMESM (como ya lo hiciera el Proyecto de Código de Sociedades Mercantiles de 16 de mayo de 2002 elaborado por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación<sup>187</sup>) no la circunscribe a un tipo de liquidación, sino que le otorga una auténtica y cabal carta de naturaleza de modificación estructural<sup>188</sup>.

Comparativamente con las fusiones y escisiones, por la menor exigencia de requisitos formales para su ejecución, resulta además de novedosa, una operación realmente atractiva con respecto a la fusión y a la escisión. Sin embargo, la doctrina ha des-

---

<sup>187</sup> La propuesta de Código de Sociedades Mercantiles fue preparada por la Comisión General de Codificación, aprobada el 16 de mayo de 2002 y publicada en noviembre. Ha sido la modificación legal más ambiciosa en nuestro derecho mercantil desde la aprobación del Código de Comercio el 22 de agosto de 1885. El citado documento es el resultado de casi ocho años de trabajo -el Ministerio de Justicia encomendó su elaboración el 25 de febrero de 1994- de los profesores D. Fernando Sánchez Calero, D. Alberto Bercovitz y D. Ángel Rojo, todos ellos prestigiosos catedráticos de Derecho Mercantil de incuestionable autoridad jurídica.

<sup>188</sup> ANSÓN PERIONCELY, R., “Cesión global de activo y pasivo”, en *La reestructuración empresarial... Op.cit.* pg. 60.

tacado recientemente que esa relajación de requisitos puede suponer una merma o deficiencia en el régimen jurídico de esta operación<sup>189</sup>, como analizaremos a continuación en cada uno de sus aspectos.

La LMESM caracteriza la cesión global como una transmisión en bloque, por parte de una sociedad cedente inscrita en el Registro Mercantil, de todo su patrimonio por sucesión universal, traspasándose al cesionario en un solo acto todos los derechos y obligaciones que integran el patrimonio de la cedente, pero sin que dicha transmisión deba estar vinculada necesariamente a un proceso de disolución, liquidación y extinción de la sociedad cedente (art.81.1 LMESM). Como novedad de la Ley, no tiene porqué extinguirse la sociedad cedente, de modo que la misma puede seguir desarrollando su mismo objeto social o podría cambiar de objeto social en virtud de la nueva estructura empresarial que puede crear desde la recepción de la contraprestación económica propia de la operación. En base a la recepción de esa contraprestación, la sociedad conformará un nuevo patrimonio para seguir ejecutando su objeto social o bien, modificar el mismo y acometer otra empresa.

Por lo tanto se transmite la totalidad de una empresa en una sola operación, se trata de una operación de enajenación de empresa, esto es, de la transmisión de la totalidad de activo y del pasivo de la misma a uno o varios socios o terceros<sup>190</sup> y no se separan cada uno de los elementos patrimoniales que conforman la misma, ello supone una menor complejidad en el desarrollo del procedimiento. Se realiza una transmisión del patrimonio social en bloque, se transmite un todo a título universal “*uno actu*” las relaciones personales y reales que forman parte del patrimonio de la sociedad cedente<sup>191</sup>. La

---

<sup>189</sup> Entre los autores que mantienen la misma postura sobre la relajación de requisitos formales y deficiencia que muestra el régimen jurídico de la cesión global, podemos relacionar a ALONSO UREBA, A. “La cesión global de activo y pasivo: elementos...”, *Op. cit.* pgs. 19-43.

ÁVILA NAVARRO, P., *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: Ley 3/2009*, 2 vols., 2009, pg. 560; CONDE TEJÓN, A., “Procedimiento aplicable a la cesión global de activo y pasivo y efectos” en *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, vol. II. pgs. 673 a 721, (Coord. RODRIGUEZ ARTIGAS, F.), 2009 y en RdS, núm.33, 2009, pgs. 387-397; y GONZÁLEZ MENESES, M., en “La cesión global de activo y pasivo como ilusión jurídica colectiva...” *Op. cit.*80.

<sup>190</sup> MADRID PARRA, A., y ALVARADO HERRERA, L., “Fusión, escisión y cesión global de activo y pasivo. Traslado internacional del domicilio social”, cap.21, en *Derecho Mercantil*, vol. 3º Las sociedades mercantiles de Jiménez Sánchez, G.J. y Díaz Moreno, A (Coords.), 2014, pg. 701.

<sup>191</sup> Las sucesiones pueden ser a título universal, transmitiendo todo el patrimonio, o una parte ideal de éste, sin especificar, o a título singular (uno o varios bienes específicos). También puede ser inter vivos (entre personas vivas) o mortis causa (cuando la transmisión del dominio ocurre luego de la muerte

cesión global que contempla la LMESM no refiere la transmisión de un conjunto patrimonial que se encuentra inerte, pues dicho patrimonio se encuentra organizado empresarialmente.

Dicha operación supone un precio que, en principio, siempre será superior a la venta separada de los elementos de la sociedad. Esto es debido a que lo que se transmite es una empresa en funcionamiento y de este modo la misma adquiere mayor valor en su totalidad. La cesión global, pues, que contempla la Ley no es la mera transmisión de un conjunto patrimonial inerte. Se trata de un patrimonio empresarialmente organizado<sup>192</sup>.

Mediante la cesión global se transmite o cede todo el patrimonio de una sociedad al cesionario, que puede ser uno o varios socios o terceros (beneficiarios), es decir, una sociedad acuerda con otra transmitirle mediante precio todo su patrimonio compuesto por la totalidad del activo y el pasivo, de modo que el cesionario reciba toda la empresa de la sociedad vendedora, a la que entrega el precio pactado. Junto a la fusión y a la escisión, la cesión global de activo y pasivo constituye otra modificación estructural con el objeto de transmisión de una empresa. Supone un cambio radical en la estructura patrimonial de la sociedad pues se sustituye la empresa de la que era titular, por dinero u otros activos, que a partir de entonces deberán ser utilizados para el desarrollo de su objeto social o, en su caso, para acometer un cambio en el mismo.

A partir de la entrada en vigor de la Ley, se permite que una sociedad transmita en <sup>193</sup>bloque todo su patrimonio a otra u otras por sucesión universal a cambio de una contraprestación que no podrá consistir en acciones, participaciones o cuotas del cesionario. La LMESM es muy tajante en este sentido y trata así de diferenciar esta operación de otras como la fusión<sup>194</sup> o la escisión en las que las sociedades fusionadas o escindidas siempre van a recibir como contraprestación acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias. El tipo de contraprestación recibido es una línea de separación necesaria y un requisito de ineludible valor pues sino la operación de cesión global estaría asemejada p.ej. a la escisión total en cuanto que en esta operación

---

del causante, a quien se va a suceder (herencia). Puede ocurrir la combinación de estas clasificaciones. La sucesión inter vivos a título particular, se da en los casos de compra venta, permuta o donación. La sucesión universal mortis causa ocurre en la herencia, y la sucesión particular mortis causa, en los legados.

<sup>192</sup> JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J., "*Derecho Mercantil I*", vol. 2º, 2010, pg. 343.

<sup>193</sup> En este sentido, *2000 soluciones sociedades mercantiles*, 2012.

<sup>194</sup> El traspaso en bloque del patrimonio social a la sociedad que posee la totalidad de las acciones o participaciones constituye una fusión (art. 53 LMESM)

se divide todo el patrimonio en dos o más partes y el mismo también se traspasa en su totalidad a una sociedad beneficiaria. La diferencia estaría pues en que en la escisión total se recibe a cambio acciones, participaciones o cuotas y en la cesión global dinero. El legislador trata de impedir que la cesión global pueda ser utilizada como vía para la creación o reorganización de un grupo mediante la participación de la sociedad cedente en el capital de la sociedad cesionaria<sup>195</sup>.

Igualmente, la regulación sobre la cesión global recogida en la LMESM y en el RRM de modo unitario refieren dicha operación a todos los tipos de sociedades, no solo a la sociedad anónima. La problemática histórica arriba relacionada sobre la aplicabilidad o no de la cesión global a la sociedad anónima queda absolutamente superada pues la nueva regulación dispone un régimen general de cesión global de activo y pasivo que se aplicará a todo tipo de sociedades mercantiles sin considerar el tipo social que ostente la sociedad cedente superando la situación anterior a la LMESM.

Desde que se produjo la entrada en vigor de la Ley, el régimen inicial de la cesión no se ha modificado en su articulado si bien han variado determinados aspectos de la misma, aquellos en los que se remite a la fusión, debido a la modificación legal que ha sufrido esta última<sup>196</sup>.

Ansón Peironcelly y Garrido de Palma<sup>197</sup> destacaban que no se disponía de datos estadísticos sobre la cesión global desde la entrada en vigor de la LMESM, ya que el Registro Mercantil Central ofrecía datos sólo sobre las operaciones de transformación y fusión. Sin embargo, en la actualidad ya se dispone de la totalidad de los datos numéricos. Los relacionamos a efectos de tener una visión estadística de la realización de la cesión global estableciendo al mismo tiempo la comparativa con la ejecución del resto de operaciones de modificación estructural y la evolución en su desarrollo desde la publicación de la Ley en 2009. La gran mayoría de operaciones se llevan a cabo en Madrid

---

<sup>195</sup> Comenta este extremo ALONSO UREBA, A., *Op.cit.* pg.36.

<sup>196</sup> Dicha modificación ha sido motivada por la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital.

<sup>197</sup> ANSÓN PEIRONCELY, R. “Cesión global de activo y pasivo”, y GARRIDO DE PALMA, V.M. “Introducción general. La modificación estructural” en AA.VV. (BANACLOCHE PÉREZ, J. y ARANGUREN URRIZA, F.J.), *Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, 2013, pgs. 32 y 262.

y Barcelona<sup>198</sup>. En el pasado año 2014, el RMC ofrece la totalidad de realización de 3.499 operaciones de modificación estructural que se articulan del siguiente modo:

Cesión global de activo y pasivo: 20 cesiones, representativas del 0'57% del total de operaciones de modificación estructural.

Transformaciones: 1308, representando un 37'38%

Fusiones por absorción: 1.706, representando un 48'76%

Fusiones por unión: 50, representativas de un 1'43%

Escisiones totales o propias: 125, representativas de un 3'57%

Escisiones parciales o impropias: 290, representativas de un 8'29%

Observamos pues que es la cesión global de activo y pasivo la operación que en menor medida se ejecuta conscientes de la importancia que a partir de estos datos reúne este estudio que pretende analizar en profundidad la operación destacando con una visión crítica las dificultades e insuficiencias existentes en su regulación legal, la menor atención que le dedica el legislador con respecto al resto de operaciones de modificación estructural, la necesidad de remisión a la operación de fusión, y su injustificado y diferenciado tratamiento fiscal, detonante definitivo que ha perjudicado la realización de la operación objeto de nuestro estudio. A partir de esta realidad, proponemos cambios necesarios y significativos que consideramos llevarán a propiciar un incremento en su realización. Todos ellos no son objeto de observancia en la regulación del actual Anteproyecto de Ley del Código Mercantil, si bien el mismo y de modo objetivo mejora en alguna medida su regulación actual produciendo un incremento en la seguridad jurídica de la operación.

Es llamativo el descenso numérico progresivo de cesiones globales desde el año 2009, año de publicación de la Ley en el que la operación fue mejor acogida realizándose entonces un total de 143 operaciones, representativas de un 2'95% del total. Desde ese año inicial, la cesión global ha estado disminuyendo de forma que en el año 2010 se realizaron 27; en 2011, 19; en 2012, 14; en 2013, 30 y en el pasado año 2014, 20.

---

<sup>198</sup> Datos proporcionados por RMC.es. Estadísticas. Se encuentran recogidos en el apartado Anexo III. Estadísticas.

## **2. Naturaleza jurídica: doble condición contractual y societaria de la cesión global de activo y pasivo**

Consideramos que la operación de cesión global de activo y pasivo tiene dos proyecciones: por un lado se concibe como una operación societaria de modificación estructural y desde otra perspectiva, puede ser considerado como un negocio de transmisión patrimonial, es decir, como un contrato.

El objeto de la inclusión de la operación de cesión global de activo y pasivo en la LMESM es el tratamiento y regulación de la cesión global como operación societaria de modificación estructural que conlleva una alteración sustancial en el patrimonio de dicha sociedad cedente y que afectará a colectivos que deberán ser adecuadamente protegidos. La cesión global se desarrolla a través de un procedimiento societario previsto de garantías que contribuyen a salvaguardar los derechos de las partes y colectivos implicados en el mismo: socios, acreedores y trabajadores. Desde la perspectiva societaria, la cesión global de activo y pasivo es pues una operación de modificación estructural típica para la sociedad cedente que se lleva a cabo mediante un procedimiento societario predeterminado e imperativo gracias al cual se consigue el efecto patrimonial deseado de ceder en bloque el patrimonio de la misma mediante sucesión universal, alterándose la estructura patrimonial de la sociedad cedente. La LMESM introduce la cesión global como una operación de modificación estructural típica más, dotándola de autonomía propia y ampliando así el elenco de las modificaciones estructurales. Ésta, junto a otras operaciones que ya eran consideradas antes de la llegada de la Ley como modificaciones estructurales: la transformación, fusión y escisión conforman junto al traslado internacional del domicilio social el contenido de esta Ley mercantil especial. En el Preámbulo de la Ley se definen las modificaciones estructurales como alteraciones de la sociedad que superan las modificaciones estatutarias afectando a la estructura patrimonial o personal de la sociedad. Esta transmisión patrimonial se realiza mediante el efecto de sucesión universal, constituyendo la misma un mecanismo muy eficaz para la transmisión de empresas que facilitará de forma considerablemente la realización de la adquisición patrimonial evitando que se realicen por separado las distintas transmisiones de los

elementos que componen el patrimonio siendo éste objeto de una única transmisión en bloque. De esta forma, ya no se aplicarán las distintas normas correspondientes para la transmisión de cada uno de los elementos que integran el patrimonio empresarial. El cesionario, una vez concluida la operación mediante la sucesión universal, se subrogará en la posición de la sociedad cedente asumiendo de modo automático los derechos y obligaciones de ésta. De este modo, la operación de cesión global de activo y pasivo se regula mediante el procedimiento societario establecido en la LMESM.

Pero no podemos obviar en nuestro estudio que la operación de cesión global de activo y pasivo se desarrolla también bajo un marco contractual que pasamos a analizar a continuación. Partimos de la siguiente afirmación: la LMESM no impide considerar a la cesión global como un contrato bilateral y oneroso mediante el que una sociedad puede transmitir su patrimonio empresarial a cambio de una contraprestación. Se trata de un contrato integrado en el procedimiento societario que regula la LMESM. El hecho de que la sociedad mercantil sea la cedente o la parte transmitente otorga también un carácter societario a dicho contrato pues en virtud del mismo se realiza un negocio de transmisión patrimonial de la sociedad cedente al cesionario. La operación de cesión global comporta un negocio de transmisión patrimonial y esto es lo que confirma la naturaleza contractual de la operación, a la que se suma su ya indudable naturaleza societaria pues se configura, como ya sabemos, como una operación de modificación estructural regulada en la LMESM.

La cesión global supone en todo caso la celebración de un negocio de transmisión patrimonial con carácter atípico, bilateral y oneroso que tiene el formato propio de una compraventa y en el que por lo tanto siempre hallaremos dos partes: la parte cedente y la parte cesionaria que recibe la transmisión en bloque de todo su patrimonio a través de un contrato. Dicho contrato consta de los elementos esenciales necesarios para su ejecución, conforme al art. 1254 CC según el cual *“el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio”*. Por ello, y de conformidad con las normas que son aplicables a las obligaciones y contratos, cuando se den todos los elementos necesarios en el contrato: nacerá pues el vínculo contractual entre sociedad cedente y cesionario. El artículo

1261 CC determina cuales son los requisitos esenciales para la validez de los contratos: el consentimiento de los contratantes, el objeto cierto que sea materia del contrato y la causa de la obligación que se establezca. Para dar riguroso cumplimiento a ello, ambas partes: cedente y cesionario, deberán convenir el objeto de la operación y el precio, prestando su consentimiento sobre la transmisión y adquisición del patrimonio empresarial por un precio, respectivamente. Para poder llevar a cabo dicho contrato, será necesario la observancia de las formalidades descritas en el procedimiento societario establecido por la LMESM para la operación de cesión global de activo y pasivo. Por ello, una vez se hayan cumplido todos los requisitos mencionados, surgirá el vínculo contractual entre cedente y cesionario, lo cual puede haber tenido lugar antes del otorgamiento de escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil (art. 89LMESM). En este sentido, el art. 1279 CC dispone, con respecto a la eficacia contractual, que si la Ley exigiere el otorgamiento de escritura u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, (que es, en definitiva, lo que establece el art. 89 LMESM), los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez.

Al estar observando la operación de cesión global desde el punto de vista contractual, podríamos llegar a considerar la similitud existente entre este contrato y el de una compraventa cuyo objeto fuera la totalidad de un patrimonio empresarial. La diferencia fundamental entre ambos contratos radica en que en la cesión global de activo y pasivo las partes no solo pretenden la transmisión patrimonial, objeto del contrato, sino que también se producirá el efecto de la sucesión universal tras la inscripción de la escritura pública de la cesión global en el Registro Mercantil correspondiente<sup>199</sup>.

Sin embargo, hemos de decir que la LMESM no se ocupa, como veremos, del aspecto negocial o contractual que supone la realización de la cesión global, ni regula los intereses de las partes intervinientes, pues su único objeto es el cumplimiento de las formalidades establecidas a lo largo de la regulación societaria de su procedimiento. Lo indispensable en este caso es que las partes observen la regulación del procedimiento

---

<sup>199</sup> La consideración de la cesión global de activo y pasivo desde un punto de vista contractual es objeto de estudio detallado por parte de CONTRERAS DE LA ROSA, I., en “Cesión global de activo y pasivo. Aspectos contractuales y societarios”, *RdS*, nº 41, pg. 177.



societario para que así se pueda lograr el efecto de transmisión por sucesión universal y, al mismo tiempo, se logre la protección de los terceros que puedan verse afectados por el procedimiento, considerándose de este modo exclusivamente la cesión global desde el punto de vista de operación societaria de modificación estructural.

Contreras de la Rosa<sup>200</sup> destaca en su elevado estudio sobre la perspectiva contractual de la operación de cesión global de activo y pasivo que en la cesión global de activo y pasivo se destacan los caracteres arriba señalados que califican a dicho contrato como:

- Un contrato atípico o innominado puesto que no se encuentra recogido en la legislación vigente que no encuentra asiento en ningún contrato típico o nominado pero y con los requisitos básicos que todo contrato debe tener, entre los cuales destacamos la buena fe de los contratantes, una voluntad contractual por ambas partes, la capacidad contractual de los mismos, y la inexistencia de vicios que hagan que el contrato pueda ser nulo o anulable.

- Un contrato bilateral sin lugar a dudas puesto que la transmisión de la empresa se realiza por medio de un acuerdo o contrato en el que hay dos partes intervinientes: cedente y cesionario. El cedente deberá ser una sociedad mercantil regular según dispone tanto el art. 81.1 como la Disposición Adicional 2ª de la LMESM. En cambio, hay gran libertad en la figura del cesionario pues, a diferencia de lo que sucede en otras modificaciones estructurales, no necesariamente tendrá que ser una sociedad mercantil: podrá ser persona física o jurídica, e incluso socio de la sociedad cedente o un tercero. Como se verá más adelante, puede haber más de un cesionario según establece el art. 82 LMESM. Ambos, cedente y cesionario/s acuerdan la transmisión del negocio: de la totalidad del activo y pasivo a cambio de una contraprestación, que culmina en la celebración de un contrato de cesión de activo y pasivo que, atendiendo al art. 89 LMESM, deberá otorgarse en escritura pública por las partes contratantes e inscribirse en el RM de la sociedad cedente para poder lograr su eficacia. Según Contreras de la Rosa,<sup>201</sup> todo el desarrollo del régimen legal de la operación societaria de cesión global de activo y pasivo está encaminada al cumplimiento de unos requisitos imprescindibles para la

---

<sup>200</sup> CONTRERAS DE LA ROSA, I., *Op.cit.* pg. 42 y ss.

<sup>201</sup> CONTRERAS DE LA ROSA, I., *Ibidem.* pg. 42 y ss.

formación de este contrato atípico que, en aquello que no esté dispuesto por la LMESM, se regirá de modo subsidiario por las normas generales de obligaciones y contratos.

-Y un contrato oneroso, que exige la recepción de una contraprestación por parte del cesionario o cesionarios a la sociedad cedente a cambio del patrimonio cedido, de la transmisión de la empresa. Dicha contraprestación se determina en el art.81 LMESM, que define la operación de cesión global, añadiendo que ésta en ningún caso podrá consistir en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario. De esta manera, se delimita en cierto modo el tipo de contraprestación, pero se dejan abiertas las posibilidades dinerarias o no dinerarias sobre lo que sí podría constituir una contraprestación en la operación de cesión global de activo y pasivo. Otro dato nos lo proporciona el art. 81.2 LMESM al referir que si la contraprestación se recibe total y directamente por los socios, la cesión global tendrá un carácter extintivo para la sociedad cedente. La contraprestación debe ser mencionada igualmente en el proyecto de cesión global (art. 85.1LMESM) especificando si la recibe la sociedad o los socios y en este último caso, el criterio en el que se funde el reparto a los mismos.

Antes de la publicación de la LMESM, autores como Camacho de los Ríos<sup>202</sup> ya atribuían este doble carácter a la operación: *“...la cesión global de activo y pasivo es para nosotros ante todo un negocio jurídico societario, que afecta a la sociedad y a los socios por una parte y en el que, además, intervienen dos partes: el cedente y el cesionario (o cesionarios) que, a través de un acuerdo de voluntades, concretan un negocio jurídico traslativo de propiedad, pues con independencia de que su fin sea o no liquidatorio, a través de la cesión se opera un desplazamiento del activo y el pasivo de la sociedad cedente a un tercero o terceros cesionarios; tratándose por tanto de un acuerdo de carácter oneroso, por cuanto el cesionario o cesionarios deberán realizar la contraprestación en los términos convenidos y se excluye la gratuidad”*.

Tras la LMESM, la doctrina generalizada admite igualmente esta doble naturaleza.

---

<sup>202</sup> CAMACHO DE LOS RÍOS, J., *Op.cit.*, pgs. 25 y 26.

La doctrina sí coincide en que la cesión global de activo y pasivo no solo presenta un aspecto corporativo para la sociedad cedente y para sus socios sino que también tiene un aspecto puramente contractual, de negocio de enajenación patrimonial de carácter bilateral o sinalagmático, de *do ut des*, en definitiva, una compraventa o permuta, aunque tenga un objeto muy complejo. Se señala que la naturaleza de la cesión global que contempla la LMESM es la de un negocio similar a la compraventa, en el cual se intercambia un conjunto patrimonial por una cantidad de dinero o por otros bienes que no atribuyen a la sociedad cedente o a sus socios la condición de partícipes en el capital del cesionario, en el caso de ser éste una sociedad<sup>203</sup>.

Autores como Ansón Peironcely<sup>204</sup> argumenta que la cesión global de activo y pasivo es un negocio jurídico de carácter patrimonial en el que el conjunto de relaciones jurídicas en el que el conjunto de relaciones jurídicas cumplen los requisitos para la existencia de un contrato (art. 1254 CC). Añade el autor que un aspecto singular del contenido de estas relaciones contractuales es que uno de sus componentes es la ejecución de una operación societaria sujeta a normas de carácter imperativo. Precisamente, gracias a este contrato se podrá dar solución a las deficiencias de la regulación procedimental de la cesión global pues las partes intervinientes regularán ahí las situaciones no contempladas por la LMESM. Consideramos este punto de vista especialmente relevante como vía para poder solucionar o completar desde el punto de vista contractual y mediante la asunción de compromisos por ambas partes, cedente y cesionario, todas las carencias que muestre el procedimiento societario y que haya que resolver con precisión antes del otorgamiento de la escritura de cesión.

Contreras de la Rosa<sup>205</sup> comparte la misma opinión expresando que la cesión global de activo y pasivo es un negocio jurídico patrimonial pero el mismo no sería po-

---

<sup>203</sup> En este sentido, GONZÁLEZ MENESES, M y ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., en “Cesión global de activo y pasivo”... *Op.cit.* pg. 452. También, CONDE TEJÓN, A., “Procedimiento aplicable a la cesión global...”, *Op.cit.* pág 715.

<sup>204</sup> ANSÓN PEIRONCELY, R. “Cesión global de activo y pasivo” en *La reestructuración empresarial y las modificaciones estructurales...* pg. 259.

Resulta llamativo que en la edición posterior del año 2013, bajo el título *Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles* ya no mantenga el autor la redacción del apartado XII: “Una posible solución a las deficiencias del actual régimen jurídico de la CGAP: el contrato de cesión global de activo y pasivo”, obviándola en esta posterior edición dentro del estudio que vuelve a realizar incluso con mayor detalle sobre la operación de cesión global de activo y pasivo.

<sup>205</sup> CONTRERAS DE LA ROSA, I., *Op.cit.* pg.88.

sible sin la existencia de un procedimiento societario que se encaja a lo largo del desarrollo de la vida del contrato de cesión global y que vinculará a la sociedad cedente y al cesionario o cesionarios, tal como deja entrever la propia LMESM. Igualmente resulta llamativo para la autora el hecho de que el legislador le confiera escasa importancia al aspecto contractual de la operación a pesar de su gran relevancia.

### **3. Caracterización de la cesión global en la Ley de modificaciones estructurales en las sociedades mercantiles**

#### **3.1. Concreción y mayor autonomía en la regulación legal de la cesión global de activo y pasivo**

Como hemos podido observar, gracias a la LMESM, la cesión global adquiere una configuración propia y diferenciada de operaciones como la fusión y la escisión y está dotada de una mayor concreción y rigor en sus características y requisitos frente a la regulación anterior en la LSA y en la LSRL, en las cuales la operación de cesión global no quedaba suficientemente definida y con rasgos caracterizadores poco precisos.

#### **3.2. La cesión global es una operación con funcionalidad polivalente**

Una novedad que aporta la LMESM en su artículo 81.1 es que la cesión global es una operación polivalente<sup>206</sup> que ya no va unida a la disolución y extinción de la sociedad como ocurría antes de la promulgación de la Ley. Recordemos que el artículo 117 LSRL la trataba en la sección 2ª del capítulo X, titulado “*De la disolución y liquidación*”, y limitaba esta operación para la liquidación de las sociedades de responsabilidad limitada, mediante un procedimiento de liquidación abreviado que lograba una extinción más rápida de las sociedades. Igualmente sucedía con el antiguo artículo 266 LSA y con el artículo 246 RRM que regulaba la cesión global del activo y del pasivo

---

<sup>206</sup> GARDEAZABAL DEL RÍO, F.J. *La cesión global del activo y pasivo tras la Ley 3/2009 de 3 de abril, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles* en *Homenaje a Víctor Manuel Garrido de Palma* / coord. por José Carlos Sánchez González, Francisco Javier Gardeazábal del Río, Pedro Garrido Chamorro, 2010, pg. 1295.

en el capítulo VIII bajo el título: “*De la disolución y liquidación de sociedades y del cierre de la hoja registral*”.

La Exposición de Motivos señala esta novedad en la cesión global no limitando ahora la misma a su anterior y exclusiva función liquidatoria: “*rompiendo amarras con aquella concepción que limitaba esta operación al ámbito propio de la liquidación*”, eliminando así la limitación funcional que entonces tenía dicha operación.

Del mismo modo lo hizo anteriormente el Proyecto de Código de Sociedades Mercantiles de 16 de mayo de 2002 elaborado por la sección de Derecho Mercantil de la Comisión general de Codificación. En este sentido, Jiménez Sánchez<sup>207</sup>, expresa que “la Ley 3/2009 contempla la cesión global para las sociedades inscritas (arts.81 a 91), incluidas las sociedades en liquidación, que podrán ceder globalmente su activo y pasivo siempre que no hubiera comenzado la distribución de su patrimonio entre los socios”. En el supuesto descrito del art. 81.1 LMESM, la sociedad cedente sigue existiendo aunque haya realizado una venta o transmisión en bloque de todo su patrimonio por sucesión universal a uno o a varios socios o terceros a cambio de una contraprestación con valor económico real. Una sociedad puede transmitir todo su patrimonio sin que sea necesaria su extinción.

### **3.3. La transmisión se realizará por sucesión universal**

Ésta será otra novedad más que aporta la Ley y estudiaremos más adelante en profundidad. Una sociedad va a poder enajenar la totalidad de su patrimonio con efecto de sucesión universal, considerando el patrimonio en su conjunto como un todo unitario: activo más pasivo.

### **3.4. Posibilidad de cesión global liquidatoria**

La realización de una cesión global posibilita la liquidación de la sociedad cedente que quedará extinguida cancelando sus asientos registrales en el RM previa solución de todas las relaciones internas y externas que tuviera la sociedad. Pero éste, ahora, no es el único supuesto observado, se trata solo de una posibilidad que observa la Ley.

---

<sup>207</sup> JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., *Lecciones de derecho mercantil*, 2010.

### **3.5. Transmisión de carácter global**

Esta transmisión de la empresa puede ir unida o no a la extinción de la sociedad cedente pero en todo caso se transmite la totalidad del patrimonio. La transmisión que se realiza tiene carácter global de modo que el cesionario se subroga en la posición del cedente con respecto a todas las relaciones jurídicas que tenía éste último. Será la totalidad de éste el que se transmita no siendo válido fraccionar el mismo y ceder solo una parte. Esto solo se podría hacer en el supuesto de la realización de una cesión global plural regulada en el artículo 82 de la LMESM<sup>208</sup> en la que hay distintos cesionarios y siempre que cada parte del patrimonio que se ceda constituya una unidad económica. Pero se seguirá transmitiendo, de este modo, la totalidad del patrimonio. La cesión global no incluye la posibilidad de transmitir elementos patrimoniales que se encuentren aislados y que no constituyan la totalidad del patrimonio empresarial. No es relevante ni afecta el hecho de que puedan resultar útiles a un determinado cesionario. Dependiendo de que la cesión se realice a dos o más cesionarios, cada uno de ellos se subrogará por el conjunto de relaciones jurídicas que integran cada unidad económica cedida (art.82 LMESM). En este artículo recogido bajo el título “*Cesión global plural*” podemos observar que el legislador observa el principio de conservación de la empresa que preside toda la regulación mercantil al exigir la transmisión del patrimonio en unidades económicas.

### **3.6. Justificación heterogénea en su realización**

Son distintas las motivaciones que presiden la voluntad de la parte cedente y de la contraparte cesionaria o adquirente para llegar a concluir dicha operación.

a) Razones de la sociedad cedente en la ejecución de la operación: la sociedad cedente tiene, como hemos dicho, la opción de extinguirse o bien de continuar subsistente realizándose en este caso una reestructuración empresarial.

-Finalidad de extinción de la sociedad cedente: La primera opción era la única válida hasta la llegada en el año 2009 de la LMESM. Actualmente sigue manteniéndose como una opción para aquellas sociedades endeudadas que podrían en un futuro próxi-

---

<sup>208</sup> Art. 82 LMESM: Cesión global plural: “*Cuando la cesión se realice a dos o más cesionarios, cada parte del patrimonio que se ceda habrá de constituir una unidad económica*”.

mo llegar a una situación de insolvencia con la apertura del procedimiento del concurso de acreedores. Para evitar la misma se podrá realizar una cesión global liquidatoria en la que la sociedad se liquidará mediante la cesión global extinguiéndose sin tener que observar el procedimiento de liquidación previsto (art. 81.2 LMESM) y evitar así que se dispersen los distintos elementos que componen su patrimonio realizando una cesión global de los mismos. También la cesión global puede ser una solución para el concurso de acreedores ya declarado a una sociedad mercantil planteándose como una posible salida en el caso de lograr un convenio con los acreedores o también en el supuesto de llegar finalmente a la liquidación de la sociedad.

-Finalidad de reestructuración patrimonial en la sociedad cedente: esta segunda posibilidad es algo absolutamente novedoso en la cesión global pues, hasta la llegada de la LMESM, solamente tenía finalidad liquidatoria, y la sociedad cedente no pretendía nada más que su extinción.

Ahora en cambio, y gracias a la contraprestación recibida, la sociedad cedente podrá continuar con el ejercicio de su actividad empresarial, lo cual resultará sencillo debido a que la sociedad ya disponía antes de la operación de una estructura societaria que seguirá aprovechando para el desarrollo de su actividad mercantil pudiendo proceder a un redimensionamiento de la actividad que venía desarrollando. Igualmente, gracias a la recepción de la contraprestación, la sociedad cedente podrá cubrir nuevas necesidades que puedan surgir en el ejercicio de esa actividad o bien realizar una reorganización en sus medios, algo posible gracias a la contraprestación económica recibida. El art. 81 LMESM posibilita que sean también uno o varios socios de dicha sociedad mercantil los cesionarios que adquieran el negocio dándose así solución a una situación en la que existiera una falta de sintonía continuada entre los socios que dificultara la realización del objeto social. La cesión global de activo y pasivo se realizaría a favor de este socio o socios, adquiriendo el negocio mayor solidez y mejor proyección de cara al futuro.

También podrá la sociedad acometer una nueva actividad mercantil lo cual a veces se llevará a cabo con la intencionalidad de no hacer competencia al cesionario en el ejercicio del negocio cedido. Pero también, la sociedad podrá tener determinadas razones por las que le interese cambiar drásticamente de actividad mercantil.

b) Razones del cesionario o cesionarios en la ejecución de la operación: el cesionario o cesionarios gracias a la transmisión de la empresa podrán iniciar o ampliar la presencia que tengan en un determinado sector empresarial gracias al aumento del volumen de negocio. También podrá expandirse en nuevas zonas geográficas donde no tenía hasta el momento proyección empresarial e incluso podrá introducirse en nuevos sectores empresariales.

#### **4. Elementos subjetivos o personales de la operación**

Tanto la regulación actual de la LMESM como anteriormente el art. 117 LSRL se ocupan de la cesión global en aquellos aspectos que refieren la misma como operación societaria, como una operación de modificación estructural para la sociedad cedente. Por ello, no es objeto de la LMESM el estudio de la cesión global desde el punto de vista contractual referente a la celebración de un negocio bilateral en el que intervienen dos partes: la parte cedente y la parte cesionaria, y que efectivamente se da en esta operación societaria.

A tenor de lo dispuesto en los artículos 81 y 82 LMESM los sujetos que intervienen en la operación de cesión global de activo y pasivo son el cedente: siempre una sociedad mercantil inscrita, que transmite en bloque todo su patrimonio por sucesión universal y el cesionario o cesionarios que recibirán dicho patrimonio y que puede ser cualquier persona física o jurídica: puede ser un socio, varios socios o uno o varios terceros. En este sentido, no hay ninguna restricción al respecto, solo han de observarse aquellos condicionantes que se refieren a la capacidad jurídica y a la capacidad de obrar. Si el cesionario o cesionarios abonaran, en su caso, la contraprestación directamente a los socios de la sociedad cedente, éstos últimos tendrían también la calificación de sujetos intervinientes en la operación de cesión global por lo que los elementos subjetivos de la operación pasarían a ser tres.

Podemos preguntarnos por las motivaciones que llevan a concluir esta operación a la sociedad cedente. Gracias a su regulación actual, la sociedad cedente ya no solo



puede pretender la extinción a través de la liquidación societaria sino que también puede seguir existiendo y haberla realizado con fines de reestructuración empresarial. La reestructuración empresarial tendrá cabida en esta operación de modificación estructural siempre que no se persiga un fin extintivo por la sociedad cedente. En virtud de dicha reestructuración empresarial, la sociedad cedente podrá realizar un cambio de objeto social o podrá continuar desarrollando el mismo que venía ejerciendo aprovechando de esta manera la estructura ya creada y desarrollándola gracias a la contraprestación recibida. La reestructuración pretendida también puede estar justificada en una necesidad de adaptar la actividad societaria a un mayor o menor tamaño según las exigencias cambiantes del mercado. En otras ocasiones, la cesión global tiene como cesionario a uno o varios socios de la misma que pueden estar interesados en la adquisición de la empresa por compartir intereses y decisiones en torno a la misma y a su proyección y futuro sobre las que podrían discrepar el resto de socios.

Con respecto a la finalidad liquidatoria y extintiva de la sociedad cedente, única existente antes de la LMESM, y que actualmente aparece como una opción, decir que puede ser la mejor solución ante una situación de endeudamiento que podría provocar una insolvencia y, como consecuencia de la misma, la declaración de concurso. En aquel supuesto en el que la sociedad ya haya sido declarada en concurso de acreedores, la cesión global constituye un mecanismo de solución del mismo siempre que no hubiera comenzado la distribución de su patrimonio entre los socios (art. 83 LMESM). También, y sin necesidad de endeudamiento de la sociedad mercantil, la cesión global es eficaz como instrumento abreviado de liquidación y posterior extinción de la sociedad mercantil (art. 82 LMESM).

#### **4.1. La sociedad inscrita cedente**

Es la titular de la sociedad, de la empresa que se transmite por sucesión universal (se transmite todo el patrimonio: derechos y obligaciones que lo integran. La sucesión también podría ser a título singular). La sociedad cedente ocupa un protagonismo destacado ya que la reestructuración empresarial se realiza en este sujeto y no en el cesionario. Toda la operación de cesión global refiere constantemente la figura del cedente ocupando un segundo puesto en importancia el cesionario. Así el artículo 87 LMESM

determina que el órgano social competente para la adopción del acuerdo de cesión global es la junta de socios de la sociedad cedente. La sociedad cedente, con carácter exclusivo y excluyente, asume dicha función haciendo caso omiso de la figura del cesionario<sup>209</sup>

La figura del sujeto cedente se encuentra regulada en los artículos 2 y 81 LMESM.

Art. 2º “*Ámbito subjetivo.-La presente Ley es aplicable a todas las sociedades que tengan la consideración de mercantiles, bien por la naturaleza de su objeto, bien por la forma de su constitución*”. Según este artículo, la LMESM se aplica únicamente a las sociedades mercantiles, bien por la naturaleza de su objeto, bien por la forma de su constitución.

Art. 81. “*Cesión global de activo y pasivo.- 1. Una sociedad inscrita podrá transmitir en bloque todo su patrimonio por sucesión universal, a uno o varios socios o terceros, a cambio de una contraprestación que no podrá consistir en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario*”. Según la redacción de este artículo se exige que la sociedad cedente esté inscrita –entendemos que en el Registro Mercantil- por lo que si no lo estuviera, éste es un requisito previo ineludible para la realización de la operación a cumplir por parte de la sociedad cedente.

Este aspecto de la inscripción es relacionado por la disposición adicional 2ª LMESM que incide en la necesidad de que cumplan este requisito y así refiere que “*la transformación, fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo de las sociedades colectivas no inscritas y, en general, de las sociedades irregulares, requerirán su previa inscripción registral*”.

Esta exigencia no impedirá realizar la cesión global a aquellas sociedades que aún no han sido inscritas en el RM, como las sociedades en formación o las sociedades irregulares. Únicamente cuando deban proceder al depósito del proyecto en el RM tendrán que cumplir este requisito para lograr la observancia del principio de tracto sucesivo que exige la concatenación u orden lógico de todos aquellos hechos o actos

---

<sup>209</sup> El hecho de que la adopción del acuerdo de cesión global es atribuida como competencia exclusiva a la junta general de la sociedad cedente se recoge en la RDGRN de 22 de mayo de 2002 [RJ 2002, 9139]. Igualmente en la Sentencia núm. 932/2006 del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2006 [RJ 2006, 8719].

jurídicos inscribibles<sup>210</sup>. Igualmente, cuando se proceda a la inscripción de esta operación en el RM.

Nos resulta llamativo el hecho de que la LMESM, cuando aborda el estudio del resto de modificaciones estructurales, enuncia siempre el carácter mercantil de la sociedad que va a sufrir la modificación estructural. Por ejemplo el artículo 4 LMESM, referido a la transformación, expone que *“una sociedad mercantil inscrita podrá transformarse...”*. En sede de fusión sucede igualmente pues en el artículo 22 el legislador refiere que *“en virtud de la fusión, dos o más sociedades mercantiles se integran en una única sociedad...”*. En su caso, el artículo 68, refiriéndose a la escisión, detalla que *“la escisión de una sociedad mercantil inscrita podrá revestir cualquiera de las siguientes modalidades...”*. En cambio el primero de los artículos que va a abordar el estudio de la cesión global, el artículo 81, solo refiere que *“una sociedad inscrita podrá transmitir en bloque todo su patrimonio...”* sin mencionar el carácter mercantil que sí es exigido para el resto de operaciones de modificación estructural de forma explícita. Podemos inferir que sí es exigible en todo caso el carácter mercantil en la sociedad cedente teniendo en cuenta el título de la Ley, que solo estudia modificaciones estructurales de sociedades mercantiles, el preámbulo que comienza exponiendo *“...el continuado proceso de perfeccionamiento del Derecho de las sociedades mercantiles”* y finalmente considerando el artículo 2 del título preliminar, que bajo el título: ámbito subjetivo, extiende la aplicación de la Ley a todas las sociedades que tengan la consideración de mercantiles, bien por la naturaleza de su objeto, bien por la forma de su constitución<sup>211</sup>. No se detalla, pues, como en la regulación del resto de modificaciones estructurales, que se deba tratar de una sociedad mercantil. Sin embargo, considero que sí es necesario el carácter mercantil de la sociedad en todo caso para llevar a cabo una operación de cesión global de activo y pasivo pues a ello alude el ámbito subjetivo de la Ley en el mencionado artículo 2: *“la presente ley es aplicable a todas las sociedades que tengan la consideración de*

---

<sup>210</sup> Resulta llamativo que el art. 94 RRM disponga en su aptdo. 7º que en la hoja abierta a cada sociedad se inscribirán obligatoriamente la transformación, fusión, escisión, rescisión parcial, (disolución y liquidación de la sociedad), no incluyendo en esta relación de operaciones de modificación estructural la cesión global de activo y pasivo.

<sup>211</sup> La Ley de Sociedades de Capital establece el criterio de mercantilidad por razón de la forma para las sociedades capitalistas, en cambio una sociedad personalista podrá ser civil o mercantil dependiendo del objeto al que se dedique.

*mercantiles, bien por la naturaleza de su objeto, bien por la forma de su constitución*". Igualmente, la LMESM lleva el título que refiere dichas sociedades mercantiles de forma exclusiva. Por ello quedan excluidas de su ámbito de aplicación aquellas personas jurídicas o sociedades cedentes que no tienen la consideración de sociedades mercantiles y que se constituyen sin ánimo de lucro como son las Fundaciones o Asociaciones.

Por su parte, las sociedades cooperativas se regirán por su específico régimen legal, no estando contemplada la operación de cesión global en la legislación general. Sin embargo existen algunas leyes autonómicas sobre cooperativas que sí admiten expresamente y regulan la cesión global. Como ejemplo, el artículo 67 del Texto Refundido de la Ley de Cooperativas de la Comunidad Valenciana, Decreto Legislativo 1/1998, de 23 de junio, del Gobierno Valenciano; los arts. 81 y 82 de la Ley 4/1999, de 30 de marzo, de Cooperativas de la comunidad de Madrid; art.102 de la Ley 2/1998, de 26 de marzo, de Sociedades Cooperativas de Extremadura.

Las Agrupaciones de Interés Económico (AIE) están reguladas por su legislación especial: Ley 12/1991, de 29 de abril, de agrupaciones de interés económico en la que no se contienen normas sobre la operación de cesión global. El art. 1 de la LAIE expone que estas entidades tienen carácter mercantil y que se regulan supletoriamente por las normas de la sociedad colectiva que resulten compatibles con su naturaleza. De ahí, podemos deducir que el título IV de la LMESM es aplicable a las AIE<sup>212</sup>.

Las sociedades civiles tampoco pueden ser sujetos cedentes en una cesión global conforme a la LMESM por su régimen normativo referido en los arts. 1665 y ss. Como excepción a lo expuesto, la Disposición Adicional Tercera de la LMESM<sup>213</sup> relativa al "*Régimen aplicable a las operaciones de fusión, escisión y cesión global o parcial de activos y pasivos entre entidades de crédito*" dispone que "*las operaciones de fusión, escisión y cesión global de activos y pasivos entre entidades de crédito de idéntica o distinta naturaleza se regirán por las normas establecidas para dichas operaciones en la presente Ley, sin perjuicio de lo previsto en la legislación específica aplicable a estas*

---

<sup>212</sup> GONZÁLEZ MENESES, M y ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., en "Cesión global de activo y pasivo" en *Modificaciones estructurales*, Op. cit. pág. 408.

<sup>213</sup> La disposición adicional tercera de la LMESM fue introducida por la Ley 27/2009, de 30 de diciembre de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de personas desempleadas.

*entidades*". Por ello, al admitirse la aplicación de las normas de la cesión a las entidades de crédito, las Cajas de Ahorro pueden ser consideradas también como factibles sujetos cedentes en la operación objeto de estudio, a pesar de no tener forma societaria. Por otra parte, tampoco podrá ser sujeto cedente ninguna persona física.

La carencia descrita sobre la ausencia del carácter mercantil que debe tener la sociedad cedente va a ser superada en la nueva redacción que adopta el artículo 81.1 LMESM en la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación presentada el 20 de junio de 2013 ante el Ministerio de Justicia. El nuevo artículo 265-1. 1. correspondiente a la sección 1ª del capítulo V bajo el título "*De la cesión global de activo y pasivo*" ya supera ese extremo y especifica, al igual que sucede en la actual regulación para el resto de operaciones de modificación estructural cuando enuncia que "una sociedad mercantil inscrita podrá transmitir en bloque todo su patrimonio...", haciendo una ya explícita referencia a la sociedad mercantil.

Este pequeño cambio introducido en la Propuesta delimitará ya la operación de forma clara, disipando cualquier duda sobre el tipo de sociedad que puede realizar la cesión global, duda factible en la actual redacción de la LMESM y que muestra una falta de atención del legislador hacia la cesión global.

Por otra parte, la continuidad o extinción de la sociedad cedente no es, en ningún caso, una imposición legal sino una posibilidad que ofrece la Ley a la sociedad transmitente cuando realice el traspaso patrimonial por este medio.

#### **4.2. Posibilidad de existencia de los socios de la cedente**

El párrafo 2º del artículo 81 LMESM introduce un nuevo sujeto que podría intervenir en la operación: los socios de la sociedad cedente cuando la contraprestación sea recibida total y directamente por ellos. En este segundo supuesto del artículo, la sociedad cedente quedaría extinguida y la contraprestación que reciba cada socio deberá respetar las normas aplicables a la cuota de liquidación. Tal como establece el art. 392.1 del TRLSC, y salvo disposición contraria de los estatutos, cada socio percibirá como contraprestación la parte proporcional a su participación en el capital social. Por su par-

te, el apartado 2º del artículo establece la posibilidad de que en las sociedades anónimas y comanditarias por acciones, si todas las acciones no se hubiesen liberado en la misma proporción, se restituirá en primer término a los accionistas que hubiesen desembolsado mayores cantidades frente a los que hubieran desembolsado menos y el resto se distribuirá entre los accionistas en proporción al importe nominal de sus acciones. La cuota de liquidación podrá ser distribuida en especie, en cuyo caso se exige el acuerdo unánime de los socios, tal como indica el artículo 393.1 TRLSC y se dispone en diferentes pronunciamientos jurisprudenciales<sup>214</sup>.

En este supuesto en que la contraprestación se entrega directa e íntegramente a los socios, se lleva a cabo la previa disolución de la sociedad cedente pero sin llegar a realizar la liquidación. En este caso la sociedad cedente se extingue sin liquidación.

Podríamos plantear el mismo supuesto anterior del art. 81.1 LMESM: el hecho de que la sociedad cedente tuviera cerrado el Registro Mercantil.<sup>215</sup> Este supuesto cambia con respecto al anterior dado que puede ser subsumible como excepción al cierre registral planteado en el art. 282.2 LSC: “*Se exceptúan los títulos relativos al cese o dimisión de los administradores, gerentes, directores generales o liquidadores, y a la revocación o renuncia de poderes, así como a la disolución de la sociedad y nombramiento de liquidadores y a los asientos ordenados por la autoridad judicial o administrativa*”.

Debido a que los socios de la cedente son parte interviniente de la operación de cesión global, deberán estar presentes en el otorgamiento de escritura pública para poder recibir la contraprestación convenida e igualmente para que el cesionario pueda acreditar la realización de la misma. Son susceptibles de considerarse como socios de la sociedad cedente: las personas físicas, las sociedades mercantiles, las sociedades civiles e incluso entidades sin ánimo de lucro como las Fundaciones o Asociaciones.

El artículo 81.2 LMESM es idéntico en su redacción al elaborado en la Propuesta de Código Mercantil: el artículo 265-1.2.

---

<sup>214</sup> Entre ellos, destacamos la STS de 1 de marzo de 1983 [RJ 1983, 1413] y la resolución de la DGRN de 13 de febrero de 1986 [RJ 1986, 1012].

<sup>215</sup> GARRIDO DE PALMA, V.M., ANSÓN PEIRONCELY, R., BANACLOCHE PÉREZ, J. y ARANGUREN URRIZA, F.J., *Las modificaciones estructurales...Op.cit.* pg. 265.

### **4.3. El cesionario o beneficiario o los cesionarios**

#### 4.3.1. RÉGIMEN GENERAL

A tenor del artículo 81 LMESM, “*una sociedad inscrita podrá transmitir en bloque todo su patrimonio por sucesión universal, a uno o a varios socios o terceros...*”.

El cesionario puede ser uno o varios socios de esa sociedad mercantil o terceros: estos terceros pueden ser en todo caso personas físicas o jurídicas, es decir, sociedades mercantiles. También pueden ser personas públicas o privadas. De esta manera, la regulación de la figura del cesionario se mantiene igual que en la legislación anterior. El artículo no determina qué condición debe tener el cesionario o cesionarios autorizándose que pueda ser el mismo una persona física o una persona jurídica que sea capaz de asumir un patrimonio empresarial. Aquí radica una peculiaridad de la operación de cesión global pues es la única de las operaciones de modificación estructural en la que el cesionario, entendiéndolo en el sentido amplio del artículo 81 LMESM como socio de esa sociedad mercantil o como cualquier tercero, puede ser una persona física, otra sociedad mercantil, una sociedad civil o una entidad sin ánimo de lucro como una asociación o una fundación.

Este dato difiere, en primer lugar, de la regulación existente en el Derecho comparado en el que, de modo homogéneo, aparece definido con mayor concreción el sujeto cesionario restringiendo las posibilidades en cuanto a la forma de su configuración<sup>216</sup>.

También Conde Tejón,<sup>217</sup> destaca el hecho de que la mayor diferencia existente entre la cesión global española y la Vermögensübertragung alemana radica en los posibles sujetos cesionarios de la operación. En la regulación alemana de las transmisiones patrimoniales, libro IV del UmwG, el legislador alemán ha limitado subjetivamente esta operación. A las transmisiones patrimoniales se les aplica, como excepción a la regla general, el § 175 UmwG que simplifica el número de sociedades cedentes y cesionarias

---

<sup>216</sup> CONTRERAS DE LA ROSA, I., *Op.cit.*, pg. 89 detalla este extremo en la regulación que el mismo recibe por el Derecho comparado. La autora destaca que en operaciones similares a nuestra cesión global, los receptores del patrimonio transmitido se restringen. Detalla que esto sucede en el Código das Sociedades Comercias portugués, que en sede de liquidación de sociedades, en su art. 147, limita la transmisión de todo el patrimonio, activo y pasivo a uno o varios socios, no posibilitando la transmisión a terceros.

<sup>217</sup> CONDE TEJÓN, A., *La cesión global de activo y pasivo como operación...* *Op. cit.* pg. 129.

excluyendo la posibilidad de que la sociedad cesionaria sea una persona física<sup>218</sup>. Esto limita el ámbito de aplicación de esta operación y que su incidencia en la práctica empresarial alemana será muy limitada. A la operación de cesión global de activo y pasivo no le es aplicable el § 3 UmwG que regula de modo amplio los posibles sujetos intervinientes en una operación de modificación estructural (operaciones de fusión y de escisión), pudiendo adoptar el cesionario la forma de una sociedad personalista, capitalista o cooperativa. También podría adoptar el cesionario la forma de una asociación, mutualidad de seguros o persona física.

Según el autor, la solución dada por el legislador alemán no es acertada ya que con esta limitación en el ámbito subjetivo, el legislador solo trata de evitar posibles fraudes, mostrando de esta manera una gran desconfianza hacia la realización de la cesión global. La misma se remite legal y expresamente en su desarrollo procedimental a la fusión y a la escisión diferenciándose solamente por el tipo de contraprestación que se realiza en este caso mediante una cesión patrimonial. La presente LMESM ha dado cumplimiento a los deseos expresados por el autor de que esta limitación en los sujetos intervinientes como cesionarios en la operación en la legislación alemana no se repitiera en la regulación española de la cesión global de activo y pasivo.

El legislador portugués, por su parte, solo autoriza la cesión del patrimonio social a los socios de la sociedad cedente y con el objeto de realizar una liquidación de la sociedad cedente, según establece el art. 147 del Código das Sociedades Comerciais.

En segundo lugar, también difiere en este aspecto la cesión global respecto del resto de operaciones de modificación estructural, en cuanto que en todas ellas participan siempre al menos dos sociedades mercantiles, no existiendo posibilidad de involucrarse como sujeto de la operación ninguna persona física. También es importante destacar que la LMESM concede una menor relevancia a la figura del cesionario en comparación con el tratamiento detallado que recibe el cedente. Además, y a diferencia de la fusión, esci-

---

<sup>218</sup> El §175 de la UmwG dispone que sólo podrán realizarse transmisiones totales o parciales del patrimonio: 1. Desde una sociedad de capital a la Federación, al Land, a las corporaciones públicas regionales o a los consorcios de corporaciones públicas regionales. 2. a) Desde una sociedad anónima de seguros integrándolas en una mutua de seguros o en una empresa de seguros de Derecho público; b) Desde una mutua de seguros a una sociedad anónima de seguros o a una empresa de seguros de Derecho público; c) Desde una empresa de seguros de Derecho público a una sociedad anónima de seguros o una mutua de seguros.



sión y segregación, como ya hemos señalado, la contraprestación del cesionario no podrá consistir en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario, sino solamente en dinero u otros activos, como p.ej. los bienes que existan en el haber del cesionario. El cesionario, cuando se trate de una sociedad mercantil, recibe la totalidad del patrimonio de la sociedad cedente lo cual supondrá una modificación en la composición de su patrimonio, pero debemos aclarar que, a diferencia de otras operaciones como la fusión o la escisión, la sociedad cesionaria, si fuera ésta la receptora, no recibe nuevos socios y tampoco incrementará su capital: la cesión global no afecta al capital de la cesionaria en ningún caso.

Como refería, es escasa la atención prestada al cesionario por parte de la LMESM, siendo una de sus principales deficiencias en la regulación que realiza de la operación de cesión global. La Ley no protege a los socios de una posible sociedad cesionaria: sus derechos e intereses serán ignorados, al igual que sus obligaciones, a lo largo del desarrollo procedimental. A partir de aquí nos surge una duda no resuelta en la regulación legal de la operación de cesión global debido a que el cesionario es ignorado jurídicamente hasta el momento en el que realiza su primera intervención formal otorgando la escritura pública de la operación de cesión. Nos estamos refiriendo al hecho de determinar quién es el órgano competente para formalizar la operación cuando el cesionario es una sociedad mercantil: la junta general de socios o el órgano de administración. Entendemos que la competencia para adquirir un patrimonio corresponde al órgano de administración dotado de las facultades necesarias para gestionar y representar a la sociedad en la ejecución de este negocio. Tratándose de una adquisición patrimonial de tanta relevancia, con las consecuencias jurídicas que se pueden derivar de la misma en cuanto a la posible adquisición de obligaciones que puede entrañar, es necesario que sea el órgano de administración el que asuma y decida la realización de dicha operación, teniendo plenas competencias al efecto.

Otra característica peculiar que define al cesionario de la cesión global es la que hace referencia al consentimiento del cesionario en la transmisión del patrimonio: para la realización de esta transmisión propia de cualquiera de las operaciones que integran la categoría de modificaciones estructurales, no se necesita el consentimiento del cesio-

nario o contraparte en ningún caso<sup>219</sup>. El mismo lo que sí podrá efectuar será su derecho de oposición, en este caso, a la realización de la cesión global (art. 88 LMESM) que estudiamos. En este sentido, Iglesias y García de Enterría<sup>220</sup>, expondrán que “*esta transmisión -al igual que sucede en las demás modificaciones estructurales- puede realizarse sin necesidad de contar con el consentimiento expreso de las contrapartes de esas relaciones u obligaciones, al sustituirse las reglas generales sobre novación de los contratos (art. 1205 CC<sup>221</sup>) por el reconocimiento de un simple derecho de oposición*”.

Con respecto a la justificación de la realización de la operación por parte del cesionario, sea éste uno o varios socios o terceros, se pueden argumentar distintas razones como la ampliación de la cuota de mercado que ya se poseía en un sector concreto del mismo, la introducción en un nuevo sector empresarial o bien en un mayor ámbito geográfico respecto a un sector en el que el cesionario ya estaba interviniendo y respecto del cual estaba necesitando una mayor expansión.

#### 4.3.2. CESIÓN GLOBAL PLURAL REALIZADA A VARIOS CESIONARIOS. EL PROBLEMA DE LA UNIDAD ECONÓMICA

El artículo 82 LMESM añade que la cesión global será plural cuando estos cesionarios sean como mínimo dos. Los cesionarios correspondientes reciben en un solo acto todos los derechos y obligaciones que integran el patrimonio de la sociedad cedente, sin que dicha transmisión deba estar obligatoriamente vinculada a un proceso de disolución, liquidación y extinción de la sociedad cedente. Los cesionarios, que pueden ser dos o más en el supuesto de la llamada cesión global plural van a recibir elementos que integran el activo y el pasivo y que deben constituir una determinada unidad eco-

---

<sup>219</sup> En este sentido conviene recordar una de las diferencias existentes entre las operaciones de cesión global y la venta de empresa. Esta última operación puede definirse como un contrato por medio del cual el vendedor se obliga a transmitir al comprador, a cambio de un precio, la titularidad de una empresa. El objeto del contrato lo constituye la empresa en sí, y ahí radica su especialidad y complejidad con respecto al contrato de compraventa en general. El vendedor y el comprador podrán alcanzar acuerdos respecto a las deudas, pero a falta de los mismos se aplica el régimen de la novación subjetiva por cambio de deudor. Será necesario el consentimiento del acreedor para la transmisión de las deudas al comprador. Esto se sustituye en la operación de cesión global por el derecho de oposición de los acreedores de la sociedad cedente y los acreedores del cesionario o cesionarios.

<sup>220</sup> IGLESIAS, J.L. y GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Op.cit.*, pg. 576.

<sup>221</sup> Artículo 1205 CC: “*La novación, que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el conocimiento de éste, pero no sin el consentimiento del acreedor*”.

nómica, concepto que no ha sido definido por el legislador, por lo que existen distintas posturas doctrinales que derivan del mismo y que siguen debatiendo al respecto a favor o en contra.

Es decir, la transmisión patrimonial puede hacerse a favor de un único cesionario o de varios, en el caso en que se ceda a una pluralidad de cesionarios, la Ley exige que cada parte del patrimonio que se ceda constituya una “unidad económica”, es decir, si se divide el mismo, cada parte habrá de constituir una unidad o rama susceptible de explotación empresarial propia. Cada cesionario deberá recibir una porción individualizada del patrimonio de la sociedad cedente no admitiéndose, a tenor del art. 82, que se pueda recibir un patrimonio proindiviso en el caso de varios cesionarios, es absolutamente indispensable la necesaria fragmentación del mismo. Esto mismo sucede igualmente en el supuesto de la escisión parcial y en el supuesto de la segregación<sup>222</sup>. Se trata de que cada bloque en los que se divida el patrimonio objeto de cesión (a dos o más cesionarios) sea susceptible por si solo de desarrollar una actividad productiva entendiendo la misma como actividad mercantil dirigida a la producción de bienes o prestación de servicios para el mercado sin que sea necesario ningún otro elemento externo al bloque patrimonial transmitido para poder desarrollar la misma, es decir, dicho bloque patrimonial ha de gozar de total autonomía para poder realizar su cesión a cada posible cesionario existente. Esta exigencia es la única que se deriva del concepto de unidad económica propuesto en el art. 82 LMESM.

Cada parte del patrimonio que se ceda a los distintos cesionarios habrá de constituir una “unidad económica” tal como dispone el art. 82 LMESM. Se trata de un concepto societario distinto del concepto fiscal de “rama de actividad” que ya hemos referido en la operación de escisión parcial y que en el supuesto de la cesión global es inexistente porque la operación de cesión global no tributa por el régimen especial de las fusiones.

---

<sup>222</sup> El art. 70 LMESM regula la escisión parcial y el art. 71 LMESM regula la segregación. En ambos supuestos de escisión se traspa en bloque una o varias partes del patrimonio de una sociedad, siempre que esa parte o partes sean constitutivas de una unidad económica. En ambas se realiza el fenómeno de la sucesión universal como rasgo caracterizador o efecto. La segregación se diferencia de la cesión global únicamente en la contraprestación.

Pero, en el supuesto de que nos hallemos ante un solo cesionario, ya no será necesario que ese patrimonio constituya en su totalidad una unidad económica, pues se transmitirá la totalidad del mismo sin ser relevante ese aspecto.

El artículo 85.1.3ª LMESM detalla que formará parte del proyecto de cesión la designación y, en su caso, el reparto preciso de los elementos del activo y del pasivo que han de transmitirse a cada cesionario. Este aspecto queda así ya establecido en el proyecto de cesión global para evitar una posible indeterminación futura de los distintos elementos que componen cada una de las unidades económicas que correspondan a cada cesionario. Con respecto a las posturas doctrinales al respecto, comparto con Gallego Lantáu<sup>223</sup> y Ansón Peironcely,<sup>224</sup> que si hubiera algún elemento o elementos patrimoniales de activo y de pasivo que no tuvieran una afección íntegra o relación directa con ninguna unidad económica, son los llamados activos o pasivos residuales, se deberán afectar o tratar de aplicarlos a una de ellas bajo un criterio de flexibilidad y teniendo en cuenta que, por su escasa relevancia, no va a alterarse el contenido global de la propia unidad económica afectada. Lo importante es repartirlos en todo caso pues la cesión global necesita el reparto de la totalidad del patrimonio. Dichos activos residuales no deberían impedir una ejecución de la cesión global. No comparte esta postura Fernández Torres<sup>225</sup> que declara que, en el supuesto de que quedaran restos patrimoniales sin asignar y fuera imposible atribuirlos a una unidad económica, la única solución factible sería desestimar la cesión global plural y realizar la cesión global a favor de un único cesionario para que pueda tener lugar el efecto de la sucesión universal cuyo carácter es excepcional y referido a supuestos legalmente tipificados. El legislador, en el art.1 de la LMESM, no relaciona como operación de modificación estructural la cesión parcial, absolutamente inexistente, como operación de modificación estructural.

La referida Propuesta de Código Mercantil mantiene el contenido exacto del artículo 82 en el nuevo artículo 265-2.

---

<sup>223</sup> GALLEGO LANTAU, M., “La cesión global plural de activo y pasivo” en *RdS*, nº 38, 2012, pg. 299.

<sup>224</sup> ANSÓN PEIRONCELY, “Cesión global de activo y pasivo” en *Las modificaciones estructurales... Op.cit.*

<sup>225</sup> FERNÁNDEZ TORRES, I., “La cesión global del activo y pasivo como operación de modificación estructural” en *Transmisiones de empresas y modificaciones estructurales de sociedades* (Dir. BENEYTO PÉREZ, J.M. y LARGO GIL, R.).

#### 4.3.3. CESIÓN GLOBAL REALIZADA A CESIONARIO O CESIONARIOS SOCIOS DE LA SOCIEDAD CEDENTE

*a) Supuesto en el que el único cesionario sea el único socio de la sociedad cedente*

Se podría plantear el supuesto en el que se realizara una cesión global de activo y pasivo a favor de un único cesionario sobre el que recayera la condición de único socio de la sociedad cedente. Esta sería una operación asimilada a la fusión como la que es referida en el artículo 53 LMESM y no podría ser considerada como una cesión global. Se trata de una integración empresarial. El legislador trata de evitar así, problemas que sobre este extremo surgieron anteriormente a la publicación de la LMESM tratando de darles la mejor solución tratando de impedir que se evite la aplicación de la normativa propia de la fusión para estos supuestos. Se trata de determinados supuestos conflictivos de cesión global de activo y pasivo en los cuales el cesionario es una sociedad que posee la totalidad de las acciones o participaciones de la sociedad cedente. Todos ellos serán remitidos a la fusión. De esta manera la operación de fusión regula en la sección 8ª determinadas fusiones especiales en las que serán subsumibles dichas cesiones conflictivas. Así, se regulará en sede de fusión la absorción de sociedad íntegramente participada (art. 49 LMESM), la absorción de sociedad participada al 90% (art. 50 LMESM), los supuestos asimilados a la absorción de sociedades íntegramente participadas (art. 52 LMESM) y la operación asimilada a la fusión (art. 53 LMESM).

*b) Supuesto en el que haya varios cesionarios, y que todos ellos sean socios de la sociedad cedente. Protección de los socios minoritarios frente al cesionario-socio mayoritario.*

Igualmente el artículo 81 LMESM prevé la posibilidad de que sean varios los cesionarios, socios de la sociedad cedente. Si la cesión se realizara a favor de ellos, el socio mayoritario podría utilizar su posición ventajosa para adquirir el patrimonio social a un precio inferior al de su valor real. Los socios minoritarios y disidentes con la adopción del acuerdo de cesión global pueden ampararse en el régimen general de impugna-

ción de acuerdos sociales previsto en los arts. 204 y ss LSC antes de que se inscriba el acuerdo de cesión global en el Registro Mercantil<sup>226</sup>.

Los socios minoritarios y disidentes con la adopción del acuerdo de cesión global estarán amparados por el art. 90 LMESM que refiere la impugnación de la cesión global una vez inscrita la misma en el Registro Mercantil remitiéndose al art. 47 de esta ley en lo dispuesto para las fusiones. Pero no podrán utilizar el mecanismo legal de impugnación del acuerdo que ofrece el artículo 90 LMESM remitiéndose al artículo 47 de la misma Ley debido a que se pueden haber observado todos los requisitos legales y procedimentales exigibles para llevar a cabo la operación y a pesar de ello, se considerarán perjudicados careciendo de ningún mecanismo de defensa articulado por la Ley para impugnar la cesión global escriturada e inscrita en el Registro Mercantil. Es en esta situación cuando observamos las relevantes consecuencias prácticas que entraña la carencia de determinados requisitos procedimentales en la cesión global que aligeran la operación pero que también pueden empeorar las condiciones de defensa de los socios cesionarios minoritarios. Me estoy refiriendo al hecho de que en esta operación no aparece regulado el informe de expertos sobre el valor de la contraprestación, lo que conlleva que los cesionarios socios minoritarios perjudicados por el cesionario socio mayoritario tengan que solicitar un dictamen pericial<sup>227</sup> sobre el valor de la contraprestación para poder conocer el perjuicio ocasionado por la infravaloración de la contraprestación y en base a ello poder realizar la acción de daños y perjuicios contra el cesionario socio mayoritario e igualmente contra el administrador responsable que acometa dicha valoración sesgada.

La exigencia de un informe de expertos independientes sobre los proyectos de fusión o de escisión es un requisito exigible en las operaciones de fusión y escisión<sup>228</sup>

---

<sup>226</sup> ANSÓN PEIRONCELY, “Cesión global de activo y pasivo” en *Las modificaciones estructurales...Op.cit.* pág. 268.

<sup>227</sup> El coste del dictamen pericial necesario para poder valorar el importe de los perjuicios sufridos y así poder ejercitar la acción de daños y perjuicios corre a cargo de los socios minoritarios empeorando aún más su situación ya desventajosa.

<sup>228</sup> El Registro Mercantil, además de ser el principal instrumento de publicidad del empresario y de las situaciones y actos relevantes que afectan a los mismos, cumple la función de nombramiento de expertos independientes para la valoración de las aportaciones no dinerarias a sociedades anónimas o comanditarias por acciones, y también, a tenor del artículo 349 RRM, en caso de fusión o escisión de sociedades, realizará el nombramiento de uno o varios expertos independientes para la emisión del infor-

que está regulado en los artículos 34 y 78 LMESM respectivamente con anterioridad a la realización de los acuerdos de fusión o de escisión, si bien el objeto de la actuación del experto no es estrictamente coincidente con la valoración de la contraprestación que, creemos conveniente, se debería realizar en la operación de cesión global. El informe de experto que es exigible en las operaciones de fusión y escisión, cuando alguna de las sociedades que participen sea anónima o comanditaria por acciones, ha de contener el tipo de canje de las acciones, participaciones o cuotas de los socios, la valoración sobre los métodos seguidos en la valoración y también la manifestación de opinión sobre si el patrimonio aportado por las sociedades que se extinguen es igual, al menos, al capital de la nueva sociedad o al importe del aumento del capital de la sociedad absorbente (art. 34.3 LMESM). Este contenido tan diverso del informe podría justificar entonces el no traslado de la exigencia del mismo a la operación de cesión global pues en la misma no se produce ningún canje por acciones, participaciones o cuotas como expresamente prohíbe el artículo 81 LMESM. Pero no por ello deja de ser recomendable que el legislador tenga en cuenta esta circunstancia y en cualquier modificación que pueda acometer en un futuro incluya una cláusula o apartado que la contemple para no contribuir a la indefensión de los socios minoritarios cesionarios frente al cesionario y socio mayoritario e incluso para lograr también un equilibrio en los derechos que corresponden a cualquier cesionario, que es, en gran medida, la parte olvidada en la operación de cesión global de activo y pasivo.

Por lo tanto, sería entonces más recomendable arbitrar algún mecanismo en la cesión global, carente en la actualidad de cualquiera de ellos, en el que los socios minoritarios perjudicados pudieran solicitar una valoración del patrimonio con anterioridad a la ejecución de la cesión global y así, no tener que retrasar esta problemática a una futura y factible impugnación a posteriori. En este sentido, el artículo 38 LMESM<sup>229</sup> en sede

---

me preceptivo sobre el proyecto de fusión o escisión. La solicitud se hará individualmente por cada una de las sociedades que participan en la fusión o de las sociedades beneficiarias de la escisión. El artículo 340 RRM dispone que el registrador designará un experto independiente entre las personas físicas o jurídicas que pertenezcan a profesión directamente relacionada con los bienes objeto de valoración o que se hallen específicamente dedicadas a valoraciones o peritaciones.

<sup>229</sup> El artículo 38 LMESM articula la posibilidad que tiene el socio perjudicado por la relación de canje establecida de solicitar al Registrador mercantil, en el plazo de un mes a contar desde la fecha de publicación del acuerdo de fusión o escisión en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, la designación de un experto independiente que fije la cuantía de la indemnización compensatoria

de la operación de fusión contiene este mecanismo de protección para uso del socio que se considere perjudicado con el balance de fusión por la relación de canje establecida en el mismo. Volvemos a insistir en el hecho de que no es estrictamente trasladable a la operación de cesión global pues en la misma no existe este canje ya referido propio de la fusión, pero no por ello dejaría de ser conveniente la existencia de ese balance que pudiera acreditar con mayor exactitud y seguridad el valor del patrimonio existente. También sería igualmente conveniente para la cesión global el que se arbitrara la posibilidad de impugnar dicho balance antes de la ejecución de la cesión global a tenor del contenido del artículo 38.

En ambos supuestos referidos a la impugnación del acuerdo de cesión global, se mantiene para los socios minoritarios el ejercicio del derecho al resarcimiento por los daños y perjuicios sufridos. Esto es algo independiente del ejercicio de las acciones de impugnación correspondientes a los socios minoritarios.

Por lo que concluimos expresando que en este supuesto específico en el que se realiza una cesión global a favor de un socio mayoritario, tendrá lugar un conflicto de intereses pues en el socio mayoritario se da una sola voluntad que contiene dos manifestaciones jurídicas conjugadas y económicamente contrapuestas: situación de autocontratación<sup>230</sup>, es aún más necesaria la designación de un experto independiente que fije la cuantía de la indemnización compensatoria a solicitud del socio que se considere perjudicado. En dicho presupuesto se da un conflicto de intereses en el socio mayoritario y cesionario a la vez, pues se le atribuyen dos intereses contrapuestos: por un lado la venta de parte o la totalidad del patrimonio con el pretendido logro de las condiciones que

---

<sup>230</sup> El autocontrato carece de una regulación legal en nuestro derecho positivo. No existe en nuestras leyes una prohibición general del autocontrato, aunque sí hay prohibiciones concretas por existir conflicto de intereses que lo convierten en ilícito o prohibido entre las que podemos relacionar las siguientes: el artículo 267 del Código de Comercio (prohibición de autocontratación del comisionista sin el consentimiento del comitente), y varios preceptos que lo prohíben en el código civil: arts. 162 y 163 (en sede de patria potestad), 221 (para el tutor), 299 (sobre el defensor judicial), y 1459 (referente a determinadas prohibiciones para comprar por sí o por persona alguna interpuesta). La sentencia del Tribunal supremo de 13 de junio de 2001 (J125/01) da una definición del mismo como situación que se da cuando existe una sola voluntad que hace dos manifestaciones jurídicas conjugadas y económicamente contrapuestas. La reciente resolución de la DGRN de 13 de febrero de 2012 nos dice que se producirá un conflicto de intereses cuando corresponda a una misma persona la representación de intereses contrapuestos.



más le puedan favorecer y, por otra parte, la adquisición del mismo a un precio que tratará siempre de ser inferior al que le corresponda.

La solución que propone parte de la doctrina al supuesto relacionado podría encontrarse en el artículo 190 LSC<sup>231</sup> (antiguo art. 52 LSRL) que refiere una situación de conflicto de intereses en la sociedad de responsabilidad limitada impidiendo ejercer el derecho de voto al socio cuando se trate de adoptar un acuerdo que le libere de obligaciones o le conceda derechos. Los socios minoritarios podrían invocar que se produjera el mismo tratamiento y, por lo tanto, se les protegiera prohibiendo el voto al cesionario socio mayoritario. Se trataría así de paliar una situación que muestra, de nuevo, la deficiencia en la regulación legal de la operación de cesión global de activo y pasivo. De este modo encontramos la opinión coincidente de Ansón Peironcely, González Meneses y Álvarez Royo-Villanova, a la que nos sumamos admitiendo que, debido a la existencia de un conflicto de intereses, el socio mayoritario cesionario no debe votar el acuerdo de cesión global<sup>232</sup>. Estos autores refieren esta posibilidad solamente para el supuesto de las sociedades de responsabilidad limitada, tal como establece el art. 190 LSC. En cambio, otra parte de la doctrina no está de acuerdo con la abstención del voto del socio mayoritario en el supuesto relacionado<sup>233</sup>.

#### 4.3.4. AUSENCIA DE INTERVENCIÓN DEL CESIONARIO O CESIONARIOS EN EL

##### PROCEDIMIENTO HASTA EL OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PÚBLICA DE CESIÓN GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO

A lo largo del desarrollo de este trabajo y como uno de los cometidos del mismo, se irán señalando las distintas manifestaciones de las deficiencias existentes en la regu-

---

<sup>231</sup> “Artículo 190 LSC. Conflicto de intereses en la sociedad de responsabilidad limitada.1. En las sociedades de responsabilidad limitada el socio no podrá ejercer el derecho de voto correspondiente a sus participaciones cuando se trate de adoptar un acuerdo que le autorice a transmitir participaciones de las que sea titular, que le excluya de la sociedad, que le libere de una obligación o le conceda un derecho, o por el que la sociedad decida anticiparle fondos, concederle créditos o préstamos, prestar garantías en su favor o facilitarle asistencia financiera, así como cuando, siendo administrador, el acuerdo se refiera a la dispensa de la prohibición de competencia o al establecimiento con la sociedad de una relación de prestación de cualquier tipo de obras o servicios”.

<sup>232</sup> Destacan estos autores coincidiendo en que el cesionario socio mayoritario debe abstenerse en la votación del acuerdo de cesión global. En este sentido, GONZÁLEZ MENESES, M. Y ÁLVAREZ, S. (2011): *Modificaciones estructurales de las sociedades...* Op.cit. pgs. 415 y 416.

<sup>233</sup> Entre los autores que no están de acuerdo con la abstención del voto del socio mayoritario, podemos destacar a URÍA La parte de la doctrina no lo muestra su conformidad con la abstención del voto del socio mayoritario: URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y BELTRÁN, E., Op.cit. pg.190.

lación legal de la figura de la cesión global en la actual Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Una de ellas la observamos ahora en el estudio del cesionario, figura que brilla por su ausencia en el procedimiento aplicable a la cesión global, tanto en la fase preparatoria como en la fase decisoria. Se hace alusión al mismo al final del desarrollo de la operación de cesión global: solo en las fases de pendencia y ejecución cuando se requiere la presencia del cesionario o cesionarios para otorgar escritura pública (art.89.1 LMESM). Su participación solo tendrá lugar en las fases de pendencia y ejecución de la cesión global, cuando el artículo 89.1 LMESM, como dijimos, requiera la presencia del cesionario o cesionarios para el otorgamiento de la escritura pública de la cesión global (art.89.1 LMESM). Antes de ello, se excluye formalmente al cesionario en las fases preparatoria y decisoria por lo que no interviene en la elaboración del proyecto de cesión global, que es solo un proyecto suscrito por la sociedad cedente. Tampoco interviene el cesionario en la elaboración del informe sobre el proyecto y, ni mucho menos; adoptaba ninguna decisión o acuerdo relevante como lo hacía la junta de socios de la sociedad cedente.

Pero, a pesar de ello y aunque no haya constancia legal de lo mismo, cierto es que el cesionario o cesionarios sí han estado presentes en todos los grupos de trabajo constituidos durante la fase preparatoria y decisoria de la cesión global, analizando muy de cerca las distintas situaciones en el desarrollo del procedimiento, al igual que también lo ha hecho en la que hemos denominado como “fase previa” antes del inicio del procedimiento formal, fase necesaria para el desarrollo del mismo pero con total ausencia de constancia formal. En ella, el cesionario, como parte implicada que es, ha intervenido en todo lo necesario para poder hacer realidad la operación.

Esto es algo que contrasta profundamente con el tratamiento que reciben los sujetos intervinientes en operaciones como la fusión o escisión, pues los mismos participan activamente en las mismas y son objeto de regulación en todo momento, habiendo reciprocidad de derechos y obligaciones entre las dos partes intervinientes. Ya en la fase preparatoria, desde el momento de la redacción de los proyectos de fusión o de escisión, los administradores de las sociedades participantes son partes intervinientes en la redac-

ción y suscripción de los mismos. Igualmente, los acuerdos de fusión o de escisión, como veremos más adelante, deberán ser acordados por la junta de socios de cada una de las sociedades que participen en ellas.

En cambio, en la cesión global, ya hemos observado que hay una desatención palpable a la figura del cesionario, lo que se traduce en una desprotección y merma legal de sus derechos en cada una de las fases de desarrollo de la operación al igual que en una carencia de aquellas obligaciones que le deberían corresponder. Esta gran carencia o ausencia en la regulación legal de la figura del cesionario, conlleva consecuencias prácticas negativas tanto para el cedente como para el cesionario.

Por todo lo expuesto, podemos concluir que la operación de cesión global corresponde solo al sujeto cedente y no al cesionario. En este extremo es donde reside una de las mayores deficiencias en el tratamiento del régimen jurídico de la cesión global, tal como critica la doctrina y estudiaremos más adelante<sup>234</sup>.

## **5. Elementos objetivos de la operación**

Procedemos al estudio de los elementos objetivos que conforman la cesión global de activo y pasivo: el patrimonio objeto de cesión formado por el activo y el pasivo patrimonial y la contraprestación que se percibe por la sociedad cesionaria a cambio del mismo. Dichos elementos ya no van a ser estudiados como algo exclusivamente ligado a la liquidación de la sociedad cedente como sucedía antes de la publicación de la LMESM sino que, actualmente, dichos elementos: patrimonio y contraprestación también deben ser entendidos como parte de la reestructuración empresarial que va a realizar la sociedad cedente (que ya no debe liquidarse, necesariamente) cediendo una empresa en funcionamiento que pretende su continuidad.

### **5.1. El patrimonio objeto de cesión**

En la cesión global, la transmisión del patrimonio no va a ir acompañada nunca por la integración de los socios de la sociedad transmitente ni tampoco por la percepción

---

<sup>234</sup> En este sentido, ALONSO UREBA, A., *Op.cit.* pgs. 663 y ss.

de acciones o participaciones por parte de esta sociedad en el caso de que el cesionario fuera una sociedad o sociedades beneficiarias. La transmisión patrimonial también puede efectuarse, como conocemos, a favor de una persona física.

Por otra parte, se plantean dos modalidades de operaciones dependiendo de quienes sean los perceptores de la contrapartida entregada por la sociedad beneficiaria o cesionaria: los socios, que recibe la contraprestación, pero no los títulos o la propia sociedad cedente. La sociedad cedente entregará sus activos y pasivos a las sociedades beneficiarias y, como contraprestación, la propia sociedad o sus socios recibirán cualquier clase de bienes, siempre que sean distintos a acciones o participaciones de las sociedades beneficiarias<sup>235</sup>.

#### 5.1.1. LA TRANSMISIÓN DE LA TOTALIDAD DEL PATRIMONIO

Siguiendo a Noval Pato,<sup>236</sup> antes de la publicación de la LMESM, era denominador común en los supuestos de fusión, escisión y cesión global de activo y pasivo la transmisión de todo el patrimonio con carácter unitario, si bien, no se sucedían en bloque todas las relaciones jurídicas de la sociedad mercantil transmitente a la sociedad o sociedades beneficiarias como ocurre actualmente gracias al efecto de la sucesión universal que ha logrado la LMESM. Para el autor era necesario eliminar esa rémora a la hora de pretender construir un régimen de la cesión global como figura autónoma en la que se pretende transmitir la totalidad del patrimonio social. De lo contrario, la gran complejidad de las reglas de transmisión de cada uno de los bienes, derechos y obligaciones que integran el patrimonio –en función de su naturaleza específica y de la situación jurídica en la que se encontraran- obstaculizaría la transmisión llegando incluso en ocasiones a hacerla inviable.

El legislador español ha dispuesto en el artículo 81 LMESM que se realizará una transmisión de *todo* el patrimonio de la sociedad cedente, no admitiéndose entonces las

---

<sup>235</sup> LARRIBA DÍAZ-ZORITA, A. Y MIR FERNÁNDEZ, C., refieren en “Aspectos contables de la ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, *RdS* 2010, núm. 34, pg.194, que las operaciones se registrarán por la LMESM, fundamentalmente por lo dispuesto en el título IV. También se aplicarán las normas competentes que exija su legislación sectorial así como los Reales Decretos 1514/2007 y 1515/2007, de 16 de noviembre, y su adaptación al Real Decreto 1159/2010.

<sup>236</sup> NOVAL PATO, J., *Op.cit.*, pg.19 y ss.

cesiones parciales del patrimonio de sociedades en la operación de cesión global de activo y pasivo. Debemos interpretar el *todo* como la globalidad de los elementos patrimoniales que lo componen, conforme es dispuesto por la LMESM, para conseguir la eficacia en la transmisión de empresas en funcionamiento y productivas. La palabra “*todo*” cuantifica el patrimonio objeto de transmisión. Igualmente es significativo también que el artículo 81 especifique que dicha transmisión se realizará “*en bloque*” lo que, indudablemente, refuerza aún más el sentido de la unidad patrimonial en la totalidad del traspaso patrimonial en la cesión global. En el desarrollo del articulado posterior también observamos *la globalidad* que califica a la transmisión (art. 83 LMESM). Al realizarse una transmisión *uno actu* de la totalidad de la masa patrimonial gracias al efecto de sucesión universal, no tendrán lugar las normas particulares exigibles para la transmisión separada de cada uno de los elementos que componen el patrimonio, facilitando de este modo en gran medida la misma.

Debemos tener en cuenta que la transmisión patrimonial referida se produce cuando la cesión global se inscribe en el Registro Mercantil tal como establece el art. 89.2 LMESM. Desde ese momento, la cesión se convierte en eficaz adquiriendo el cesionario la totalidad de derechos, bienes y obligaciones de la sociedad cedente.

Sin embargo y muy a pesar del tenor legal, consideramos interesante la aportación que realiza al respecto Contreras de la Rosa<sup>237</sup> que ha mantenido una postura innovadora y eminentemente pragmática al respecto considerando que cabe la posibilidad, en las cesiones no extintivas, de que la sociedad cedente pueda conservar algunos elementos de su patrimonio más ligados al sujeto transmitente (sociedad cedente) que a la actividad empresarial cedida. Tiene poco sentido, por ej. incluir en la cesión global de activo y pasivo, el inmueble en el que se ubica la sede de la entidad en la que se desarrolla exclusivamente la vida social de la sociedad cedente, si dicha sociedad persiste tras la cesión global y al cesionario no le resulta de interés. Otras razones que justificarían dicho argumento serían aquellas en las que resulte complicada la transmisión de determinadas relaciones jurídicas y que podrían obstaculizar, precisamente por esa dificultad,

---

<sup>237</sup> CONTRERAS DE LA ROSA, I., en *Op.cit*, pg. 114.

la realización de la cesión global. Habrían de tenerse en cuenta las distintas circunstancias.

Sin embargo, no compartimos con Contreras de la Rosa su apertura interpretativa aduciendo que “*la totalidad del patrimonio al que alude la Ley no debe ser entendido en sentido literal*”, pues es precisamente lo que la Ley dispone con total exactitud impidiendo la realización de cualquier transmisión parcial de dicho patrimonio<sup>238</sup>. Pero ello no es óbice para considerar la gran utilidad práctica que se infiere de su postura ante determinadas circunstancias en las que se posibilitaría, con dicha transmisión parcial, la realización de una operación de cesión global de activo y pasivo. Por ello, consideramos que sería conveniente precisar estos términos en una próxima modificación legal, en vez de interpretarlos en contra del propio tenor legal.

Pueden ser diferentes motivos los que tenga una sociedad para transmitir la totalidad de su patrimonio social y los mismos se irán justificando dependiendo de los elementos intervinientes en la operación: sociedad transmitente, características del cesionario (socio o no de la sociedad transmitente, sociedad mercantil...) y continuidad o extinción de la sociedad cedente. Todo ello cambiará el significado de la operación y planteará diferentes hipótesis como hemos visto hasta aquí.

Concretemos a continuación el contenido de los elementos que conforman el patrimonio objeto de transmisión en una operación de cesión global, tanto el activo como el pasivo patrimonial. La sucesión universal permitirá el traspaso de ambos elementos, facilitando la operación.

#### 5.1.2. DELIMITACIÓN DEL ACTIVO Y PASIVO PATRIMONIAL

##### *a) El activo patrimonial*

Los elementos patrimoniales que conforman el activo patrimonial se transmiten mediante el efecto de sucesión universal no planteándose ningún tipo de problemática en cuanto a la exigencia de elementos formales *ad solemnitatem* que podrían requerir determinadas transmisiones internas. Ello es debido a la exigencia general que plantea

---

<sup>238</sup> La transmisión total del patrimonio en la cesión global de activo y pasivo es respaldada por la mayor parte de la doctrina. Así lo secunda ÁVILA NAVARRO, P., *Op.cit.* págs. 559-560. También, en el mismo sentido, ALONSO UREBA, A., *Op. cit.*, pg. 640.

la LMESM de documentar todas las operaciones de modificación estructural en escritura pública junto a la posterior inscripción en el Registro Mercantil.

Gracias a la inscripción en el Registro Mercantil se logrará la eficacia constitutiva de la operación de cesión global de activo y pasivo si bien ello no exime de la realización de otros trámites para determinados activos transmitidos atendiendo a la normativa particular exigible a cada uno de ellos. Así, determinados bienes y derechos objeto de cesión se deberán inscribir en otros registros públicos. Dichas inscripciones declarativas posteriores a la realización de la operación no afectan a los derechos ya adquiridos por parte del cesionario o cesionarios, puesto que la operación ya será totalmente eficaz. Pero cierto es que el cambio de titularidad que produce la transmisión patrimonial no podrá ser oponible a terceros hasta que no sea inscrito en el registro público correspondiente<sup>239</sup>. De esta manera se logrará seguridad jurídica de cara a terceros que, mediante la inscripción correspondiente, podrán identificar correctamente la situación de estos activos empresariales. Podemos distinguir entre la inscripción de bienes tangibles como p.e. los bienes inmuebles, que deberá realizarse en el Registro de la Propiedad; y la inscripción de bienes inmateriales que conforman el patrimonio activo intangible de la empresa y deberán inscribirse en la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM). También se efectúa de modo sencillo la transmisión de los nombres de dominio de la sociedad cedente al cesionario, gracias a su realización a título universal. Ello se efectúa solicitando la modificación de los datos del registro, lo que conllevará una sustitución automática del cedente por el cesionario como nuevo titular de dicho nombre de dominio<sup>240</sup>. Esto es más dificultoso en sus trámites cuando, en cambio, se efectúa una sucesión a título particular, en la que deberá contar con la aprobación del antiguo titular del nombre de dominio. Tampoco presenta especial problema la transmisión de los créditos

---

<sup>239</sup> En este sentido, CONTRERAS DE LA ROSA, I., *Op.cit.*, pg. 235.

<sup>240</sup> La Disposición duodécima de la Orden ITC/1542/2005, de 19 de mayo, que aprueba el Plan Nacional de nombres de dominio de Internet bajo el código del país correspondiente a España (“es”) establece la forma de realizar la transmisión del nombre de dominio. Se distinguen las transmisiones a título particular y las que se realizan por sucesión universal facilitando estas últimas: “*En los casos de sucesión universal “inter vivos” o mortis causa” y en los de cesión de la marca o nombre comercial al que estuviera asociado el nombre de dominio, el sucesor o cesionario podrá seguir utilizando dicho nombre, siempre que cumpla las normas de asignación de nombres de dominio recogidos en este Plan y solicite de las autoridades de asignación la modificación de los datos de registro del nombre de dominio*”.

de la sociedad cedente al cesionario, en los que solo tendrá lugar un cambio de titularidad del cedente al cesionario con respecto a los deudores sociales.

Del mismo modo las Directivas europeas sobre fusión y escisión (Tercera y Sexta Directivas) establecen que ambas operaciones producen *ipso iure* el efecto de transmisión universal sin perjuicio de que las legislaciones de los Estados miembros requieran formalidades particulares para la oponibilidad a terceros de la transferencia de ciertos bienes, derechos y obligaciones aportados (artículos 19.3 y 17.3 de las Tercera y Sexta Directiva respectivamente).

#### *b) El pasivo patrimonial*

El elemento patrimonial que mayores problemas plantea a la hora de efectuar un traspaso patrimonial es el pasivo patrimonial. Esto sucede en mayor medida cuando se realiza una transmisión por sucesión particular. Sin embargo, en el contexto de la regulación legal de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, se articulan determinados derechos para proteger a los acreedores en este sentido, como colectivo que se ve especialmente afectado por la cesión global, entre ellos el derecho de oposición a la cesión, (art. 88 LMESM) y un sistema de responsabilidad solidaria por las obligaciones incumplidas (art. 91LMESM).

De estas medidas inferimos bien que las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles no atienden al sistema de novación establecido por el art. 1205 del Código Civil para los supuestos de transmisiones particulares en las que no tiene lugar el efecto de sucesión universal. Dicho artículo establece que “*La novación, que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el conocimiento de éste, pero no sin el consentimiento del acreedor*”. Por ello, ese tipo de transmisiones de empresas a título particular necesitan del consentimiento del deudor, algo que se convierte en un factor que obstaculizará en gran medida la realización de dichas transmisiones. La novación, mediante la sustitución de la persona del deudor, no podrá efectuarse hasta que el nuevo deudor garantice suficientemente las obligaciones contraídas ante el acreedor y éste último consienta. Este requisito es el que ha estado vedando muchas operaciones de reestructuración empresarial a título particular por la negativa de un acreedor, que en ocasiones, no consiente el cambio en la figura del deudor e impide de



forma abusiva, a pesar de las garantías ofrecidas por el nuevo deudor, la realización de la operación de traspaso patrimonial<sup>241</sup>.

### 5.1.3. CESIONES GLOBALES DE ACTIVOS Y PASIVOS: ASPECTOS CONTABLES

Se plantean dos modalidades de operaciones dependiendo de quienes sean los perceptores de la contrapartida entregada por la sociedad beneficiaria o cesionaria: los socios, que recibe la contraprestación, pero no los títulos o la propia sociedad cedente. La sociedad cedente entregará sus activos y pasivos a las sociedades beneficiarias y, como contraprestación, la propia sociedad o sus socios recibirán cualquier clase de bienes, siempre que sean distintos a acciones o participaciones de las sociedades beneficiarias.

## 5.2. La contraprestación

El cesionario o cesionarios están obligados a entregar a la sociedad cedente una contraprestación que no podrá consistir en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario según versa el artículo 81.1 LMESM. Precisamente es este tipo de contraprestación lo que esencialmente diferenciará a la cesión global de otras operaciones de modificación estructural como p.ej. la fusión o la escisión en las que la contraprestación consiste en un número de acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante o beneficiaria. De esta manera el legislador distancia las distintas operaciones de modificación estructural marcando con carácter prohibitivo los límites entre las mismas por el contenido de la propia contraprestación. Por otra parte, podrán los socios de la cedente recibir total y directamente la contraprestación y, en este caso, la contraprestación que reciba cada socio deberá respetar las normas aplicables a la cuota de liquidación (art. 81.2 LMESM).

La sociedad cedente recibirá, pues, a cambio de la transmisión en bloque de todo su patrimonio: dinero, títulos asimilables como obligaciones o bonos de disfrute, u otro tipo de activos como podrían ser bienes o derechos entre los cuales podemos incluir bienes inmuebles, derechos de crédito, derechos de propiedad industrial, etc (...). También se podría incluir como contraprestación una actividad económica como podría ser

---

<sup>241</sup> En este sentido CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Comentarios del Código Civil*, 1981, pg. 337.

un negocio o un patrimonio empresarial formado por un conjunto de derechos y obligaciones. A partir de la obtención de esa actividad económica como contraprestación, los socios podrían contraer obligaciones con terceros y establecer nuevas relaciones jurídicas que no estarían exentas de una problemática añadida en el supuesto de que se impugnara la operación de modificación estructural y se declarara la nulidad de la misma en una sentencia. Normalmente el cedente recibe una cantidad de dinero, la contraprestación en dinero ingresa en el patrimonio de la cedente, que podrá seguir existiendo. Un supuesto extraordinario sería aquel en el que el dinero recibido por la sociedad cedente a cambio del patrimonio transmitido fuera de 0 euros o bien de un valor simbólico debido a que se ha procedido a transmitir un patrimonio de valor negativo, lo cual no impide ejecutar la operación. En cambio, no se posibilitaría en el supuesto de la operación de escisión o de fusión, a menos que se tratará, en este último caso de una fusión de sociedad íntegramente participada en que la sociedad cedente fuera titular de forma directa o indirecta de todas las acciones o participaciones sociales en que se divida el capital de la sociedad o sociedades absorbidas. En este supuesto, la operación podrá realizarse sin necesidad este requisito: de que concurra un aumento de capital de la sociedad absorbente (nº 4º, art. 49.1 LMESM)<sup>242</sup>.

Por otra parte, la contraprestación que satisface el cesionario la recibe la sociedad cedente (y no los socios como cuota de liquidación cuando la sociedad cedente se va a extinguir). La cesión global permite la transmisión de empresas sin necesidad de que la empresa cedente se extinga.

Como hemos visto, el artículo 81.1 LMESM indica que la contraprestación recibida por la transmisión patrimonial debe consistir, no en acciones o participaciones del cesionario (que puede ser incluso una persona física y no una sociedad), sino normalmente en dinero o esta otra clase de activos. Por lo que la sociedad cedente sustituye en su patrimonio su anterior activo empresarial por una contraprestación de la sociedad receptora de la empresa que en ningún caso podrá consistir en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario. Dicha prohibición no está contenida en el apartado 2º

---

<sup>242</sup> En este sentido, ANSÓN PEIRONCELY, R., en “Cesión global de activo y pasivo”, en *La reestructuración empresarial... Op. cit.* pg. 272.

del artículo 81 como ha señalado algún autor<sup>243</sup>, si bien se entiende que la misma es extensiva a este supuesto en el que la contraprestación la reciben directamente los socios. Si no se razonara de este modo, la cesión global se enturbiaría con otras operaciones de modificación estructural. A pesar de esta interpretación extensiva, hubiera sido recomendable que el legislador hubiera expresado de nuevo esta prohibición<sup>244</sup> en el apartado 2º del artículo citado.

El hecho de que exista expresamente esta prohibición y no se pueda recibir ninguna otra contraprestación es fundamental para poder dotar de autonomía a la operación de cesión global y poder distinguirla, como ya hemos señalado supra, de otras operaciones de modificación estructural como la fusión, la escisión, la segregación o la constitución de sociedad íntegramente participada mediante transmisión del patrimonio. De este modo queda superada la posible confusión con cualquiera de ellas por la estricta concreción de los requisitos exigibles en cada una de las operaciones de modificación estructural pero, esto no es óbice para que se recurra en ocasiones a su utilización debido a su incompleta y más sencilla regulación.

Atendiendo a quién sea el sujeto receptor de la prestación, podemos distinguir distintos tipos de cesión global de activo y pasivo. El primer tipo refiere el hecho de que la contraprestación sea recibida íntegramente por la sociedad cedente: (art. 81.1LMESM). El segundo tipo que nos ocupa se remite al hecho de que sean los socios la que la reciben directa e íntegramente (art. 81.2LMESM) y el tercer tipo, no recogido expresamente por la LMESM, refiere el supuesto en el que la contraprestación se distribuya entre la sociedad cedente y los socios que integran la misma.

---

<sup>243</sup> ALONSO UREBA, A., “No obstante, a pesar e que la literalidad del art. 79.2 sólo prohíbe expresamente que la contraprestación consista en acciones, participaciones o cotas del socio cesionario cuando es la propia sociedad cedente (no sus socios) quien recibe la contraprestación, cabría sostener que dicho tipo de contraprestación tampoco podría ser recibida por los socios de la sociedad cedente en la medida en que ello nos llevaría a un supuesto más próximo al de la fusión o escisión total prescindiéndose de parte del régimen de ese tipo de operación” en “Comentario al Proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: IV. Cesión global de activo y pasivo”, *RdS*, núm.31, 2008, página 73.

<sup>244</sup> Memento Experto: Reforma Mercantil 2009 (Ley 3/2009), 2009, pg. 4030.

#### 5.2.1. CONTRAPRESTACIÓN PERCIBIDA ÍNTEGRAMENTE POR LA SOCIEDAD CEDENTE:

##### SUPUESTO DEL ARTÍCULO 81.1 LMESM

Cuando es la sociedad cedente la que recibe la contraprestación, la misma continuará con el ejercicio de su actividad económica dedicando la contraprestación al desarrollo de la sociedad, si bien es muy probable que pueda realizar un cambio en su objeto social<sup>245</sup> en cuyo caso los socios serán asistidos por un derecho de separación de la sociedad regulado en el artículo 346.1.a LSC. A partir de la obtención de la contraprestación convenida, la sociedad cedente podrá actuar de diversos modos pues puede tener que llegar a reducir el capital social en el caso de que la contraprestación recibida por la sociedad deje reducido el patrimonio social a la cifra de un tercio del capital (art. 327 LSC). La Ley, bajo la observancia del principio de proporcionalidad, obligará a que se disuelva la sociedad por consecuencia de pérdidas que dejen reducido su patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social (art. 363.1, d. LSC). También se podría solicitar el concurso de acreedores si existiera insolvencia. Este desequilibrio también podría evitarse realizando, si se estimara oportuno, una transformación de la sociedad en la que, gracias a la adopción de un tipo social distinto<sup>246</sup>, pudiera reducirse la cifra mínima necesaria de capital social (p.e. una transformación de una actual sociedad anónima a una futura sociedad de responsabilidad limitada en la que la cifra exigida para constituir el capital social mínimo desciende desde los 60.000 € de una S.A. hasta los 3000€).

#### 5.2.2. CONTRAPRESTACIÓN PERCIBIDA TOTAL Y DIRECTAMENTE POR LOS SOCIOS:

##### SUPUESTO DEL ARTÍCULO 81.2 LMESM

El apartado 2º del artículo 81 plantea la posibilidad de que sean los socios los que reciban directa e íntegramente la contraprestación por parte del cesionario o cesionarios en cuyo caso la sociedad se extinguirá debido a que se queda sin patrimonio procediéndose pues a la realización de su disolución y liquidación de la sociedad cedente.

---

<sup>245</sup> Broseta, M., El objeto social puede definirse como la actividad o las actividades que realizará la sociedad para la consecución del fin común. Sería, por tanto, una actividad instrumental para el logro del fin social último y quedaría igualmente dentro de lo que es la causa del contrato de sociedad, en "Teoría general de sociedades", cap.10, en *Manual de Derecho Mercantil*, 2014, pg. 286.

<sup>246</sup> Artículo 3 LMESM. *En virtud de la transformación una sociedad adopta un tipo social distinto, conservando su personalidad jurídica.*

Los socios recibirán bienes y derechos en base a los cuales sea posible realizar un reparto liquidatorio a los socios. En realidad, este supuesto es el que se refería en el derogado artículo 117 LSRL, en sede de liquidación y no necesita del nombramiento de liquidadores ni tampoco la total realización de la fase de liquidación. La liquidación de la sociedad comprende una serie de actos que van dirigidos a la satisfacción del importe de los créditos correspondientes a los acreedores sociales y a la distribución del patrimonio social remanente: bienes o dinero, entre los socios. Las normas relativas al proceso de liquidación de la sociedad tienden en esencia a mantener la organización social en defensa de los acreedores sociales, para, una vez que sean éstos satisfechos, poder proceder al reparto del patrimonio restante entre los socios<sup>247</sup>.

El apartado 2º del art. 81 LMESM expresa que en todo caso, la contraprestación que reciba cada socio deberá respetar las normas aplicables a la cuota de liquidación. Debido a que dicha cuota de liquidación es diferente según el tipo societario, nos remitiremos a la LSC (arts. 371 y ss.) para el estudio de la normativa de liquidación establecida para las sociedades anónima, de responsabilidad limitada y comanditaria por acciones y al Código de Comercio (arts. 227 y ss.) en el caso de que se trate de sociedades personalistas. En todo caso, según el artículo 85.1.4ª LMESM, en el proyecto de cesión global, cuando la contraprestación se atribuya a los socios, también se especificará el criterio en el que se funde el reparto.

Analizando la LSC, observamos que el artículo 391.2 establece que los liquidadores no podrán satisfacer la cuota de liquidación a los socios sin la previa satisfacción a los acreedores del importe de sus créditos. A continuación, el artículo 392.1 establece que la cuota de liquidación correspondiente a cada socio (a la que se refiere el artículo 81.2) será proporcional a su participación en el capital social, salvo disposición contraria de los estatutos sociales. Y, en el supuesto de las sociedades anónimas y sociedades comanditarias por acciones, si todas las acciones no se hubiesen liberado en la misma proporción, se restituirá en primer lugar a los accionistas que hubieran desembolsado mayores cantidades, el exceso sobre la aportación del que hubiese desembolsado menos y el resto se distribuirá entre los accionistas en proporción al importe nominal de sus acciones (art.392.2).

---

<sup>247</sup> SANCHEZ CALERO, F., *Principios de Derecho Mercantil*, 2012, pg. 424.

El artículo 393 LSC concreta el contenido del derecho a la cuota de liquidación expresando que los socios tendrán derecho a percibir en dinero la cuota resultante de la liquidación, salvo acuerdo unánime de los mismos. Los estatutos podrán establecer a favor de uno o varios socios el derecho a que la cuota resultante de la liquidación les sea satisfecha mediante la restitución de las aportaciones no dinerarias realizadas o mediante la entrega de otros bienes sociales, si subsistieren en el patrimonio social. En este supuesto, los liquidadores deberán satisfacer en primer lugar a los acreedores con los demás bienes sociales, y si el activo resultante fuese insuficiente para satisfacer a todos los socios su cuota de liquidación, los socios que hubieran adquirido el derecho a percibir en especie, deberán pagar previamente en dinero a los demás socios.

Dentro de este supuesto específico del artículo 81.2 LMESM en el que la contraprestación es entregada total y directamente a los socios, podemos distinguir dos supuestos que se pueden llevar a cabo también cuando la sociedad cedente es unipersonal: el primero de ellos hace referencia al hecho de que el único socio de la sociedad cedente pudiera recibir toda la contraprestación a cambio del patrimonio que cede a un cesionario, a un tercero. La sociedad cedente se extingue pues y nos encontramos, sin lugar a dudas, en un caso subsumible en este artículo 81.2 solo que con un solo socio cedente. No debe confundirnos el segundo supuesto que es aquel en el que la sociedad cedente es igualmente unipersonal: solo posee un único socio que es una sociedad y cede todo su patrimonio extinguiéndose a un único cesionario, que ya no es el tercero, sino que es el único socio de la sociedad cedente y al mismo tiempo una sociedad. En este caso no nos encontramos ante una cesión global de activo y pasivo sino ante el supuesto regulado por el artículo 53 de la LMESM como operación asimilada a la fusión: *“también constituye una fusión la operación mediante la cual una sociedad se extingue transmitiendo en bloque su patrimonio a la sociedad que posee la totalidad de las acciones, participaciones o cuotas correspondientes a aquella”*. Se trata, como ya hemos dicho supra, de un supuesto de integración empresarial subsumible en el régimen simplificado del artículo 49 de la Ley. El tenor del artículo 53 deja fuera del ámbito de la operación asimilada a la fusión, aquella en la que los sujetos cedente (único socio) y cesionario (único socio de la sociedad cedente), no fueran sociedades mercantiles, p.e., que se tratara de una persona física o de una persona jurídica diferenciada de una sociedad como cual-

quier asociación o fundación. Este último supuesto formaría parte de la operación de cesión global de activo y pasivo.

### 5.2.3. CONTRAPRESTACIÓN COMPARTIDA ENTRE LA SOCIEDAD CEDENTE Y LOS SOCIOS

Hemos referido los supuestos establecidos en el artículo 81.1 LMESM en el que la contraprestación es recibida por la sociedad íntegramente y el art. 81.2 LMESM que arbitra la posibilidad de que la contraprestación sea recibida total y directamente por los socios. Nos planteamos ahora si es posible el hecho de que la contraprestación sea compartida entre la sociedad y los socios<sup>248</sup>, algo no plasmado en el texto legal de forma expresa y que supondría el que no participaran la totalidad de ellos pues no nos encontramos ante un supuesto de extinción de la sociedad cedente cuando es la misma la que recibe, forzosamente, parte de esa contraprestación. Es decir, no estamos en el supuesto de una cesión liquidatoria. Se trataría de una cesión mixta en la que la sociedad cedente tendrá o no que reducir su capital social dependiendo de que la parte de la contraprestación que ella reciba deje su patrimonio por encima o no de la cifra del capital social<sup>249</sup>. Es decir, si la contraprestación que recibe la sociedad deja su patrimonio neto por debajo de la cifra de su capital social, la sociedad tendrá que reducir el capital social<sup>250</sup>.

### 5.2.4. CONTRAPRESTACIÓN RECIBIDA POR UN SOCIO QUE AL MISMO TIEMPO ES CESIONARIO (SOCIO-CESIONARIO). POSIBILIDAD DE COMPENSACIÓN

Nos planteamos el supuesto ahora de que uno o varios socios cedentes sean al mismo tiempo los cesionarios que van a satisfacer la contraprestación y a recibirla al mismo tiempo directamente, y no la sociedad. Es el supuesto que situamos dentro del artículo 81.2 LMESM en el que la sociedad cedente queda extinguida como consecuen-

---

<sup>248</sup> ALONSO UREBA, A., *Modificaciones estructurales... Op.cit.*, pg. 650, admite la posibilidad de que la contraprestación pueda ir en parte a la sociedad cedente y en parte a todos sus socios.

<sup>249</sup> ÁVILA NAVARRO, P., *Op.cit.*, pág. 560 pone de manifiesto que...*la operación equivale a una cesión global ordinaria seguida de una reducción de capital con devolución de aportaciones. Pero, con todo, la reducción de capital no parece estrictamente necesaria si los socios entienden que la parte de la contraprestación que recibe la sociedad cubre suficientemente la cifra del capital; porque entonces, más que una reducción de capital con devolución de aportaciones, hay un reparto de reservas libres.*

<sup>250</sup> El artículo 327 de la LSC establece el carácter obligatorio de la reducción del capital en la S.A. cuando las pérdidas hayan disminuido su patrimonio neto por debajo de las dos terceras partes de la cifra del capital y hubiere transcurrido un ejercicio social sin haberse recuperado el patrimonio neto. Por otra parte el artículo 363 establece como una de las causa de disolución de las sociedades capitalistas el hecho de que quede reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social.

cia de la cesión ya que la contraprestación, como ya sabemos, la reciben total y directamente los socios. El socio o los socios cesionarios deben abonar la contraprestación como cesionarios pero al mismo tiempo, como socios que son, recibirán la cuota de liquidación correspondiente. En ese caso, y debido a que estos socios son igualmente cesionarios, resultaría más sencillo aplicar el mecanismo de la compensación<sup>251</sup> establecido en el artículo 1195 del CC pues nos encontramos ante el presupuesto objetivo de la existencia de dos personas que son recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra: cedente socio y cesionario, teniendo en cuenta que se cumplen todos los requisitos necesarios para su aplicación establecidos en el artículo 1196 CC.<sup>252</sup> Así pues es necesario, según el segundo de los requisitos, que la cuota de liquidación y la contraprestación consistan en una cantidad de dinero o en cosas fungibles de la misma especie y calidad. De lo contrario, no tendría lugar el instituto de la compensación.

Si, como en el supuesto anteriormente estudiado en el punto 4, la contraprestación se repartiera entre los socios y la sociedad y, por lo tanto, la sociedad no se extinguiera, el socio de la sociedad cedente que es al mismo tiempo cesionario tendría la obligación como cesionario de abonar la contraprestación correspondiente y también el derecho de recibirla como socio que es. La junta de socios de la sociedad cedente, atendiendo a lo establecido en el proyecto de cesión global (art. 85 LMESM), fijará la compensación resultante entre los dos términos, sin tener que observar la normativa relativa a la cuota de liquidación pues no nos encontramos bajo el supuesto del artículo 81.2.LMESM.

---

<sup>251</sup> CONDE TEJÓN, A., *La cesión global de activo y pasivo como operación de modificación...Op.cit.* pg. 137, sostiene que en este supuesto se produce la particularidad de que son coincidentes los cesionarios con los socios de la sociedad cedente, y, en consecuencia, considerando que son socios, tienen derecho a participar en el reparto de la cuota de liquidación. Pero esa cuota de liquidación a la que tienen derecho va a proceder de la cantidad que, antes y como cesionario, ha tenido que pagar a la sociedad como contraprestación por la realización de la cesión. Debido a eso Conde Tejón se plantea la posibilidad de que se realice la compensación si bien ésta no podría realizarse por el socio beneficiario sin que antes procediera su aprobación en la Junta General que aprueba el acuerdo de cesión global. Esta sucesión temporal es absolutamente necesaria debido a que el derecho a percibir la cuota de liquidación es un derecho que nacerá a posteriori y tras el pago de la contraprestación.

<sup>252</sup> El artículo 1196 CC expone que, para que proceda la compensación, es preciso: 1º Que cada uno de los obligados lo esté principalmente, y sea a la vez acreedor principal del otro. 2º Que ambas deudas consistan en una cantidad de dinero, o, siendo fungibles las cosas debidas, sean de la misma especie y también de la misma calidad, si ésta se hubiese designado. 3º Que las dos deudas estén vencidas. 4º Que sean líquidas y exigibles. 5º Que sobre ninguna de ellas haya retención o contienda promovida por terceras personas y notificada oportunamente al deudor.



### **Capítulo 3:**

## **La cesión global de activo y pasivo como instrumento para la transmisión de empresas en Derecho español**

#### **I**

### **SIGNIFICADO JURÍDICO DE LA EMPRESA EN DERECHO MERCANTIL**

La cesión global de activo y pasivo persigue desde el punto de vista económico la transmisión de una empresa. En la actualidad, la cesión global, además de seguir cumpliendo una función liquidatoria, se utiliza abiertamente como técnica para articular la transmisión de empresas<sup>253</sup>. Antes de acometer la labor de estudio de la cesión global como instrumento de transmisión de empresas, hemos de detenernos en la comprensión previa del significado de empresa.

Actualmente el Derecho Mercantil justifica su autonomía y especialidad normativa como derecho privado de carácter especial basándose en la empresa como eje sistemático y delimitador de su materia. No es coincidente pues con una concepción objetiva ya superada que mantenía el legislador decimonónico centrando la realidad mercantil exclusivamente en los actos de comercio a pesar de las dificultades existentes en la delimitación y definición de los mismos a lo largo del articulado. La relevancia que el legislador decimonónico otorgó a los actos de comercio como eje central de la disciplina mercantil se infiere del tenor del artículo 2 del CCom según el cual *los actos de co-*

---

<sup>253</sup> LARA GONZÁLEZ, R., *Op. cit.* pg. 605.

*mercio, sean o no comerciantes lo que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él, en sus defectos por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza y a falta de ambas reglas por las del Derecho común.*

La empresa constituye el eje vertebrador del Derecho Mercantil del siglo XXI y la misma es concebida como un sistema de organización del ejercicio profesional de la actividad económica en el mercado. Es la empresa la que cualifica y delimita la materia mercantil objeto de nuestro estudio. Es el núcleo que aglutina y centra la realidad jurídico mercantil objeto de nuestro estudio. Tal presupuesto del que partimos obliga a que el Derecho Mercantil también se ocupe de regular todas las realidades que se encuentran relacionadas con la empresa y que presuponen la misma como punto de partida. Así la empresa se correlaciona estrechamente con la figura del empresario, como sujeto ordenador del sistema mercantil. El empresario ejercita una actividad constitutiva de empresa y cualifica los actos económicos convirtiéndolos en negocios mercantiles. También deriva de la empresa el concepto de mercado, que es el espacio o contexto económico y jurídico en el que el empresario y la empresa realizan sus funciones y persiguen sus fines. Es el mercado el entorno adecuado en el que las sociedades mercantiles tratarán de conseguir el objeto social para el que se han constituido, donde intermedian con la producción y venta de sus bienes y servicios y, en definitiva fortalecen al país y a su economía.

Este es pues el significado jurídico actual de la empresa para el Derecho Mercantil si bien debemos completarlo con la concepción que sobre la empresa plasma nuestra Constitución económica en la Carta Magna de 1978. Según el artículo 38 CE *“se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”*.

La Constitución española declara expresamente en este artículo la libertad de empresa<sup>254</sup> en el marco de la economía de mercado estableciendo principios jurídicos

---

<sup>254</sup> La libertad de empresa debe ejercitarse en el marco de la economía de mercado debiéndose entender, tal como indica el tribunal constitucional, como “la defensa de la competencia que constituye un presupuesto y un límite de aquella libertad, evitando aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seria-

ordenadores de la actividad económica y configurando un determinado modelo constitucional de empresa. Entre ellos distinguimos el ya referido reconocimiento de la iniciativa privada de los empresarios en el marco de la economía de mercado (art. 38, citado); la posibilidad de iniciativa económica de la Administración Pública adoptando forma empresarial propia del Derecho privado o bien de Ente administrativo (art. 128.2), la subordinación al interés general de la iniciativa económica pública o privada (art. 128.1); el hecho de que el empresario vea compartido su poder de gestión a través de la participación de los trabajadores en la misma fomentando las sociedades cooperativas (art. 129.2). A partir de estas directrices normativas dispuestas a lo largo del desarrollo de la Constitución económica podemos inferir un concepto jurídico constitucional de empresa que completa el dado anteriormente y la define como organización económica productiva y socioeconómicamente eficiente creada y dirigida por un sujeto jurídico (privado o público) atribuido de libertad económica, con participación de los trabajadores en su gestión o en sus beneficios<sup>255</sup>.

No plantea mayor problema la definición de empresa desde un punto de vista económico si bien el concepto económico de empresa no resulta suficiente para construir la totalidad de la disciplina de Derecho Mercantil ya que no todo derecho de la empresa es Derecho Mercantil. Los autores Font Galán y Pagador López<sup>256</sup>, definen la empresa como un sistema de organización económica productiva que se configura como el sistema o forma de ejercitar las libertades económicas de producción e intermediación de bienes y servicios para el mercado. El concepto económico de empresa como organización económica productiva operante en el mercado en régimen de libre competencia posee una gran trascendencia ya que a partir de la organización por el empresario de los factores productivos: capital y trabajo, se constituye como un organismo productivo de riqueza para el país, de salarios para los trabajadores, de beneficios para los empresarios e inversores, y de bienes y servicios para los consumidores. La empresa está destinada a la producción o a la intermediación de bienes y servicios para el mercado con el fin de

---

mente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre empresas y no como una restricción de la libertad económica” (STC 1/1982, 208/1999, de 11 de noviembre).

<sup>255</sup> FONT GALÁN, J.I. y PAGADOR LÓPEZ, J., en “La empresa” (cap.9), en *Derecho Mercantil*, vol.1º “Concepto y fuentes del Derecho Mercantil. La empresa y el empresario. El empresario individual”, 2014.

<sup>256</sup> *Ibidem*, pgs. 152 y 153.

generar ganancias si bien necesita del empresario como titular de la misma para así poder formular de modo preciso el contenido del Derecho Mercantil.

También podemos referir una concepción patrimonialista de la empresa que conceptúa la misma como un conjunto de bienes y derechos que con carácter permanente conforman una unidad productiva. El principio de unidad patrimonial respecto al conjunto de bienes que integran la empresa y la necesidad de un sujeto titular de la misma (el empresario) preside todas las relaciones jurídicas. La Ley Concursal recurre constantemente a esta concepción de la empresa como conjunto de establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o servicios pertenecientes al deudor (art. 149.1LC) o como conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica (art.149.2 LC). Del mismo modo, el RRM reconoce esta concepción unitaria de la empresa identificándola con un conjunto o unidad económica cuando regula el objeto de la aportación social de empresa (art. 133.1, párr. 2º, y 190.1, párr.2º). También la DGRN refiere ese concepto en su Resolución de 18 de junio de 1998 considerando a “la empresa o establecimiento como una universalidad, diferente de la suma de los elementos que la integran”. Esta concepción unitaria y patrimonialista de la empresa se encuentra igualmente recogida por la LMESM en la conceptualización de las distintas operaciones de modificación estructural: así en la fusión (arts.22 y 23), en la escisión (arts. 70 y 71) y en la operación objeto de nuestro estudio: la cesión global de activo y pasivo (arts. 81 y ss.). En este caso la titularidad de la empresa corresponde a una sociedad mercantil, persona jurídica, pero ello no es obstáculo para poder seguir considerando válida esta concepción de empresa como organización patrimonial unitaria que explota autónomamente una actividad comercial, industrial o de servicios<sup>257</sup>.

Es objeto de nuestro ordenamiento jurídico español el proporcionar al Derecho económico y en concreto al Derecho Mercantil los instrumentos normativos y mecanismos técnico-jurídicos necesarios para definir y regular la empresa. Resulta necesario concretar un concepto jurídico positivo de empresa pero la doctrina reconoce que ésta es una tarea difícil porque no se puede proporcionar un estatuto jurídico unitario a la misma ya que es una realidad compleja de difícil vertebración unitaria por el Ordenamiento jurídico en la que se contienen diversos aspectos no solo mercantiles sino también cons-

---

<sup>257</sup> *Ibidem*, pg. 170.

titucionales, civiles, laborales, fiscales, contables, administrativos, etc. Además, este complejo sistema consta de distintos elementos componentes: personales, materiales, inmateriales, contractuales, etc. y también de distintos intereses, derechos y deberes en juego. A ello se añaden plurales funciones o poderes que pretenden ser ejercitados por diferentes interesados: empresarios, socios, trabajadores, Estado o Administración Pública e, incluso, consumidores o clientes de las mismas.

Debido a su heterogénea realidad económica resulta complicado la conceptualización normativa y regulación unitaria de la empresa ya no solo por parte del Derecho positivo sino también por parte del propio Derecho Mercantil, que, delimita su materia de forma especialmente cualificada en torno a la misma pero que a la vez, es incapaz de definirla y dotarla de un concepto jurídico necesario. El Derecho se ha mostrado incapaz de conceptualizar a la empresa y así se constata un vacío jurídico pendiente de resolver. Ello ha provocado que la doctrina, durante el último lustro, se haya venido mostrando pesimista a la hora de acometer esta labor de construcción jurídica del concepto de empresa pues los autores consideran la dificultad de reunir en una sola realidad unitaria tan diferentes elementos y realidades dispares e integradoras de la empresa.

El Ordenamiento español debe centrarse en el estudio de un conjunto de preceptos en los que se encuentran nuevos materiales o elementos normativos que contribuirán a la construcción de un concepto jurídico positivo de empresa y que podrán cambiar esa actitud pesimista de la doctrina sobre la posibilidad de definirla jurídicamente. Estos nuevos elementos se encuentran dispuestos en textos como la Constitución Española en sus arts. 38, 128.2 y 129.2 dónde se configura un modelo constitucional de empresa y aparecen elementos como productividad, economicidad u organización económica. Otros elementos normativos conceptualizarán jurídicamente a la empresa como objeto unitario de tráfico jurídico. Así, se reconoce de forma aislada la unidad económica de la empresa en el Reglamento del Registro Mercantil – arts. 133.1 y 190.1 (con un expreso reconocimiento de la unidad económica), en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, arts. 148.1 y 149.1; en la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, Marcas, art.47.1; en el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), art. 44.2 y del mismo modo en la

LMESM –arts.70.2, 71 y 81 y ss<sup>258</sup>. Ésta última, objeto de nuestro estudio nos muestra una gran variedad de materiales normativos significativos (traspaso en bloque, unidad económica patrimonial) que se reúnen y ayudan a lograr un concepto jurídico unitario de empresa como una organización patrimonial unitaria que explota autónomamente una actividad comercial, industrial o de servicios y cuya titularidad corresponde a un empresario como persona jurídica societaria<sup>259</sup>. Igualmente la Ley Concursal, y por primera vez en nuestro Derecho Positivo, en su art. 149.2 ya concreta un concepto jurídico de empresa como unidad productiva, es decir, como “conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica”. Del análisis del texto legal concursal se infiere que la empresa merece tal consideración pues la empresa constituye una unidad patrimonial por el “conjunto de medios” que posee (todos ellos conforman dicha unidad patrimonial) y, al mismo tiempo, la empresa es una organización con la finalidad del desarrollo de una actividad económica “...organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica” que deberá ser continuada y, en consecuencia, productiva. Por ello, la empresa puede ser calificada como unidad productiva. Dicha concepción de la empresa como unidad productiva reúne tres elementos fundamentales: la unidad patrimonial, la organización de la misma (de los medios) que radica en la figura del empresario y la actividad económica productiva. Cuando se realicen los tres elementos, nos encontraremos ante una empresa, que parte del presupuesto o la necesidad de

---

<sup>258</sup> Concretamente la Ley Concursal refiere en su art. 148.1 el plan de liquidación disponiendo que la administración concursal presentará al juez un plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso que, siempre que sea factible, deberá contemplar la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de algunos de ellos. También el art. 149.1 LC establece reglas legales supletorias que determinan que de no aprobarse un plan de liquidación y, en su caso, en lo que no hubiere previsto el aprobado, las operaciones de liquidación se ajustarán a las siguientes reglas: el conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al deudor se enajenará como un todo, salvo que, previo informe de la administración concursal, el juez estime más conveniente para los intereses del concurso su previa división o la realización aislada de todos los elementos componentes o sólo de algunos de ellos.

Por su parte la LM establece en su art. 47.1 que la transmisión de la empresa en su totalidad implicará la de sus marcas.

También el ET, en su art.44.2. Dispone que a los efectos de lo previsto en el presente artículo, se considerará 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.

Con respecto a la LMESM, aunque sea objeto de mayor detalle a lo largo de nuestro estudio, se refiere ahora que los arts. 70.2 y 71 sobre a la escisión parcial y la segregación parten de una transmisión en bloque del patrimonio.

<sup>259</sup> GALÁN, J.I. y PAGADOR LÓPEZ, J. *Op.cit.* pg.170.

ser una unidad productiva. El concepto de empresa como organización se destaca igualmente en el artículo 1.1 del ET que establece el ámbito de aplicación de la Ley a aquellos trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario.

También la Propuesta de Código Mercantil en su Exposición de Motivos persigue la intencionalidad de configurar un concepto jurídico de la empresa aportando algo de luz a este cometido y delimitando la misma como organización económica de producción de bienes o prestación de servicios, a partir de la cual se identifica al titular: empresario y a la actividad económica<sup>260</sup> que desarrolla en el mercado. La Propuesta define a continuación la empresa en el art. 131-1 y la distingue del concepto de establecimiento mercantil (art.131-3) y del de patrimonio del empresario o elementos integrantes de la empresa (art.131-2)<sup>261</sup>.

A la luz de estos nuevos elementos normativos analizados, la doctrina sigue tratando de dar un concepto estrictamente jurídico de empresa si bien éste es entendido de modo diverso por los distintos sectores doctrinales. Según Uría, Sánchez Calero y Rojo la empresa es un modo de actividad diferenciando la misma del establecimiento mercantil que es el instrumento al servicio de la actividad. De esta manera se está fragmentando el término y no se le otorga la unidad necesaria, bajo nuestro punto de vista. Somos coincidentes con la postura mantenida por otro sector doctrinal en el que Chuliá conceptúa la empresa de modo unitario como realidad que reúne distintos aspectos subjetivos y objetivos que integran el término: empresa-sujeto, establecimiento, organización económica y actividad.

El proceso de juridificación de la empresa necesita de una conceptualización jurídico-patrimonial de esa unidad productiva a la que hemos hecho referencia y que todavía no ha llegado a nuestro ordenamiento jurídico positivo. Se trata de definir la misma como una nueva categoría patrimonial que supere realidades tradicionales. A nuestro juicio sería deseable que la empresa poseyera su propio estatuto jurídico en el que se inte-

---

<sup>260</sup> Dicha actividad económica es cualificada debido a las características especiales que reúne como actividad profesional ejercitada por el empresario que es el verdadero sujeto de derecho. La repetición en masa de los actos de comercio presupone la profesionalidad de su autor que es una persona física o jurídica titular de una empresa.

<sup>261</sup> FONT GALÁN, J.I. y PAGADOR LÓPEZ, J. *Op.cit.* pg.162

graran todos sus elementos, aspectos y dimensiones sin ningún tipo de escisión, constitutivos todos ellos de una nueva modalidad de riqueza productiva, tal como versa el art. 128.a CE<sup>262</sup>. La consideración jurídico-patrimonial de la empresa que proponemos aún no tiene realidad en nuestro Derecho positivo. La empresa actualmente no constituye una categoría patrimonial a pesar de que el ordenamiento legal, como hemos detallado, concibe la misma como una modalidad de riqueza productiva constitutiva de un bien o valor patrimonial de explotación que se fundamenta en tres elementos esenciales: el empresario que es el sujeto creador y organizador, el patrimonio empresarial que es el objeto organizado y la organización en sí. Todo ello conforma a la empresa desde un punto de vista jurídico como una especial realidad patrimonial atípica y de carácter complejo pues podemos observar que no estamos tratando de cualquier patrimonio sino de uno determinado en la que el elemento de organización tiene un carácter vivo y dinámico por el tipo de actividad que desarrolla la empresa; el objeto organizado incluye bienes y derechos de carácter patrimonial diversos y de gran importancia económica como p.ej. bienes de carácter inmaterial entre los que destacamos la clientela, las expectativas de ganancias, los secretos comerciales e industriales y el fondo de comercio. Este conjunto patrimonial vivo o riqueza productiva, en virtud de sus especiales caracteres, implica también actividad y organización. El titular de la empresa estará sujeto al principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC.) y a dicha empresa se le podrán imputar derechos, deudas y responsabilidades como consecuencia del desarrollo de su actividad económica. Precisamente por ser la empresa un modo de riqueza productiva es por lo que se convierte en un interesante objeto de negocios jurídicos que recibirán la calificación de atípicos, como pueden ser la compraventa de empresa o el arrendamiento de empresa<sup>263</sup>.

En la actualidad, la cesión global de activo y pasivo, además de seguir cumpliendo una función liquidatoria, se utiliza abiertamente como técnica para articular la transmisión de empresas.

---

<sup>262</sup> GISPERS PASTOR, M.T. “La noción de la empresa en la Constitución española”, en AA.VV, *La empresa en la Constitución española*, 1989, pg. 37 y ss.

<sup>263</sup> FONT GALÁN, J.I. y PAGADOR LÓPEZ, J. *Op.cit.* pg.177.



## II

### LA CONSERVACIÓN Y CONTINUIDAD DE LA EMPRESA COMO PRINCIPIO INFORMADOR DE LA OPERACIÓN DE CESIÓN GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO

A partir de la concreción de esta concepción jurídica de la empresa, debemos hacer ahora mención a un principio informador del ordenamiento jurídico mercantil: el interés general en la conservación y continuidad de las empresas que es considerado como un objetivo prioritario a conseguir por parte de las modificaciones estructurales de sociedades mercantiles. Para la consecución de dicho objetivo, se llevan a cabo reestructuraciones empresariales que permitirán el mantenimiento y conservación de la sociedad mercantil<sup>264</sup>.

Concretamente, la cesión global de activo y pasivo, adquiere con la LMESM una nueva función de reestructuración empresarial, superando la antigua función liquidatoria, y procediendo a transmitir una empresa en funcionamiento que pretenderá ser conservada, en la medida de lo posible, como fuente de riqueza nacional. La conservación de la empresa fortalecerá nuestro tejido empresarial y beneficiará a nuestra economía, por ello debe ser salvaguardada en las relaciones jurídico mercantiles. Del mismo modo sucederá por parte de la sociedad cedente, que cuando no se extinga, podrá reestructurarse y continuar realizando una actividad empresarial en el mercado. El legislador español regula este presupuesto tanto en el CCom como en las abundantes leyes mercantiles especiales que complementan éste siendo consciente de que protegiendo el tejido empresarial del país se contribuye al desarrollo económico del mismo. Dicho principio informador se proyecta tanto en el empresario individual<sup>265</sup> como en las sociedades mercantiles. Del mismo modo, la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, defiende a lo largo de su articulado el principio de conservación de la empresa cuando ya la misma ha

---

<sup>264</sup> De este modo lo considera ALONSO UREBA, A., *Op. cit.* pg.641.

<sup>265</sup> El art.5 del Código de Comercio facilita la transmisión *mortis causa* del negocio al menor, el cual podrá seguir acometiendo la labor empresarial gracias a la representación del tutor, que actúa en su nombre, adquiriendo el menor la calificación de empresario. Si el tutor resultara incapaz será sustituido por un factor de modo subsidiario. El legislador articula estos criterios subsidiarios para salvaguardar en todo caso la empresa.

devenido a un estado de insolvencia. Alonso Ledesma<sup>266</sup> argumenta que la “*finalidad solutoria del concurso no es incompatible con la conservación de la empresa y la continuidad de su actividad como fórmula que se presume tendencialmente idónea no sólo para satisfacer los derechos de los acreedores sino también para la tutela de los distintos intereses confluyentes en el procedimiento (intereses generales de la economía, conservación del tejido empresarial, mantenimiento del empleo etc.) Y ello porque aunque se trate de una empresa insolvente su valor unitario normalmente será superior al que podrían alcanzar los elementos materiales e inmateriales que la componen aisladamente considerados, teniendo en cuenta, sobre todo, la potencial capacidad productiva del conjunto, esto es, de la riqueza que se supone que puede generar en el futuro, sea en manos del deudor o, sobre todo, en manos de otro empresario que sea capaz de imprimir un nuevo sesgo a la explotación mediante la implantación de un diverso plan de negocio*”. Hay varios ejemplos que así lo sustentan: así el art. 44 LC aboga por la no interrupción de la actividad empresarial a pesar de la declaración de concurso, incluso en el caso en que se suspendan las facultades de administración y disposición del deudor. Tanto las fases de convenio como la de liquidación reflejan dicha intencionalidad. El art. 100 LC aborda el contenido de la propuesta de convenio, como una solución concordatoria del concurso, con mayor flexibilidad en los límites establecidos en las quitas y esperas. También, en su apartado 3º, la propuesta de convenio admite como novedad que su contenido pueda ser modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo. En la solución liquidatoria del concurso se constata también, concretamente en el art. 148.1LC, la preocupación del legislador por realizar, siempre que sea posible, una enajenación unitaria de los elementos que conforman la masa activa del concurso: conjunto de establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de algunos de ellos<sup>267</sup>.

---

<sup>266</sup> “La transmisión de la empresa o de unidades productivas del empresario insolvente como contenido del convenio concursal”, en el VIII Seminario Harvard-Complutense de Derecho mercantil, <http://eprints.ucm.es/>.

<sup>267</sup> Patón García, G.; (coord.), en *La liquidación de empresas en crisis. Aspectos mercantiles, laborales y fiscales*, 2014, analiza que la liquidación de la empresa tiene diversos efectos entre los cuales distinguimos la transmisión de todos los elementos que constituyen la misma

También la LMESM, ya en el exclusivo ámbito del Derecho societario, aboga por la conservación y continuidad de la empresa cuando la sociedad mercantil acometa una reestructuración empresarial mediante la transmisión de sus elementos patrimoniales a través de las distintas operaciones de modificación estructural que dicha Ley regula. La LMESM regula diferentes tipos de transmisiones patrimoniales que puede acometer una sociedad mercantil aunque también se puedan realizar otro tipo de transmisiones atípicas de la empresa, si bien las mismas quedan fuera de la LMESM<sup>268</sup>.

Las reestructuraciones empresariales son desarrolladas con mayor frecuencia en etapas de crisis económica como la que ya perdura en nuestro país y en el entorno de la cual nació la LMESM. Ante esta situación global de crisis mantenida, los operadores económicos reclaman al legislador la producción de nuevas medidas legislativas que traten de afrontarla y así, resentir en la menor medida posible el tejido empresarial de nuestro país<sup>269</sup>. Para ello la LMESM ha reunido operaciones como la fusión, la escisión y la cesión global de activo y pasivo que pretenden facilitar a los operadores económi-

---

<sup>268</sup> Nos estamos refiriendo a aquellas transmisiones patrimoniales atípicas en las que se realiza una transmisión parcial y no total del patrimonio sin el efecto de sucesión universal y que quedan fuera de la regulación de la LMESM. En este caso quedan sujetas al derecho común y se lleva a cabo una transmisión individual de los distintos elementos patrimoniales según la normativa que regule cada uno de los elementos transmitidos.

<sup>269</sup> La labor del legislador ha sido muy productiva en un contexto grave de crisis económica en el que entró en vigor también LMESM. Podemos señalar diferentes medidas legislativas anti crisis nacidas para acometer la recuperación empresarial y que abogan por el crecimiento y la reactivación económica, buscando fortalecer el tejido empresarial de nuestro país de forma duradera; entre ellas La Ley 14/13, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. La Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado pretende, a tenor del contenido de su Preámbulo la consecución de este principio económico esencial para el funcionamiento competitivo de nuestra economía. Este principio tiene su reflejo en el artículo 139 de la Constitución Española que expresamente impide adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español. De aun más reciente publicación es el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial que está suponiendo un cambio profundo en el régimen español de las operaciones de refinanciación. También incorpora algunos mecanismos de gestión extrajudicial de las situaciones de insolvencia que se han venido aplicando en los últimos años en los países de nuestro entorno y que han demostrado una eficacia relevante en el objetivo común de todos los interesados de mantenimiento de la actividad de las empresas en dificultades financieras maximizando el valor y capacidad de pago del deudor. Esta ley pretende ampliar la regulación de los acuerdos de refinanciación para favorecer el alivio de carga financiera o “desapalancamiento” de empresas potencialmente viables desde el punto de vista operativo, con el máximo respeto a las legítimas expectativas de los acreedores cuya participación activa se fomenta en estos procesos de saneamiento financiero. Se modifica el artículo 5 bis Ley Concursal (“LC”), permitiendo que la presentación de la comunicación de iniciación de negociaciones para alcanzar determinados acuerdos pueda suspender, hasta un plazo máximo de cuatro meses, las ejecuciones judiciales de bienes del deudor que resulten necesarios para la continuidad de la actividad económica del deudor.

cos las reestructuraciones empresariales cuando éstas sean necesarias por las variables exigencias de los mercados. La utilidad de las modificaciones estructurales como procesos de reorganización o integración empresarial, se muestra de modo destacado, en situaciones de crisis financiera, cuando la realización de dichas operaciones será una alternativa a la declaración del concurso evitando el mismo<sup>270</sup>. La Ley pretende lograr la transmisión del patrimonio social de una sociedad mercantil con el efecto de sucesión universal a través de un elenco de operaciones societarias recogidas en la Ley que procuran una mayor rapidez y simplicidad en el traspaso del patrimonio. A través de la fusión, escisión total, segregación (en el supuesto en que todo el patrimonio de la sociedad segregante se fragmenta en partes) y cesión global de activo y pasivo se realiza una transmisión total del patrimonio. También es subsumible en la LMESM la realización de una transmisión parcial del patrimonio por medio de la escisión parcial y de la segregación (cuando la sociedad transmitente fragmenta solo parte de su patrimonio).

De estos instrumentos de reestructuración empresarial recogidos en la LMESM solo podrán beneficiarse las sociedades mercantiles pues es requisito indispensable, como sabemos, que la sociedad cedente sea una sociedad mercantil. En este sentido otras entidades u operadores económicos como las personas físicas o entidades jurídicas no mercantiles no pueden valerse de las operaciones de modificación estructural y de las ventajas procedimentales de las mismas para llevar a cabo una reestructuración, estando claramente en desventaja con respecto a las sociedades mercantiles. Es plausible la carencia de una regulación general de transmisión de empresas en España, teniendo que acogerse a negocios atípicos de transmisión de las mismas.

Tanto la fusión como la escisión y la cesión global de activo y pasivo facilitan la transmisión y continuidad de la empresa, objetivo fundamental de la reestructuración empresarial, debido a que observan el cumplimiento de un procedimiento legal establecido al efecto y también a que se valen de la sucesión universal como mecanismo de transmisión en bloque de la globalidad de los elementos patrimoniales que conforman

---

<sup>270</sup> Así se pronuncia al respecto ARANGUREN URRIZA, F.J., en “Modificaciones estructurales y concurso de acreedores”, cap. XI, en *Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, GARRIDO DE PALMA, V.M., ANSÓN PEIRONCELY, R., BANACLOCHE PÉREZ, J., 2013.

una empresa<sup>271</sup>. La observancia de un procedimiento legal procurará la seguridad jurídica para los distintos sujetos intervinientes o implicados en la operación. Y, por otra parte, la LMESM, a lo largo de su articulado, reconoce la sucesión universal como el medio de transmisión idóneo en las diferentes operaciones de reestructuración empresarial. El mismo va a facilitar en gran medida la transmisión de la empresa a través de una sola operación que abaratará los costes frente a la realización de múltiples operaciones que transmitirían, en otro caso, los distintos elementos patrimoniales, por separado. La operación de fusión admite la sucesión universal para todo tipo de fusiones en el art. 23: “...transmisión en bloque de los respectivos patrimonios sociales a la nueva entidad...”. En el contexto de la escisión, los artículos 69, 70 y 71 refieren explícitamente la transmisión en bloque por sucesión universal para la escisión total, escisión parcial y segregación. Por último y como también hemos referido más arriba, el art. 81, ya en el contexto de la cesión global de activo y pasivo, refiere la sucesión universal de todo el patrimonio cuando define la operación.

Las reestructuraciones empresariales se suceden actualmente con gran frecuencia por necesidades coyunturales del mercado constituyendo un proceso que va a suponer un cambio importante en la vida de una empresa ya en fase de expansión o de madurez. Pueden ser motivadas por una necesidad de expansión para poder aprovechar nuevas oportunidades o bien por una necesaria regeneración de la empresa ante situaciones de crisis que provocan una pérdida de su posición anticompetitiva y finalmente una situación financiera insostenible. En ambos casos se tratará de lograr una mayor productividad. La empresa, en todo caso, deberá reestructurarse por diversas causas como su necesaria adaptación a las innovaciones tecnológicas, a los cambios en las tendencias de consumo, al acceso de nuevos competidores al mercado, a la globalización de los mismos, y también debido a la falta de disponibilidad de recursos financieros. Es importante poder acometer dichos procesos de reestructuración con un marco legislativo que

---

<sup>271</sup> Añadir el comentario de CONDE TEJÓN, A., *Op.cit.*, pg. 66, sobre los inconvenientes que existían antes de la llegada de la ley para la transmisión de las empresas.

proporcione soluciones eficaces y la protección jurídica necesaria a los operadores económicos intervinientes<sup>272</sup>.

La exposición de Motivos de la LMESM refiere la operación de cesión global como un nuevo instrumento legislativo para la transmisión de empresas en funcionamiento, respaldando así el significado patrimonialista de la operación y ampliando de esta manera la funcionalidad que limitaba la operación al ámbito propio de la liquidación antes de la llegada de la LMESM.

La cesión global de activo y pasivo realiza una función económica tanto en la sociedad cedente como en la sociedad cesionaria. Debido a que, como hemos referido, ya no es necesaria la extinción de la sociedad cedente, ésta podrá realizar una cesión global y continuar activa modificando o no su objeto social. De esta forma la sociedad cedente podría llevar a cabo, mediante la contraprestación obtenida, un saneamiento económico y una vez reorganizada patrimonial y societariamente, podrá continuar el ejercicio de una actividad empresarial (la otra posibilidad factible es la extinción de la sociedad cedente mediante la realización de una cesión global cuando la contraprestación sea percibida total y directamente por los socios o bien cuando la sociedad se encuentre en estado de liquidación). Con respecto a la sociedad cesionaria, la cesión global de activo y pasivo también cumple una función económica de conservación y continuidad de la empresa ya que, debido a la transmisión en un solo acto de todos los elementos patrimoniales que la componen, se podrá mantener la unidad de la empresa, de modo que ésta podrá seguir funcionando como negocio<sup>273</sup>.

Gracias a la cesión global como nuevo instrumento para realizar una reestructuración empresarial y también desde la perspectiva del cesionario se podrá lograr una adaptación de las sociedades mercantiles a las exigencias del mercado, logrando la continuidad de la empresa en poder del mismo que, tras su transmisión, deberá conservar y contribuir al desarrollo de la empresa adquirida. Es fundamental en este sentido que la transmisión sea de la totalidad de los elementos activos y pasivos para posibilitar que el cesionario/s puedan continuar con su actividad económica manteniendo la organización

---

<sup>272</sup> El legislador proporciona el respaldo legislativo necesario en el ámbito de la LMESM, LC, Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial

<sup>273</sup> PEINADO GRACIA, J.I., en “Prólogo”, en *Cesión global... Op.cit.*, pg. 19.

de la empresa. Se trata pues, de una transmisión global del patrimonio empresarial no admitiendo la LMESM las cesiones parciales que serían mucho menos atractivas para el cesionario y tendrían un valor menor. Si fuera de otro modo el cesionario se vería obstaculizado en la continuación de la actividad económica cualificada objeto de cesión.

Sin embargo debemos tener en cuenta que como excepción la disposición Final cuarta de la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas añadió a la LMESM la Disposición Adicional 3ª según la cual solo podrán realizarse cesiones parciales entre entidades de crédito produciéndose el traspaso con efecto de sucesión universal siempre que el patrimonio transmitido forme una unidad económica y a cambio de una contraprestación que no consista en acciones, participaciones o cuotas de la entidad cesionaria. Estas operaciones se regirán por lo establecido en el régimen de la cesión global de activos y pasivos previsto en los artículos 85 a 91 de la LMESM, sin perjuicio de lo previsto en la legislación específica aplicable a estas entidades.

Del significado jurídico de la empresa se infiere que la adquisición de la empresa por el cesionario o cesionarios de la operación supone la asunción una realidad compleja compuesta por una totalidad de los elementos materiales e inmateriales que arriba hemos relacionado junto a la organización y a la actividad mercantil que la sociedad desarrolla y que constituye en definitiva su objeto social.

Otra cuestión que debemos abordar es la relacionada con la posibilidad o no que tiene una sociedad mercantil para transmitir el patrimonio de su empresa por otros medio que no sea la cesión global de activo y pasivo, es decir por algún medio fuera de la LMESM. Esto no es óbice a conocer la realidad de que, obviamente, para esta factible posibilidad, no se llevaría a cabo el procedimiento legal establecido en la LMESM ni tampoco tendría lugar el efecto de sucesión universal propio de la cesión global de activo y pasivo. La LMESM no parece prohibir en ningún caso esta posibilidad, que se configurará para la sociedad mercantil como una opción más a la hora de decidir cómo realizar la transmisión del patrimonio de su empresa. Cuando el preámbulo de la Ley refiere el ingreso de la cesión global de activo y pasivo en la Ley, destaca que ésta operación proporcionará “...un instrumento legislativo más para la transmisión de empresas...”, no ciñendo por lo tanto la posibilidad de transmisión solamente a ésta operación regula-

da en el ámbito de la Ley (si bien es cierto que no relaciona o concreta la otra posibilidad, dejando abierta esta referencia). Cuando, a posteriori, el legislador defina la cesión global de activo y pasivo en el art. 81.1. de la Ley también expresará, con el mismo criterio que “*una sociedad inscrita podrá transmitir en bloque todo su patrimonio...*”, dejando también abiertas otras posibilidades ya que no se plantea el uso del imperativo como fórmula para definir la forma de llevar a cabo dicha transmisión patrimonial.





**Segunda parte:**

**Régimen jurídico aplicable a la cesión global  
de activo y pasivo**





# I

## INTRODUCCIÓN: EL PLANTEAMIENTO DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CESIÓN GLOBAL

En esta segunda parte del trabajo pretendemos precisar el régimen jurídico de la figura de cesión global de activo y pasivo el cual se concreta en el procedimiento societario que nos detendremos a estudiar a continuación. El procedimiento societario se articula en defensa y garantía de los colectivos que pueden verse afectados por la realización de dicha operación. Observaremos pues como el articulado del procedimiento societario está establecido en orden a la protección de dichos sujetos, vulnerables por el contenido del acuerdo de cesión global que llegue a adoptarse. Se trata de proteger, por un lado, a los socios de la sociedad cedente, ya que la realización de la cesión global alterará su patrimonio social. También se pretende proteger a los acreedores de la sociedad cedente ya que, debido a la realización de la cesión global, se altera el patrimonio que sirve de garantía para el cobro de sus créditos y, finalmente se velará igualmente por los acreedores del cesionario, para que tampoco se vean perjudicados por la operación<sup>274</sup>.

Desde Así podremos singularizar su regulación jurídica frente al resto de operaciones de modificación estructural que conforman la LMESM, sobre todo con respecto a operaciones como la fusión y la escisión. Se examina ahora pues con detalle el tratamiento jurídico-positivo que recibe la cesión global de activo y pasivo en el texto legal de la LMESM. A partir de este estudio se sientan las bases necesarias para justificar la utilidad funcional de la operación a la hora de permitir transmisiones de la totalidad del patrimonio de una sociedad mercantil.

---

<sup>274</sup> En este sentido, PEINADO GRACIA, J.I., Prólogo en CONTRERAS DE LA ROSA, I., *Cesión global...Op.cit.*, pg. 24.



## **Capítulo 1:**

### **Aplicación analógica de la regulación de la fusión**

El CC dispone en su artículo 4 que “*procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón*”. Así pues, debe haber una semejanza entre los elementos de las operaciones y los fines propios (*ratio iuris*) de la modificación estructural regulada en la LMESM y los del supuesto concreto a los que se pretenda aplicar la normativa y en los que exista una verdadera laguna legal. Estos condicionantes son requisitos indispensables para la aplicación del procedimiento analógico como ha reiterado de modo sucesivo el Tribunal Supremo en distintas sentencias<sup>275</sup>. A tenor de los mismos, observamos que no se da la existencia de ninguna laguna legal en los supuestos de operaciones atípicas de transmisión de patrimonio pues estas operaciones derivan la regulación de la transmisión de los distintos elementos patrimoniales a la normativa de circulación de cada uno de esos elementos patrimoniales (acometiéndose pues una sucesión particular de cada uno de esos elementos y no la sucesión universal propia de las operaciones de modificación estructural prevista en la LMESM). Por ello, no es viable el uso de la analogía fuera de la regulación prevista en la LMESM. Igualmente podríamos añadir el hecho de que las operaciones de modificación estructural reguladas en la LMESM atienden a un régimen legal concreto que de forma imperativa

---

<sup>275</sup> Entre ellas, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2012, núm. 524/2012 (RJ 2012, 8030) refiere que la analogía no presupone la falta absoluta de una norma, sino la no previsión por parte de ésta de un supuesto determinado, defecto o insuficiencia que se salva si la razón derivada del fundamento de la norma y de los supuestos expresamente configurados es extensible por consideraciones de identidad o similitud al supuesto no previsto. Con el mismo criterio, también recogemos las sentencias de 18 de mayo de 2006 y de 22 de junio de 2007.

las somete a un procedimiento legal preestablecido que deja fuera de lugar la voluntad de los particulares para negociar la transmisión patrimonial oportuna, algo que en cambio, sí tiene lugar en los negocios de las transmisiones atípicas de empresas.

Las deficiencias existentes en el régimen jurídico de la cesión global no son solventadas con la remisión puntual que en determinado extremos realiza el legislador en la LMESM a la operación de fusión<sup>276</sup>: adopción del acuerdo de cesión global (art. 87.1), derecho de oposición de los acreedores (art.88.2) e impugnación de la cesión global (art.90). Algo diferente sucede en el ámbito de la escisión que en su artículo 73 LMESM realiza una remisión general a las normas de la fusión<sup>277</sup>.

La UmwG, por su parte, establece en el &1.2 que *“una modificación estructural en sentido del apartado 1 solo será posible, además de los casos regulados en esta ley, si así está expresamente prevista en otra ley nacional o del Land”*. El apartado 1 de la Ley se refiere a las siguientes operaciones de modificación estructural: fusión, transformación, escisión total, escisión parcial, segregación y cesión global de activo y pasivo. La UmwG no permite pues, y así lo establece de modo explícito y tajante, la aplicación analógica de dicha normativa a otras operaciones en las que se produzca un traspaso patrimonial pero no estén reguladas por dicha Ley. Por su parte la LMESM delimita también el ámbito objetivo de la Ley en el artículo 1 de su Título Preliminar refiriendo las mismas operaciones de modificación estructural existentes en la UmwG. Nos preguntamos pues si es posible aplicar por analogía las normas de las operaciones reguladas en la LMESM a otras operaciones no reguladas en la Ley pero que también supongan una transmisión patrimonial. En principio esto no parece posible observando el art.1 que delimita concretamente las operaciones de modificación estructural y que, en definitiva, ya estaban especificadas en el Preámbulo de la Ley cuando se definen las modificaciones estructurales con una relación exhaustiva de las mismas. Tampoco se infiere la posibilidad de aplicación analógica de la LMESM si observamos la Disposición Adi-

---

<sup>276</sup> GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F. J. *La cesión global del activo y pasivo tras la Ley 3/2009 de 3 de abril, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Homenaje a Víctor Manuel Garrido de Palma* / coord. por José Carlos Sánchez González, Francisco Javier Gardeazábal del Río, Pedro Garrido Chamorro, 2010, pág. 1332.

<sup>277</sup> Art. 73 LMESM: *“La escisión se regirá por las normas establecidas para la fusión en esta Ley con las salvedades contenidas en este Capítulo, entendiéndose que las referencias a la sociedad resultante de la fusión equivalen a referencias a las sociedades beneficiarias de la escisión”*.

cional 3ª<sup>278</sup> de la misma en la que el legislador la está autorizando de forma absolutamente específica para este supuesto concreto (y no para cualquier otro). Esta Disposición admite la aplicación de las normas establecidas en la LMESM, es decir, la aplicación analógica de las mismas, a las operaciones de fusión entre entidades de crédito de la misma naturaleza, así como las de escisión y cesión global de activos y pasivos entre entidades de crédito de idéntica o distinta naturaleza. Por lo que observamos que es necesaria la autorización expresa del legislador para la admisión del procedimiento analógico, que afectó igualmente, en este supuesto, a una extensión de los ámbitos objetivo y subjetivo de la Ley, porque así lo quiso el legislador. Se da pues la misma solución en la LMESM que en la UmwG, infiriendo de la LMESM que sigue siendo necesaria una autorización expresa del legislador para la aplicación del procedimiento analógico en el caso de las modificaciones estructurales de sociedades mercantiles a otras operaciones atípicas con traspaso de patrimonio que tengan el mismo objetivo de reestructuración empresarial. En este mismo sentido se pronuncia la DGRN en distintas resoluciones de 10 de junio y de 4 de octubre de 1994<sup>279</sup>. La segregación carece de tratamiento normativo no siendo ni siquiera nominada directamente por la doctrina registral, pero trazará algunos perfiles de su tratamiento jurídico-mercantil<sup>280</sup>.

---

<sup>278</sup> La inclusión de la Disposición Adicional 3ª a la LMESM fue motivada porque a que a escasos meses de la publicación de la LMESM, en junio de 2009, se publicó el Real Decreto-ley 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito (130/000018). En él se planteó una estrategia de reestructuración ordenada del sistema bancario español, para mantener la confianza en el sistema financiero nacional e incrementar su fortaleza y solvencia, con la finalidad de que las entidades que subsistieran fueran sólidas y pudieran proveer crédito con normalidad. Para ello, se propuso someter a la aprobación del Banco de España un plan de reestructuración de la entidad que permitiera la superación de la situación de dificultad en que se encontrara. Dicho plan de reestructuración podía realizarse a través de la fusión con otra u otras entidades de reconocida solvencia o bien podría consistir en el traspaso parcial o total de su negocio a otra u otras entidades a través de la cesión global o parcial de sus activos y pasivos. Es aquí, pues, donde se habría planteado la problemática sobre una posible aplicación analógica de la LMESM, que fue evitada totalmente por la inclusión expresa de estos supuestos que planteaba el Real Decreto a la normativa específica de la LMESM a través de su Disposición Adicional 3ª, que de esta manera amplía el ámbito objetivo y subjetivo de la Ley no dando pie a la posible utilización de la analogía.

<sup>279</sup> RDGRN de 10 de junio de 1994 (RJ 1994, 4915); RDGRN de 4 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7795). Ambas resoluciones dejan clara la existencia de *numerus clausus* de modificaciones estructurales. La segregación no era regulada como una modificación estructural antes de la publicación de la LMESM por lo que no se admitió la aplicación analógica a esta figura.

<sup>280</sup> CERDÁ ALBERO, F., en “Segregación de la sociedad anónima y de la sociedad de responsabilidad limitada, a propósito de las Res DGRN de 10 de junio y de 4 de octubre de 1994, así como del UmwG alemán de 28 de octubre de 1994” en *RDM* 214, oct.-dic. 1994, pgs. 925 y 926.





## **Capítulo 2:**

### **Procedimiento aplicable a la cesión global de activo y pasivo**

#### **I**

#### **INTRODUCCIÓN: RÉGIMEN LEGAL DE LA CESIÓN GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO**

Las modificaciones estructurales se acometen llevando a cabo un procedimiento determinado regulado legalmente a lo largo de los siguientes artículos que integran el capítulo II de la LMESM bajo el título *Régimen legal de la cesión global* que procedo a analizar a continuación. En virtud del procedimiento societario regulado legalmente en los arts. 85 a 91 LMESM, se podrá realizar la transmisión patrimonial acordada por cedente y cesionario. Dicho proceso societario se produce en un contexto contractual que complementa la visión societaria de la operación de cesión global.

La operación de cesión global obedece a un procedimiento similar, en sus aspectos básicos, al establecido por la LMESM para las operaciones de fusión y escisión. Siguiendo el Preámbulo de la Ley, *“la tutela del socio se persigue a través de la información que facilita el proyecto de cesión global y a través del sometimiento del acuerdo a algunos requisitos establecidos para la adopción del acuerdo de fusión; y la tutela de los acreedores se articula a través del derecho de oposición y de la responsabilidad solidaria del cesionario o cesionarios hasta el límite del activo neto atribuido a cada uno de ellos en la cesión”*.

Los objetivos pretendidos en el Preámbulo de la Ley sobre la tutela del socio y la tutela de los acreedores, van a quedar mermados en aspectos concretos del procedi-

miento de cesión global de forma injustificada a lo largo de las fases preparatoria, fase decisoria y fase de pendencia mediante la adopción de criterios erróneos por parte del legislador que diferenciarán esta operación en cuanto a sus requisitos procedimentales de otras como la fusión y escisión sin justificación alguna. Esto se reflejará en una merma de garantías para socios y acreedores y en la existencia de unos trámites más ligeros que, por otra parte, podrían hacer la operación más atractiva o sencilla a la hora de reestructurar una empresa.

## II FASE PREVIA O DE NEGOCIACIONES

La regulación legal de la cesión global de activo y pasivo comienza en la fase preparatoria con la redacción del proyecto de cesión. Así pues, esta etapa previa del procedimiento está carente de regulación normativa en la LMESM pues el legislador es consciente de que el contenido de la misma puede ser absolutamente diverso<sup>281</sup>. Sin embargo mantenemos que ello no es causa para que nuestro legislador no haya hecho mención de dicha fase tan crucial en la constitución de las voluntades que en una futura fase perfeccionarán la operación. Esta etapa es especialmente interesante y necesaria como objeto de realización de negociaciones, actos y operaciones que incluirán las precedentes reuniones previas entre las partes implicadas en las que se puedan fijar aspectos importantes de cara a una futura operación de cesión global<sup>282</sup>. Entre estos aspectos, sería conveniente elaborar estudios económicos, financieros y laborales que puedan

---

<sup>281</sup> CONTRERAS DE LA ROSA. I., *Op.cit.* pg. 140, considera que el procedimiento societario previsto legalmente de cesión global de activo y pasivo no contempla esta etapa previa del contrato refiriendo éste solamente las condiciones en las que deberá formarse la voluntad de la sociedad cedente (art. 85 LMESM). La autora considera que ésta es una fase esencial, como etapa contractual, para constituir adecuadamente las voluntades de ambas partes del negocio y realizar, además de las conversaciones y negociaciones propiamente dichas, todas sus manifestaciones escritas en distintos documentos de los que derivaría la existencia de una responsabilidad precontractual. Una vez fijadas esas voluntades podrían ser manifestadas en la siguiente etapa, la del perfeccionamiento del contrato.

<sup>282</sup> El contenido de todos los actos y operaciones que se relacionan y conforman los tratos preliminares previos al desarrollo de la operación son referidos en la sentencia núm. 1091/1999 del Tribunal Supremo de 16 de diciembre (RJ 1999, 8978).

acreditar el buen resultado de la operación, también resultaría conveniente suscribir acuerdos de confidencialidad entre cedente y cesionario pues se va a conocer una información reservada de la sociedad que en ningún caso debe conocer la competencia. Es el momento también para establecer una responsabilidad por escrito de las consecuencias que tendrá el abandono injustificado de la operación por cualquiera de las partes y, en ese caso, la fijación de daños y perjuicios pertinentes ante esta situación.

Considerando la operación desde un punto de vista contractual, como sostuvimos anteriormente, e integrada dentro de un procedimiento societario, coincidimos con autores como Díez Picazo y Ponce de León<sup>283</sup> en el hecho de es conveniente que los pactos que se concluyan previamente en esta fase negocial, deban contractualizarse siendo denominados como contratos rectores de la negociación. Tendrán la función esencial de fijar los fundamentos que constituirán la operación: el objeto, las condiciones y el desarrollo del futuro contrato. En definitiva, los tratos preliminares que ahora se gesten contribuirán a perfeccionar el contrato en la siguiente etapa.

Dentro del contenido de dichos acuerdos, sería conveniente durante esta fase igualmente fijar responsabilidades del cesionario que aparecen ignoradas a lo largo de todo el procedimiento. Y ello es debido a que la regulación de la cesión global refiere constantemente las obligaciones de la sociedad cedente pero deja al margen de actuación al cesionario. El cesionario o cesionarios, estarán presentes en fases decisivas del procedimiento, formarán parte de los grupos de trabajo y conocerán todos los datos oportunos, pero sin embargo, no intervendrán en ningún caso formalmente en momentos cruciales como la redacción del proyecto de cesión global o la adopción del propio acuerdo de cesión global.

El cesionario o cesionarios solo aparecen formalmente en el articulado al finalizar la operación, ya en el artículo 89.1 LMESM, cuando el cesionario o cesionarios, junto al cedente, tengan que otorgar escritura pública. Es solo en este momento cuando tendrán que intervenir por lo que puede producirse con anterioridad el abandono injustificado de la operación en cualquier momento sin mayores consecuencias.

---

<sup>283</sup> DÍEZ- PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I: Introducción a la teoría del contrato*, pg. 325, 2007.

Por todo este conjunto de variables sería procedente la celebración, durante la fase previa, de un contrato de cesión global de activo y pasivo en el que se fijaran todos estos extremos necesarios para tratar de equilibrar derechos y obligaciones entre ambas partes, lograr así una reciprocidad de tratamiento de la que el texto legal se muestra absolutamente carente y completar así la regulación legal actualmente exigua de nuestra operación. Se estudiará dicha posibilidad más adelante.

### III FASE PREPARATORIA O DOCUMENTAL

Se trata de una fase caracterizada por su talante informador en la que se forma la voluntad de la sociedad cedente obviándose, por parte de la LMESM, la también importante formación de la voluntad de la sociedad cesionaria. Dicha fase preparatoria del procedimiento societario comprende el proyecto de cesión y el informe de los administradores, tareas que corresponden solo a la sociedad cedente y en las cuales ya se empieza a poder vislumbrar en su tratamiento legal la relajación de exigencias siempre presentes en otras operaciones como la fusión o escisión con las que, estimamos, debería ser totalmente equiparable. Tanto el proyecto de la cesión global como el informe de los administradores constituirán un mecanismo de protección de los socios de la entidad cedente pues, a través de éstos, se otorga a los socios un derecho de información documental necesario para poder determinar el sentido del voto que emitirán en la junta de socios de la sociedad cedente cuando se proceda a la adopción del acuerdo sobre cesión global. Los socios adoptarán por mayoría el acuerdo de cesión global, no pudiendo obstaculizar su adopción las minorías que hubiera en contra de éste. Éstas podrán reclamar, como veremos más adelante, el resarcimiento de los daños y perjuicios que la cesión global les haya ocasionado y siempre que tengan derecho a ello (art. 90 LMESM remitido al art. 47 LMESM). Considerando esta etapa desde un punto de vista contractual,

advertimos cómo el procedimiento societario solo contempla esta fase contractual preparatoria desde el punto de vista de la sociedad cedente<sup>284</sup>.

## **1. El proyecto de cesión global: artículo 85 LMESM**

El procedimiento de la cesión global se inicia en sentido estricto con la redacción y suscripción (firma) por todos los administradores de la sociedad cedente de un proyecto de cesión global de activos y pasivos en el que deberá ser explicada la operación tanto desde un punto de vista económico como jurídico y que deberán depositar en el Registro Mercantil correspondiente al domicilio de la sociedad cedente y que deberá recoger las menciones obligatorias mínimas recogidas en el art. 85 LMESM:

1ª La denominación, el tipo social y el domicilio de la sociedad y los datos de la identificación del cesionario o cesionarios.

2ª La fecha a partir de la cual la cesión tendrá efectos contables de acuerdo con lo dispuesto en el Plan General de Contabilidad.

3ª La información sobre la valoración del activo y pasivo del patrimonio, la designación y, en su caso, el reparto preciso de los elementos del activo y del pasivo que han de transmitirse a cada cesionario.

4ª La contraprestación que hayan de recibir la sociedad o los socios. Cuando la contraprestación se atribuya a los socios, se especificará el criterio en que se funde el reparto.

5ª Las posibles consecuencias de la cesión global sobre el empleo.

Siguiendo el Preámbulo de la Ley, *“la tutela del socio se persigue a través de la información que facilita el proyecto de cesión global y a través del sometimiento del acuerdo a algunos requisitos establecidos para la adopción del acuerdo de fusión”*.

---

<sup>284</sup> Según CONTRERAS DE LA ROSA, I., *Op.cit.* nº 41, pg. 139, la fase preparatoria forma parte de la etapa contractual que sucede a las negociaciones previas mantenidas dentro de la denominada fase precontractual. Al entender la autora que es igualmente relevante la formación de la voluntad de la sociedad cesionaria en dicha etapa contractual, procede al estudio de la misma a pesar de que no sea considerada por el procedimiento establecido en la LMESM.

El proyecto de cesión no reviste el carácter de un contrato, por lo que no tiene ningún carácter vinculante para las partes pudiendo quedar sin ningún tipo de efecto en el supuesto en el que no fuera aprobado por la junta de socios de la sociedad cedente.

Es importante tener en cuenta que el artículo 117 de la derogada LSRL no exigía en ningún caso ningún proyecto de cesión global que ahora regula la LMESM. Antes, sencillamente, la junta general (art. 117.1LSRL) acordaba la cesión global con los requisitos y la mayoría establecidos para la modificación de los estatutos<sup>285</sup>.

Pero, a pesar de este avance garantista que proporciona la exigencia de realización de un proyecto de cesión en la realización de la operación tal y como está regulada actualmente, observamos, como, a diferencia de lo que sucede en la fusión o en la escisión, no es suscrito por la otra parte: por el cesionario. Son los administradores de la sociedad cedente los únicos que asumen esta obligación y no los de la sociedad cesionaria en el caso de que el cesionario fuera una persona jurídica, una sociedad mercantil. Si el cesionario fuera una sociedad mercantil, una persona jurídica, que de hecho es factible en la operación de cesión global, lo más coherente sería que sus administradores también participaran en la redacción del proyecto de cesión. Pero atendiendo al tenor legal del art. 85 LMESM, el proyecto es elaborado exclusivamente por el órgano de administración de la sociedad cedente y en absoluto participarán los administradores de la sociedad cesionaria o cesionarias. Volvemos a observar una carencia más en la regulación o régimen jurídico de nuestra operación de cesión global.

La realidad más lógica o coherente supone concluir que todos los aspectos que integran dicho proyecto ya deberían haber sido debatidos y tratados por ambas partes para lograr acceder a un acuerdo de cesión global posterior cuyo contenido sea satisfactorio para ambos evitando de esta manera la frustración que supondría para el cesionario o cesionarios un factible desacuerdo sobre cualquiera de los aspectos tratados en el proyecto.

El artículo 30 LMESM, en sede de fusión, expresa que *“los administradores de cada una de las sociedades que participen en la fusión habrán de redactar y suscribir*

---

<sup>285</sup> La mayoría reforzada que entonces establecida la LSRL para llevar a cabo una cesión global era la del voto favorable de mas de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones en que se divide el capital social. En cambio, la mayoría simple suponía un tercio de los votos del capital social.

*un proyecto común de fusión*”<sup>286</sup>. En cambio, del artículo 85, referido a la cesión global, se infiere que los administradores de la sociedad cedente son los únicos que han de redactar y suscribir un proyecto de cesión global. El legislador ha optado por omitir la regulación legal que refiriera el supuesto en el que el cesionario fuera una sociedad mercantil y en ese caso el proyecto de cesión debiera estar redactado y suscrito conjuntamente por los administradores de la o las sociedades cesionarias.

Esto provoca distintas interpretaciones que tratan de explicar la solución propuesta por el legislador: puede tratarse de un olvido pero esta opción la descarto porque no se podrían producir “*diferentes y variados olvidos*” en distintos aspectos procedimentales que regulan la cesión global como comprobaremos más adelante. El legislador parece reducir los requisitos en supuesto de la cesión global y, coincidiendo con González Meneses<sup>287</sup>, no consideramos menos relevante o peligrosa la realización de la operación de cesión que la de una fusión para poder justificar así la no exigencia de un proyecto común por ambas partes. La comparación que más pone en evidencia esta falta de coherencia por parte del legislador es la que González Meneses refiere aludiendo al artículo 53 de la Ley que regula el caso de fusión por absorción de sociedad íntegramente participada subsumible en el régimen simplificado del artículo 49 de la Ley. Se trata, en este caso, de una fusión en la que una sociedad se extingue transmitiendo en bloque su patrimonio a la sociedad que posee la totalidad de las acciones, participaciones o cuotas correspondientes a aquellas. Y, en este caso, es necesario suscribir el proyecto de fusión por parte del cesionario y depositarlo igualmente en el Registro Mercantil correspondiente a la sociedad absorbente. No se entiende porque este supuesto de absorción puede resultar más arriesgado para los socios de la sociedad absorbente (se entiende como más arriesgado por el incremento de los requisitos exigidos) que lo que suponga para los

---

<sup>286</sup> A propósito del proyecto de fusión, BROSETA PONT, M., MARTÍNEZ SANZ, F., expresan que “la iniciativa del estudio de la fusión corresponde normalmente a los administradores, sin que ello impida que ello les pueda venir encomendado o impuesto por un acuerdo previo de la junta general de una o varias de las sociedades que intervienen en el proceso de fusión, por el que se inste a los administradores a estudiar y, en su caso, preparar el proyecto de fusión” en *Op.cit. Vol.I*, pg. 576.

<sup>287</sup> GONZÁLEZ MENESES, M., en “La cesión global de activo y pasivo como ilusión jurídica...” en *El notario del siglo XXI*, nº 28, se pregunta lo siguiente: “¿es que resulta más grave para los socios de la sociedad absorbente el supuesto del artículo 53 de absorción de una sociedad íntegramente participada, que lo que para los socios de la sociedad cesionaria supone el supuesto del artículo 81, es decir, adquirir todo el patrimonio de una sociedad –con todo lo que ello supone de responsabilidades y contingencias por la actividad anterior de la misma- a cambio del pago de un precio en dinero?”

socios de una sociedad cesionaria la realización de una cesión que, en absoluto de forma sencilla, implica siempre la transmisión de un conjunto patrimonial no exento de complicaciones. Es curioso observar cómo en el supuesto de cesión global la modificación estructural parece tener lugar solamente para el cedente y no para el cesionario en cuanto a la inexigibilidad de requisitos para éste último.

Esta discordancia en cuanto a los requisitos exigidos por estas dos operaciones: fusión y escisión, podría llevar incluso a las sociedades participantes a “*trampear la LME*” tratando de realizar la operación de modificación estructural con una relajación o laxitud de los requisitos procedimentales convirtiendo en una cesión lo que, en su trasfondo, es plenamente identificable con una fusión. Sabemos que en la fusión se extingue la sociedad cedente a diferencia de la cesión, donde no es necesario. Pero, dándose el supuesto de que nos encontráramos ante una sociedad filial y su matriz, podríamos realizar una operación de cesión global en vez de una fusión, transmitiendo todo el patrimonio la sociedad filial a la sociedad matriz sin necesidad de extinción simultánea de la filial y evitando así requisitos como el del proyecto de fusión y la publicación del mismo. Más tarde, conseguiríamos el mismo objetivo que en una fusión si procediéramos a realizar una liquidación de la filial atribuyendo el dinero obtenido con la realización de la liquidación, a la sociedad matriz de esta filial que ya se extinguiría<sup>288</sup>.

Analizando la redacción del artículo 85 observamos que la definitiva redacción del proyecto de cesión global por la LMESM cambia el contenido de la redacción que sobre el mismo se contenía en el Proyecto de Ley<sup>289</sup> en su artículo 83.1.2ª cuando se exigía que constara en el proyecto de cesión global *la fecha a partir de la cual las operaciones de la sociedad habrán de considerarse realizadas, a efectos contables, por cuenta del cesionario*. De esta disposición se colegía que la sociedad cedente se extinguía en todo caso por lo que se rectificó la misma y actualmente, en consonancia con la posibilidad actual que brinda la LMESM de que pueda o no extinguirse la sociedad cedente, la disposición aparece redactada con el siguiente tenor en el artículo 85.1.2ª: *la fecha a partir de la cual la cesión tendrá efectos contables de acuerdo con lo dispuesto*

---

<sup>288</sup> GONZALEZ MENESES en “La cesión global de activo y pasivo como ilusión jurídica...*op.cit.* contesta a estas incongruencias arguyendo que “*la cesión global sólo es modificación estructural para la sociedad cedente, pero no para el cesionario, aunque éste sea una sociedad*”.

<sup>289</sup> Proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles 121/000004, 30 de mayo de 2008.



en el *Plan General de Contabilidad*<sup>290</sup>, permitiendo ahora sí que la sociedad cedente pueda seguir teniendo actividad empresarial. Es decir, esos efectos contables también se producen en la sociedad cedente y no solo en el cesionario, ya que la misma tendrá que contabilizar, a partir de la fecha fijada, la contraprestación recibida, es decir, desde ese momento producirá efectos contables. Sin embargo, no olvidemos que, a tenor de lo establecido en el artículo 89.2, será necesaria la inscripción de la cesión global para que dicha operación adquiera la perfección y eficacia necesarias para posibilitar la producción de esos efectos contables en la fecha establecida en el proyecto de cesión.

Respecto a este punto, aquí es de aplicación lo dispuesto en el plan general contable sobre combinaciones de negocio (Norma 19<sup>a</sup>). Siguiendo esta normativa, no se puede establecer una fecha de retroacción contable anterior a la fecha de adquisición del negocio o empresa, por tanto, en la cesión global del activo y pasivo a un tercero, los efectos solamente se pueden producir desde su inscripción en el Registro Mercantil debido a que la misma tiene carácter constitutivo. Si la cesión global se realizara a uno o varios socios, la retroacción contable solamente podría realizarse desde la fecha en que estos hubieran adquirido el control de la sociedad cedente, teniendo un límite que sería el inicio del ejercicio. En cambio, si los socios que reciben el activo y el pasivo no tuvieran el control de la sociedad, entonces no sería posible realizar la retroacción contable hasta la fecha de la inscripción<sup>291</sup>.

La redacción del número 3º del artículo 85.1 es absolutamente necesaria pues relaciona la necesidad de información sobre la valoración del activo y pasivo del patrimonio, a pesar de que obvia aspectos fundamentales referidos a que dicha información aparezca justificada por un balance, una auditoría o un informe de experto independiente, tal como se exige en el resto de operaciones de modificación estructural. Se añade a todo ello, el hecho de que esa información sobre la valoración se va a realizar únicamente por los administradores de la sociedad cedente, lo cual podría conllevar una posible valoración arbitraria que no se ajustara a criterios reales con los consiguientes perjuicios que puedan sobrevenir para las dos partes e incluso para los acreedores de am-

---

<sup>290</sup> El Plan General de Contabilidad (PGC) es el encargado de regular la contabilidad de las empresas españolas. El nuevo Plan fue aprobado por Real Decreto 1514/2007 con el objeto de adaptar la normativa española a las disposiciones contables europeas sobre esta materia.

<sup>291</sup> JURADO RODRÍGUEZ, A.B., MARTÍNEZ MARTÍNEZ, P.J., DOMÍNGUEZ LEANDRO, J., *Op.cit.*, 2014

bos. Los administradores pueden fijar un valor de mercado que sea razonable, pero al tratarse de una transacción y existiendo autonomía de la voluntad para realizarla, podrían fijar cualquier valor que consideraran oportuno. Sería conveniente, aunque no parezca reflejado en el apartado 3º, que dicho valor del patrimonio hubiera sido consensuado por la sociedad cedente y el cesionario o cesionarios a partir de unas negociaciones previas y en base al principio de autonomía de voluntad que les asiste a ambas partes. De esta forma se conseguiría una valoración que satisfaría a ambas partes. Es importante que la valoración, designación y reparto en su caso, si hubiera más de un cesionario, quede definitivamente fijada en dicho proyecto de cesión pues cualquier modificación que se quisiera realizar con posterioridad sobre los mismos ya no podría realizarse tras el refrendo que emita la junta de acreedores de la sociedad cedente en el momento de la adopción del acuerdo de cesión global y que se va a ceñir exclusivamente al contenido del proyecto de cesión global.

Se observa una deficiencia en la redacción del artículo 85.1. 3ª LMESM en el que debería aparecer una diferenciación en su redacción dependiendo de que nos encontremos ante uno o varios cesionarios. Sin embargo su redacción defectuosa aparece así: el proyecto de cesión global contendrá al menos *la información sobre la valoración del activo y pasivo del patrimonio, la designación y, en su caso el reparto preciso de los elementos del activo y del pasivo que han de transmitirse a cada cesionario*. No sería oportuno, en el supuesto de que existan varios cesionarios, que el proyecto de cesión global diera información sobre la valoración del activo y pasivo total del patrimonio. Pero sí es necesario que, siguiendo el tenor del artículo 82 LMESM, cuando haya varios cesionarios, reciba cada uno de ellos una parte del patrimonio constitutiva de una unidad económica. La LMESM, en sede de cesión, no contempla en su articulado la posibilidad de que puedan aparecer nuevos elementos de activo o pasivo integrantes de ese patrimonio y tampoco a quien se adjudicarían los mismos. Para solucionar esta cuestión, podríamos acudir al artículo 75 LMESM y trasladar su contenido pues aborda este caso estableciendo que en caso de escisión total, cuando haya un elemento del activo que no se haya atribuido a ninguna sociedad beneficiaria en el proyecto de escisión correspondiente, entonces se distribuirá ese elemento entre todas las sociedades beneficiarias de manera proporcional al activo atribuido a cada una de ellas en el proyecto de escisión.

Cuando la cesión global no suponga la extinción de la sociedad cedente, el proyecto de cesión global debería contener alusiones a aspectos fundamentales que aparecen relacionadas en el artículo 31 LMESM respecto al proyecto de fusión y que, una vez más, son obviadas en la regulación de la cesión global aligerando los requisitos. Incluimos aquí el aspecto referido a los efectos de la cesión sobre posibles prestaciones accesorias, o a cómo van a quedar los derechos especiales de los socios, qué opciones se les pueden ofrecer.

El apartado 4º del artículo 85 establece que el proyecto de cesión global contendrá también la contraprestación que hayan de recibir la sociedad o los socios. Cuando la contraprestación se atribuya a los socios, se especificará el criterio en que se funde el reparto. Como ya se ha dicho anteriormente, recordamos que dicha contraprestación podrá realizarse en dinero o en especie pero nunca en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario. Son caracteres fundamentales todos ellos que delimitan e identifican a nuestra operación de cesión global. El apartado 2º del artículo 81, ya tratado, establece que si la prestación la recibieran los socios, se deberían respetar las normas aplicables a la cuota de liquidación, es decir, el criterio fijado para la liquidación de las sociedades y la sociedad cedente quedaría en todo caso extinguida.

Otro aspecto que no es suficientemente desarrollado es el que se señala en el número 5º del artículo 85.1 LMESM sobre la mención que debe contener el proyecto de cesión global sobre las posibles consecuencias sobre el empleo. Efectivamente, esto es algo que, nos vuelve a sorprender, compete exclusivamente a los administradores de la sociedad cedente en la cesión y que no remite a los administradores de la sociedad cesionaria ya que sabemos que éstos no intervienen en la redacción del proyecto de cesión global. En cambio, en la operación de fusión<sup>292</sup> o de escisión si intervienen los administradores de ambas partes en el tratamiento de esta cuestión pues intervienen conjuntamente en la redacción del proyecto de fusión o de escisión, y, es absolutamente necesario que así se proceda ya que la sociedad absorbente, en el caso de la fusión, es la que

---

<sup>292</sup> En sede de fusión el número 11 del artículo 31 establece que unos de los contenidos del proyecto de fusión es el referido al tratamiento de las posibles consecuencias de la fusión sobre el empleo, así como su eventual impacto de género en los órganos de administración y la incidencia, en su caso, en la responsabilidad social de la empresa. La diferencia existente con la operación de cesión global es que el artículo 31 parte de un proyecto común de fusión en el que intervienen los administradores de ambas sociedades.

asumirá los trabajadores. Del mismo modo, la sociedad o sociedades cesionarias, en la cesión global de activo y pasivo, asumen a estos trabajadores con la responsabilidad que ello conlleva pero, sin embargo, no intervienen de forma sorprendentemente llamativa en el tratamiento de estas cuestiones. La regulación de la operación de cesión, refiere en muchos aspectos y en todo caso a la sociedad cedente ignorando a la otra parte: al cesionario en muchos de sus aspectos.

Cuando se realiza una operación de cesión global indudablemente se está traspasando una unidad económica dentro de la cual se encuentran los trabajadores por lo que el cesionario o cesionarios deberán subrogarse en la totalidad de los derechos y obligaciones adquiridos, entre ellos, en este caso, los laborales y los correspondientes a la Seguridad Social asumiendo de esta forma a los trabajadores. El Estatuto de los Trabajadores prevé en su artículo 44.9<sup>293</sup>, relativo a la sucesión de empresa, la observancia de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores sobre aquellas medidas adoptadas en los proyectos que puedan afectar y traer consecuencias para los trabajadores. Los mismos defenderán sus posiciones a través del comité de empresa encargado de negociarlas con los administradores respectivos.

El artículo 85.1 LMESM carece también de la referencia a otros aspectos el proyecto de cesión que sí aparecen tratados entre los contenidos del proyecto de fusión. Me estoy refiriendo a aspectos que quedan sin resolver como son las consecuencias que entrañará la operación sobre las prestaciones accesorias, si existieran las mismas (referido en el número 3º del art. 31 en la operación de fusión) o la factible modificación que podrán sufrir los estatutos (referido en el número 8º del art.31 igualmente).

La redacción del artículo 85.1 LMESM en el nuevo artículo 265-5 correspondiente a la Propuesta de Código Mercantil posee el mismo contenido si bien la redac-

---

<sup>293</sup> Art. 44.9 ET: El cedente o el cesionario que previere adoptar, con motivo de la transmisión, medidas laborales en relación con sus trabajadores vendrá obligado a iniciar un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores sobre las medidas previstas y sus consecuencias para los trabajadores. Dicho período de consultas habrá de celebrarse con la suficiente antelación, antes de que las medidas se lleven a efecto. Durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo. Cuando las medidas previstas consistieren en traslados colectivos o en modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, el procedimiento del período de consultas al que se refiere el párrafo anterior se ajustará a lo establecido en los artículos 40.2 y 41.4 de la presente Ley.

ción del mismo cambia ya que dispone de forma distinta las menciones que debe contener el proyecto de cesión global.

Por su parte, el art. 85.2 LMESM mostrará de nuevo que el tratamiento que recibe la publicidad del proyecto de cesión en comparación con el que recibe el proyecto común de fusión o de escisión<sup>294</sup>, vuelve a distanciar las exigencias procedimentales respecto de la cesión global y las operaciones de fusión y escisión, si bien la antigua LSRL obviaba la exigencia ahora reconocida, por lo cual constatamos que se ha producido ya un avance<sup>295</sup>. El artículo 85.2 solo exige, y de forma injustificada, que, una vez redactado, el proyecto de cesión se deposite en el registro mercantil. No se precisa a qué registro se está haciendo referencia, pero es entendible que se trata del registro correspondiente al domicilio social de la sociedad cedente: *los administradores deberán presentar para su depósito en el Registro Mercantil un ejemplar del proyecto de cesión global*.

En este sentido hay una merma de requisitos exigidos a la otra parte interviniente en la regulación legal de la cesión, cuando en el caso de la fusión o escisión, se corresponden o equilibran del mismo modo por las dos partes intervinientes en la operación. Además, este artículo será el único modificado y modernizado en virtud de la reciente publicación de la Ley 1/2012 de 22 de junio<sup>296</sup>, lo que va a incrementar la diferenciación entre determinados requisitos relativos al proyecto de fusión y que en ningún caso se hacen extensivos al proyecto de cesión global provocándose una descoordinación

---

<sup>294</sup> La publicidad del proyecto de escisión se equipara a la publicidad que recibe el proyecto de fusión por la remisión que realiza el artículo 73, en sede de escisión, a las normas establecidas para la fusión, concretamente al artículo 32 donde se regula el aspecto de la publicidad.

<sup>295</sup> El artículo 117 de la derogada LSRL no regulaba el depósito del proyecto de fusión por lo que, ciertamente se ha producido un avance legislativo si bien no equiparable con el contenido regulado de otras operaciones.

<sup>296</sup> La Exposición de Motivos de la Ley 1/2012 de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, refiere que en materia de fusiones y de escisión, la Directiva 2009/109/CE simplifica en determinados casos el número o el contenido de los documentos que han de ser puestos a disposición de los socios y agiliza estas operaciones societarias encauzando la publicidad previa al acuerdo de fusión a través de la página *web* de las sociedades de capital como alternativa al depósito de los proyectos de fusión y de escisión en el Registro Mercantil. En la misma línea, prevé que, si el socio lo aceptara, las comunicaciones que tuviera que realizar la sociedad puedan efectuarse por medios electrónicos. La presente Ley incorpora estas innovaciones, cuidando especialmente de que esa simplificación no afecte a la adecuada tutela de los acreedores y de los trabajadores de la sociedad. La incorporación se ha realizado teniendo muy en cuenta el marco normativo en el que se insertan las novedades contenidas en la Directiva 2009/109/CE, con respeto a los principios generales de política y de técnica legislativas con las que se confeccionó la muy compleja Ley 3/2009, de 3 de abril; y de ahí la necesidad de dar nueva redacción a distintos artículos del Título II de dicha Ley.

legislativa que carece de sentido. Tras esta modificación legislativa, cuando se proceda a realizar una operación de fusión o escisión, los administradores están obligados a insertar el proyecto común de fusión en las páginas *webs* de cada una de las sociedades que participan en la fusión o escisión, sin perjuicio de poder depositar voluntariamente un ejemplar del proyecto de fusión en el Registro Mercantil correspondiente a cada una de las sociedades participantes<sup>297</sup>. El artículo 11 bis de la Ley 1/2012 establece que las sociedades de capital podrán tener una página *web* corporativa y que esta página será obligatoria para las sociedades cotizadas.

Mientras, la operación de la cesión global continúa con el mecanismo del depósito en el Registro Mercantil, sin ninguna modificación al respecto. Esto supone de nuevo un distinto condicionante en dos operaciones de modificación estructural que deberían ser más coherentes y estar más cercanas en cuanto a sus garantías. Observamos pues y seguiremos advirtiendo a lo largo del articulado del procedimiento que asiste a la realización de esta operación que la LMESM dispone para la cesión global de un régimen simplificado con respecto al propuesto en el ámbito de otras operaciones de modificación estructural como la fusión o a la escisión, que persiguen efectos equivalentes de reestructuración empresarial. Por ello, de entrada, no se entiende la laxitud o relajación de requisitos en la cesión global. Sin embargo, en este extremo que tratamos, se ve motivado por una publicación legislativa, Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, cuyo objeto son las fusiones y escisiones de sociedades de capital, dejando fuera de su regulación a la operación de cesión global de activo y pasivo.

Otro aspecto también omitido en la regulación de la publicidad del proyecto de cesión global y que causa sorpresa igualmente es el referido al plazo de un mes que debe existir entre la inserción del proyecto en la página *web* con la consiguiente publica-

---

<sup>297</sup> La nueva redacción del artículo 32 continúa exponiendo que el hecho de la inserción del proyecto de fusión en la página *web* se publicará de forma gratuita en el BORME, con expresión de la página *web* en que figure y de la fecha de la inserción. La inserción en la página *web* y la publicación de este hecho en BORME deberán efectuarse con un mes de antelación, al menos, a la fecha prevista para la celebración de la junta general que haya de acordar la fusión. Si alguna de las sociedades que participan en la fusión careciera de página *web*, los administradores están obligados a depositar el proyecto común de fusión en el Registro Mercantil correspondiente al domicilio de dicha sociedad. Tras ello, el registrador lo comunicará al Registro Mercantil Central para su publicación en el BORME

ción de este hecho en el BORME y la celebración de la junta en la que se acuerde la aprobación de la fusión.

Finalmente, con respecto al proyecto de cesión global no se refiere en su articulado ningún plazo de validez del mismo como sí refiere la regulación del proyecto común de fusión, que atendiendo al artículo 30.3 LMESM , establece un periodo de validez de seis meses siguientes a su fecha. No podemos inferir si este aspecto supone una nueva deficiencia en la regulación legal de la operación o el legislador no ha querido establecer plazos.

El artículo 85.2 de la LMESM cambia por completo su redacción y contenido en el nuevo artículo 265-6 de la Propuesta de Código Mercantil bajo el título de “*Publicidad*”. El contenido de la nueva redacción es un reflejo del actual artículo 32 en sede de fusión, titulado del mismo modo. De esta forma, la Propuesta corrige todas las carencias referidas arriba que mantienen a la operación de cesión global actualmente en una posición muy desventajosa en materia de publicidad y que la distancian del régimen fijado en el resto de operaciones de modificación estructural, sin justificación alguna. De esta forma, gracias a la modificación de la Propuesta se logra para el proyecto de cesión global una publicidad adecuada, en consonancia con la que ya tenían operaciones como la fusión, y conforme a las necesidades de la actual sociedad de la información. Como ya he dicho arriba, y sin ningún sentido o justificación dado el tenor totalmente distinto del artículo 32 referido a la publicidad del proyecto de fusión, el artículo 85.2 LMESM establece que los administradores deberán presentar para su depósito en el RM un ejemplar del proyecto de cesión global. Es aplaudido el tenor del nuevo artículo 265-6 que, repite casi en su totalidad, el contenido del artículo 32 LMESM<sup>298</sup>.

---

<sup>298</sup> Art. 265-6. *Publicidad*.

*Los administradores deberán insertar el proyecto de cesión global en la página web”. El hecho de la inserción se publicará de forma gratuita en el BORME, con expresión de la página web en la que figure y de la fecha de la inserción.*

Continúa su contenido introduciendo novedades al respecto: “*La inserción en la página web y la publicación de este hecho en el Boletín Oficial del Registro Mercantil deberán efectuarse con un mes de antelación, al menos, a la fecha prevista para la celebración de la junta general que haya de acordar la cesión. La inserción del proyecto de cesión en la página web deberá mantenerse hasta que finalice el plazo para el ejercicio por los acreedores del derecho de oposición*”.

*Si la sociedad careciera de página web, los administradores deberán depositar un ejemplar del proyecto de cesión en el Registro Mercantil en que estuviera inscrita. Efectuado el depósito, el registrador comunicará al registrador mercantil central, para su inmediata publicación gratuita en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, el hecho del depósito y la fecha en que hubiere tenido lugar.*

## **2. El informe de los administradores: artículo 86 LMESM**

Art. 86 LMESM: *“Los administradores elaborarán un informe explicando y justificando detalladamente el proyecto de cesión global”*.

Los administradores de la sociedad cedente deberán elaborar un informe a los socios explicando y justificando detalladamente ese proyecto de cesión global (art.86) que deberán presentar para su depósito en el Registro Mercantil. En el mismo se detallarán las consecuencias jurídicas y económicas que conlleva la realización de esta transacción patrimonial. Tampoco, con anterioridad a la entrada en vigor de la LMESM, se exigía por la LSRL la existencia del informe de los administradores sobre el proyecto de cesión, esto no era más que una consecuencia de la inexistencia de dicho proyecto. Pero el legislador, de nuevo y de modo injustificado, ha sido escaso en la determinación expresa de todos los aspectos del informe que deben aclarar detalladamente los administradores. Volvemos a observar como en el artículo 33 LMESM, en el ámbito de la fusión, sí se relaciona de forma expresa que el informe del proyecto de fusión explicará y justificará detalladamente sus aspectos jurídicos y económicos dando especial relevancia a la contraprestación que va a recibir la sociedad: el tipo de canje de las acciones, participaciones o cuotas así como también las implicaciones de la fusión para los socios, los acreedores y los trabajadores. Estos mismos aspectos referidos a las justificaciones económica y jurídica del informe debieran haber aparecido en la redacción del artículo 86 donde no aparece regulado legalmente ningún contenido específico que deba tener el informe de los administradores. Y sería necesario que contuviera dicho informe y así se reflejaran en el artículo 86 LMESM, la relación de los criterios adoptados para la valoración realizada de los activos y pasivos que se van a transmitir, la justificación del valor de la contraprestación que se recibe a cambio y los criterios que se fijen para el reparto que se va a hacer de la misma entre los socios, cuando no sea recibida la misma directamente por la sociedad.

---

*2. La publicación del anuncio de convocatoria de la junta de socios que haya de resolver sobre la cesión o la comunicación individual de ese anuncio a los socios no podrá realizarse antes de la publicación de la inserción en la página web o del depósito del proyecto en el Boletín Oficial del Registro Mercantil”*.



Hay aspectos deberían haber estado presentes igualmente en el artículo 86 porque en la operación de cesión global estos elementos no tienen menos relevancia y se ha de determinar qué sucede con estos colectivos cuando la sociedad cedente no se extinga y prosiga su actividad empresarial. En este sentido, coincidimos con Alonso Ureba<sup>299</sup> en que sería conveniente que el proyecto de cesión global y el informe de los administradores abarcaran igualmente al cesionario en el supuesto de que el mismo fuera sociedad mercantil tratando de lograr así una equiparación en el tratamiento procedimental que reciben las operaciones de fusión o escisión. Y, al mismo tiempo, el autor califica como inexplicable que el informe del proyecto de cesión global no refiera en su contenido aspectos jurídicos y económicos relevantes (como detalla el art. 33 LMESM) referidos a la detallada valoración del activo y pasivo de la sociedad cedente cuando hay un único cesionario o especifique la valoración de cada una de las unidades patrimoniales en que se divida el patrimonio cuando sean varios los cesionarios. También habría de aludirse al valor de la contraprestación cuando ésta se entrega a la sociedad cedente o a sus distintos socios en el caso de cesión global liquidatoria. Finalmente el autor muestra su extrañeza sobre la omisión en el informe de cualquier referencia a los socios, a los trabajadores y a los acreedores de la sociedad cedente cuando la misma no se extinga y continúe con su misma actividad o cambie su objeto social a partir de la correspondiente modificación estatutaria. Todos ellos son aspectos relevantes que deben ser tratados cuando tiene lugar una operación de reestructuración empresarial.

El artículo 86 se mantiene inalterado en la redacción de la Propuesta de Código Mercantil: en este caso, el artículo 265-7 mantiene la misma redacción que el art. 86 LMESM.

### **3. Inexistencia de informe de los expertos independientes: aspecto no regulado en la cesión global**

Se trata de un aspecto no regulado en la cesión global de activo y pasivo pero sí en la fusión y en la escisión. Las operaciones de fusión y escisión regulan también en

---

<sup>299</sup> ALONSO UREBA, A., en “Comentario al Proyecto de Ley...” *Op.cit.*, pg.78.

sus procedimientos la necesidad de un informe de expertos independientes<sup>300</sup> junto a la realización del proyecto de fusión y el informe de los administradores. Los artículos 34 y 78 LMESM destacan que cuando las sociedades que participen en la fusión o en la escisión sean anónimas o comanditarias por acciones, y el acuerdo no sea unánime, el proyecto de fusión o de escisión deberá someterse al informe de uno o varios expertos independientes designados por el registrador mercantil del domicilio de cada una de esas sociedades para que emitan informe sobre el proyecto común de fusión o de escisión. Los administradores de las sociedades que participen en la escisión también podrán solicitar al registrador mercantil del domicilio de cualquiera de las sociedades, la elaboración de un único informe. Hasta que se produce la modificación del artículo 34 en sede de fusión por el R.D.-Ley 9/2012, solo se exigía el informe cuando la sociedad resultante fuera S.A. o comanditaria por acciones.

No será necesario el informe de experto independiente y tampoco el informe de los administradores cuando se lleve a cabo la denominada fusión de sociedad íntegramente participada del artículo 53.LMESM que queda subsumida en el régimen simplificado del artículo 49 LMESM.

El artículo 78.3 LMESM, en sede de escisión, establece una excepción a la exigencia de presentación del informe de experto independiente cuando lo acuerden la totalidad de los socios con derecho de voto. La misma excepcionalidad estaba recogida por el artículo 34.5 LMESM hasta que fue suprimida la misma por el RD-L 9/2012, de 16 de marzo, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital. Es algo llamativo el que se conserve esta excepción para escisión y se haya eliminado en sede de fusión<sup>301</sup>. ¿Es quizás un olvido del legislador no haber eliminado el apartado 3 del artículo 78 (como ha hecho con el

---

<sup>300</sup> Artículo 34 LMESM: Informe de expertos sobre el proyecto de fusión. Artículo 78 LMESM: Informe de expertos independientes

<sup>301</sup> GONZÁLEZ MENESES, M., “El nuevo régimen de la escisión”, en “Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, *El notario del siglo XXI*, nº. 27 refiere que parece ser un olvido del legislador que si la sociedad beneficiaria de la escisión es una S.A. o comanditaria por acciones, la necesidad de informe de experto independiente sobre el patrimonio no dinerario es una exigencia del régimen general de estos tipos sociales y del rigor que debe rodear la cobertura de su cifra de capital.

34.5 por RD-Ley) que ciertamente se está contradiciendo al artículo 69.c) LSC<sup>302</sup> en el que se establece que siempre es preceptivo el informe del experto independiente?

Las letras c) a e) del artículo 69 fueron añadidas conforme al artículo 1º dos de la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital (B.O.E. núm.150, de 23 de junio) y por lo tanto, afectan igualmente a la operación de fusión y a la de escisión, por lo que entiendo que haya sido un olvido del legislador.

Tras la referencia a estas dos operaciones de modificación estructural, observamos como el artículo 85.1.3ª LMESM solo refiere la necesidad de que en el proyecto de cesión global redactado por los administradores de la sociedad cedente se contenga la información sobre la valoración del activo y pasivo del patrimonio, la designación y, en su caso, el reparto preciso de los elementos del activo y del pasivo que han de transmitirse a cada cesionario. Pero, sin balance ni auditoría del mismo, y sin informe alguno de experto independiente. De este modo los socios tienen menos conocimiento o información sobre la adecuación en la valoración del patrimonio y la oportunidad de la realización de la operación o bien, están menos informados y más desprotegidos si los comparamos con los socios que intervienen en la fusión o en la escisión. La previsión que realiza el artículo 34 para proteger el interés de las partes más débiles en la realización de la operación, no se da en el caso de la cesión global, donde no es observada esta garantía necesaria. Y se trata de algo suficientemente relevante y grave pues la valoración correcta de este conjunto patrimonial vivo o en funcionamiento y heterogéneo en su contenido es lo que determinará el importe de la contraprestación que, o bien, recibe la sociedad a cambio, que no se extingue, o bien, que reciben directamente los socios cuando la sociedad si se extingue. El informe de expertos independientes completará la información contenida en el proyecto y es necesario por la complejidad que entraña la valoración del bloque patrimonial objeto de transmisión.

---

<sup>302</sup> Art. 69 LMESM. *“Excepciones a la exigencia del informe. -El informe del experto no será necesario en los siguientes casos:*

*c) Cuando en la constitución de una nueva sociedad por fusión o escisión se haya elaborado un informe por experto independiente sobre el proyecto de fusión o escisión”.*

Sin embargo, y obviando en todo caso esta excepcional importancia que reviste el informe de los expertos independientes, en la cesión global, la información sobre la valoración de ese patrimonio está solo contenida en ese proyecto de cesión global que hemos referimos y solo el acuerdo sobre el importe de la contraprestación que acuerden cedente y cesionario confirmará la operación y en ningún caso, ningún informe técnico o valor de referencia objetivo que pudiera otorgar una instancia independiente (auditor, experto, etc.) La LMESM no exige dicho informe de los expertos independientes sobre el proyecto en la cesión global.

Desde nuestro punto de vista y por la envergadura de contenido que conlleva la cesión global es igualmente necesario que en esta operación se proceda a valorar dicho patrimonio objeto de transmisión por parte de algún experto independiente. Es necesario que se realice algún tipo de control externo en esta valoración del patrimonio para que de este modo existan mayores elementos de juicio por parte de los socios de la sociedad cedente cuando procedan a aprobar en junta general el acuerdo de cesión global. Los peritos o expertos independientes aportarían mayor seguridad jurídica a la operación gracias a la valoración técnica que realizarían del proyecto de cesión. Y, precisamente, por carecer la cesión global de ese control del que gozan el resto de operaciones, será conveniente que este extremo sea especialmente cuidado y tenido en cuenta por el Tribunal que pudiera conocer de una posible causa de impugnación de la operación de cesión global y también por el Registrador en el momento de realizar la inscripción de la misma, todo ello con la intencionalidad de proteger siempre a los terceros

En cambio, el informe de expertos independientes, atendiendo a los artículos 34 LMESM (en sede de fusión) y 78 LMESM (en sede de escisión) contiene la opinión de los expertos sobre la valoración del patrimonio realizada por los administradores, la conveniencia o no de los métodos utilizados para la valoración del patrimonio, y, a partir de ese momento, su conclusión sobre la adecuación o no de la contraprestación estipulada. El informe solo atiende al dato objetivo de la correcta valoración patrimonial que se haya hecho por parte de los administradores del bloque objeto de transmisión y deja fuera de su estudio cualquier aspecto que relacionara la conveniencia o no de la operación en función de otros ítems.

De forma totalmente garantista, en la fusión y escisión, siguiendo el artículo 34.3 LMESM, una de las partes que compone el informe del experto o de los expertos explicará y justificará a los socios el tipo de canje de las acciones, participaciones o cuotas que les corresponden de las sociedades que se extinguen, explicándoles la adecuación o no de las mismas, manifestando su opinión sobre la valoración y si es o no justificado el tipo de canje. Sólo desde este punto de vista, sería razonable la no exigibilidad del informe de experto en la operación de cesión global debido a que en la misma no se realiza ningún tipo de canje de acciones, participaciones o cuotas (prohibidas como contraprestación por el art. 81.1)

Trasladándonos a la cesión global la contraprestación, en este caso, se realiza en dinero u otros activos por lo que sería necesario establecer, del mismo modo que se hace en la fusión y en la escisión por los expertos independientes, el tipo de canje conveniente entre el valor del patrimonio y el dinero recibido a cambio como contraprestación. Consideramos que es un aspecto muy relevante la complejidad que supone el valorar una empresa o empresas en funcionamiento, por lo que esta realidad sería más que suficiente para justificar la necesidad de dicho informe a pesar de que el tipo de canje en la cesión global ya no se efectúe en acciones, participaciones u otro tipo de cuotas.

Este informe de expertos, que también es necesario en la operación de cesión global y cuya exclusión legal nos parece deleznable, desarrolla, según el profesor Ureba una función de reforzamiento de la información ofrecida en el proyecto y justifica su necesidad, entre otras razones, la complejidad de la valoración del bloque patrimonial transmitido o unidades económico-patrimoniales cedidas. El informe se debe ceñir a la justificación real de esas valoraciones patrimoniales y a los métodos empleados en las mismas y no a las posibilidades o realidades eventuales que podría conllevar la operación para la sociedad. De esa manera será más fácil para los socios, poder juzgar la adecuación o no de la contraprestación que recibirán a cambio.

Ya vimos arriba que cuando en la cesión global los cesionarios son socios de la cedente, los minoritarios están desprotegidos para poder impugnar la cesión global cuando estiman que el patrimonio social ha sido adquirido por el socio mayoritario a un precio inferior al de su valor real. Ello es consecuencia de la inexistencia en la operación de cesión global de la regulación de un informe de experto independiente que debe-

ría ser aportado como mecanismo de defensa de los minoritarios y que tendrá que ser sustituido, mientras no se modifique la regulación legal, por un dictamen pericial que tendrán que abonar los minoritarios perjudicados.

Para tratar de dar solución a esta desprotección que pueden sufrir los socios minoritarios de la sociedad cedente y el cesionario o cesionarios por la ausencia de regulación del informe de expertos, se podría acudir a la inclusión de una cláusula general referida a estos extremos en un factible contrato de cesión global que se estudiará más adelante y que solventaría estas lagunas.

También, en una segunda parte, el informe del experto independiente en las operaciones de fusión y escisión, referirá su opinión sobre si el patrimonio aportado por las sociedades que se extinguen es igual, al menos, al capital de la nueva sociedad o al importe del aumento del capital de la sociedad absorbente. Este supuesto no se verifica en el caso de la cesión global pues se realiza una aportación de patrimonio no dinerario al capital del cesionario cuando se trate concretamente de una sociedad (ya que sabemos que dicho cesionario puede ser igualmente una persona física).

Y, podemos comprobar cómo estos aspectos son igualmente necesarios e imprescindibles para la toma adecuada de decisión sobre la aprobación del proyecto de cesión y que, sin embargo, son obviados en la regulación de la misma. (Así, p.e. no encontramos solución al supuesto en el que un socio o varios se opusieran a la valoración que han hecho los administradores del patrimonio.

En la fórmula notarial correspondiente a la escritura pública de cesión global de activo y pasivo se expone la siguiente nota en el número III referido al informe de los administradores: *“la ley no exige informe de expertos para la cesión global”*.

La Propuesta de Código Mercantil introduce una novedad muy aplaudida consistente en la incorporación del informe de expertos independientes para la operación de cesión global equiparando en este aspecto los requisitos procedimentales necesarios para llevar a cabo ambas operaciones y no relegando a la cesión a un segundo plano. De esta forma queda superada una de las carencias existentes en el régimen jurídico de la operación de cesión que le resta garantías y seguridad jurídica con respecto a otras operaciones como la fusión y que, al mismo tiempo, facilita por escasez de requisitos, la

ejecución de la misma. Los dos primeros apartados del artículo 265-8 de la Propuesta de Código Mercantil tienen el mismo contenido que el actual artículo 34 LMESM en sede de fusión, y así quedan redactados en la Propuesta:

“1. Cuando la sociedad o las sociedades cesionarias sean anónimas o comanditarias por acciones, el proyecto de cesión deberá someterse al informe de uno o de varios expertos independientes designados por el registrador mercantil del domicilio de cada una de esas sociedades. El informe comprenderá, además, la valoración del patrimonio no dinerario que se transmita a cada sociedad.

2. No obstante lo establecido en el apartado anterior, los administradores de todas las sociedades cesionarias podrán solicitar al registrador mercantil del domicilio de cualquiera de ellas el nombramiento de uno o varios expertos para la elaboración de un único informe”.

Mientras que el tercer apartado remite al artículo 263-13, creo que de forma equivocada, pues la referencia correcta sería al número 12 y no al 13 del art.363. Estos dos números tratan de las partes en las que se divide el informe de uno o varios expertos y su contenido es idéntico al de los apartados 3º y 4º del actual artículo 34.

#### **4. Documentación contable y mercantil: la inexistencia del balance en la cesión global**

Aunque el régimen de la cesión global en la regulación actual del mismo por la LMESM es mucho más parecido al de operaciones como la fusión o escisión, comprobando como de hecho se remite a la primera en algunas ocasiones, sin embargo, podemos observar que en otros aspectos procedimentales se aleja mucho de los mismos relajando o no exigiendo requisitos o cautelas que son ineludibles en estas otras operaciones de modificación estructural. Así destacamos que en la cesión global, a diferencia de la fusión, no aparece redactada en la ley la necesidad de un balance de cesión global, de una verificación del mismo por parte del auditor de cuentas y de una aprobación del mismo por la junta de socios que resuelva sobre la cesión.

Todos estos extremos, en cambio, están recogidos por los artículos 36 y sgs en sede de fusión proporcionando a estas modificaciones estructurales un régimen mucho más garantista que el que se ofrece por la LMESM a la cesión global. El artículo 37 es un ejemplo de la necesidad de esas cautelas objetivas pues el balance de fusión y las modificaciones de las valoraciones contenidas en el mismo deberán ser verificados por el auditor de cuentas de la sociedad, cuando exista obligación de auditar, y habrán de ser sometidos a la aprobación de la junta de socios que resuelva sobre la fusión a cuyos efectos deberá mencionarse expresamente en el orden del día de la junta.

La remisión que realiza el artículo 87.1 LMESM a la sección 4ª del capítulo I de la fusión, bajo el título: *Sobre el acuerdo de fusión*, relaciona el contenido de todos los requisitos sobre la información necesaria que ha de ser publicada antes de ser adoptado el acuerdo de cesión global. Sin embargo, queda fuera de esta sección la referencia al balance que ya ha sido tratado anteriormente en los arts 36 a 38 LMESM, en sede de fusión. En base a ello, estrictamente no sería exigible el balance para la operación de cesión global, sin embargo no es menos estricto el hecho de que, el artículo 39.1.5º, al que sí se remite el art. 87.1, refiere el balance como uno de los documentos que integra la información que debe ponerse a disposición de socios, obligacionistas, titulares de derechos especiales y de los representantes de los trabajadores, antes de la adopción del acuerdo de fusión. Esta última apreciación es destacada por autores como Ureba<sup>303</sup> que concluyen que, en virtud de esa remisión del art. 87.1 al art. 39, el balance formará parte de la documentación contable y mercantil imprescindible para la realización de la cesión global. Será precisa la existencia de un balance de cesión global en los términos del artículo 36 LMESM siendo el mismo objeto de verificación y aprobación en virtud del artículo 37 LMESM, a pesar de que la regulación de la cesión global guarde silencio al respecto. Pero dicho silencio tampoco es absoluto en la regulación legal de la cesión global pues ya vimos que formaba parte del contenido del proyecto de cesión, en el número 3º del art. 85.1 LMESM: la información sobre la valoración del activo y pasivo

---

<sup>303</sup> ALONSO UREBA. A., *Op.cit.* pág. 669 (Coord. RODRIGUEZ ARTIGÁS, F.) entiende que la aplicación del art.39.1 LMESM por la remisión del artículo 87.1 LMESM, nos permite concluir que será preciso la existencia de un balance de cesión global en los términos del artículo 36 LMESM y que, asimismo, deberá ser objeto de verificación y aprobación tal y como prevé el artículo 37 LMESM, planteándose el autor en cambio mayores dudas sobre la posibilidad o no de impugnación del balance de cesión por aplicación del artículo 38 LMESM.



del patrimonio que integraría el contenido del balance<sup>304</sup> cuya función fundamental es determinar el valor del patrimonio social. De todos modos las deficiencias en la regulación legal de la cesión global siguen mostrándose en este extremo pues el contenido del número 3º del art. 85.1. se traslada, en la operación de fusión, al en el número 9º del art.31.1 y, añadiéndose a esto, la fusión incorpora una regulación exhaustiva del balance en la sección 3ª bajo el título: *Del balance de fusión*, arts. 36 a 38 LMESM, que está ausente en sede de la operación de cesión global.

Según el Plan General de Contabilidad, los elementos que integran el balance son los activos, es decir, bienes, derechos y otros recursos controlados económicamente por la empresa, resultantes de sucesos pasados y de los que la empresa espera obtener beneficios o rendimientos económicos en el futuro. A continuación, los pasivos, que son las obligaciones actuales surgidas como consecuencia de sucesos pasados, para cuya extinción la empresa espera desprenderse de recursos que puedan producir beneficios o rendimientos económicos en el futuro. A este respecto, se incluyen las provisiones.

En último lugar, se detalla el patrimonio neto que es definido en el texto como la parte residual de los activos de la empresa, una vez deducidos todos sus pasivos. Incluye, de este modo, las aportaciones realizadas, ya sea en el momento de su constitución o en otros posteriores, por sus socios o propietarios, que no tengan la consideración de pasivos, así como los resultados acumulados u otras variaciones que le afecten.

Recordemos el artículo 22 LMESM, que ya ha sido objeto de estudio conceptual para poder establecer las diferencias entre la fusión y la cesión global. A tenor del artículo 22 LMESM, 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 so-

---

<sup>304</sup> El contenido del balance se encuentra regulado en El Plan General de Contabilidad, aprobado por RD 1514/2007. El apartado 4º de la primera parte: Marco conceptual de la contabilidad, establece los elementos que se registran en el balance y que son los referidos en el citado número 3º del artículo 85.

El balance junto a la cuenta de pérdidas y ganancias y a la memoria integran el contenido del Libro de inventarios y cuentas anuales, que es libro de contabilidad común y obligatorio para todos los empresarios junto al Libro *Diario* de los arts. 25 y 28 C. de c. El *libro de inventarios y cuentas anuales* se abre con el balance inicial detallado de la empresa; en el mismo habrá de transcribirse al menos trimestralmente los denominados balances de comprobación, así como el inventario de cierre de ejercicio y las cuentas anuales (art. 28.1. C.de c.). En el libro *Diario* se registrarán día a día todas las operaciones relativas a la actividad de la empresa (art. 28.2 CCom)

ciudad resultante. El patrimonio objeto de fusión es el mismo que aquel que se va a transmitir en la cesión sin embargo, sabemos que la contraprestación cambia, pues en la fusión a los socios de las sociedades que se extinguen se les integra en la nueva sociedad a través de las acciones o participaciones de ésta y, en cambio, en la cesión, se entrega a los socios una contraprestación económica, que no es valorada por ningún mecanismo legal más que por el valor que se fije en el mercado. ¿Es quizás ésta la clave: la menor importancia que el legislador otorga a la naturaleza de la contraprestación económica de la cesión, con respecto a la contraprestación de la fusión o escisión que se lleva a cabo en acciones o participaciones?, ¿es por ello que el legislador dispensa de cautelas o garantías legales a la cesión con respecto a la fusión o se trata de omisiones de ley infundadas, tal vez olvidos legislativos? No lo acabamos de entender (...).

Porque, es sorprendente en la cesión global el hecho de que no haya un solo balance elaborado por los administradores a tener en cuenta. Se está transmitiendo la totalidad del patrimonio empresarial: activo y pasivo de una sociedad, con toda la complejidad que ello supone y, sin embargo, la función informativa que cumple el balance es obviada pues el mismo es inexistente y también lo es la auditoría que se debiera hacer sobre el mismo. Así pues, entiendo que los socios tienen menos conocimiento o información sobre la exactitud y realidad de la operación o bien, están menos informados y más desprotegidos si los comparamos con los socios que intervienen en la fusión o en la escisión. Y, son éstos, aspectos necesarios e imprescindibles para la toma adecuada de decisión sobre la aprobación del proyecto de cesión que, sin embargo, son obviados en la regulación de la cesión.

Somos conscientes de que uno de los avances o mejoras que ha experimentado la cesión global en la LMESM es el poder contar con un proyecto de cesión global que entonces era absolutamente inexistente según versaba el derogado artículo 117 LSRL. Pero no es menos cierto que se podían haber completado por parte del legislador una serie de mecanismos como el balance que hubieran dotado a la operación de mayor seguridad jurídica en cuanto a la fijación del importe de la contraprestación, como sucede con la fusión y con la escisión.

Coincidimos con González Meneses<sup>305</sup> en que, si bien las circunstancias han cambiado en virtud de la nueva regulación de la cesión por la LMESM, en este supuesto que estudiamos, y a pesar de que entonces no era exigible el proyecto por el art. 117 LSRL, entonces sí había ciertas garantías en la regulación de la cesión global como forma de liquidación abreviada del patrimonio social que actualmente están olvidadas. Ya sabemos que la cesión implicaba siempre la extinción de la sociedad pero entonces los socios gozaban de garantías reguladas para ese período de liquidación que actualmente son inexistentes. El artículo 117.4 expresaba que “la eficacia de la cesión quedará supeditada a la inscripción de la escritura pública de extinción de la sociedad”. En el derogado artículo 121 LSRL se establecía el contenido de la escritura pública de extinción de la sociedad mostrando mayores garantías que las actuales con respecto a los socios de la sociedad cedente.

Art. 121LSRL: “*Los liquidadores otorgarán escritura pública de extinción de la sociedad que contendrá:*

*a. La manifestación de los liquidadores de que ha transcurrido el plazo para la impugnación del acuerdo a que se refiere el apartado 2 del artículo 118 sin que se hayan formulado impugnaciones, o que ha alcanzado firmeza la sentencia que las hubiera resuelto.*

*b. La manifestación de los liquidadores de que se ha procedido al pago de los acreedores o a la consignación de sus créditos. En caso de cesión global del activo y del pasivo, la manifestación de inexistencia de oposición por parte de los acreedores o la identidad de quienes se hubieren opuesto, el importe de sus créditos y las garantías que al efecto hubiese prestado el cesionario.*

*c. La manifestación de los liquidadores de que se ha satisfecho a los socios la cuota resultante de la liquidación o consignado su importe.*

*A la escritura pública se incorporarán el balance final de liquidación y la relación de los socios, en la que conste su identidad y el valor de la cuota de liquidación que les hubiere correspondido a cada uno”.*

---

<sup>305</sup> GONZALEZ MENESES en “La cesión global de activo y pasivo como ilusión jurídica...*op.cit.*pg. 38.

Por lo tanto, a esa escritura pública, siguiendo el final del artículo 121, “*se incorporarán el balance final de liquidación y la relación de los socios...*” Por ello, entonces, se exigía la aprobación de un balance dentro del proceso liquidatorio y la impugnación que se podía hacer sobre el mismo constituía un mecanismo de protección para cualquier socio disidente con el mismo. Según el apartado a del artículo 121 hasta que no se resolvieran por sentencia firme las impugnaciones sobre el balance, los liquidadores no podían otorgar escritura pública de extinción de la sociedad y, por lo tanto, ejecutar definitivamente la cesión global. Este vehículo de protección del socio minoritario no existe actualmente pues la cesión global, siguiendo el artículo 89 LMESM se inscribirá y en ningún caso hay posibilidad de impugnar un balance inexistente cuando la sociedad cedente continua existiendo (el artículo 38, en cambio, trata la impugnación del balance de fusión). Tampoco se arbitran mecanismos de protección cuando la cesión es liquidatoria. El artículo 81.2 refiere al final que “*en todo caso, la contraprestación que reciba cada socio deberá respetar las normas aplicables a la cuota de liquidación*”, por lo que tampoco detalla ningún mecanismo en el que exista la posibilidad de defensa de los socios si no estuvieran de acuerdo con esas cuotas establecidas.

Actualmente la LMESM regula en el artículo 38 la impugnación del balance en sede de fusión proporcionando una garantía más al socio disidente. Lo refiere igualmente para la escisión. Esto es algo inexistente como mecanismo de garantía para los socios minoritarios de la sociedad cedente en la operación de cesión global de activo y pasivo que carece de la existencia de un simple balance, tal como ya vimos *supra* en el estudio de los supuestos en los que podían existir socios minoritarios cesionarios claramente perjudicados por la relación de canje establecida por el socio mayoritario cesionario. Esta situación evidencia, una vez más, las carencias en la regulación de la operación de cesión global y, al mismo tiempo, los perjuicios que sufren los minoritarios en la práctica de la cesión.

La Propuesta de Código Mercantil de junio de 2013 no presenta ninguna novedad con respecto a la existencia de un balance de cesión que sigue siendo inexistente.

## IV FASE DECISORIA EN EL SENO DE LA SOCIEDAD CEDENTE

En esta fase la sociedad cedente toma la decisión de llevar a cabo la cesión global de activo y pasivo. Comprende el acuerdo de cesión global adoptado por la junta de socios de la sociedad cedente (artículo 87 LMESM). Dicho aspecto es remitido a la fusión en cuanto a los requisitos establecidos para la adopción del acuerdo de cesión. Tal como indicábamos, tanto la anterior fase preparatoria como la fase decisoria son etapas contractuales que nos son contempladas de modo íntegro por el procedimiento societario previsto legalmente por la LMESM<sup>306</sup> ya que solo son observadas desde el punto de vista de formación de la voluntad por parte de la sociedad cedente o desde la adopción del acuerdo de cesión global únicamente por parte de la sociedad cedente, obviándose la otra parte contractual: la figura del cesionario.

### **1. El órgano competente para acordar la cesión global**

*“Art. 87. Acuerdo de cesión global.*

*1. La cesión global habrá de ser acordada necesariamente por la junta general de socios de la sociedad cedente, ajustándose estrictamente al proyecto de cesión global, con los requisitos establecidos para la adopción del acuerdo de fusión.*

*2. El acuerdo de cesión global se publicará en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en un diario de gran circulación en la provincia del domicilio social, con expresión de la identidad del cesionario o cesionarios. En el anuncio se hará constar el derecho que asiste a los socios y acreedores de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado, así como el derecho de oposición que corresponde a los acreedores.*

*No será necesaria la publicación del acuerdo de cesión global cuando el acuerdo se comunique individualmente por escrito a todos los socios y acreedores, por un procedimiento que asegure la recepción de aquél en el domicilio que figure en*

---

<sup>306</sup> CONTRERAS DE LA ROSA, I., *Op.cit.* pg. 139

*la documentación de la sociedad. Asimismo, deberá ponerse a disposición de los representantes de los trabajadores el proyecto de cesión global y el informe de los administradores”.*

En primer lugar y al igual que sucedía en la regulación de la cesión global en el derogado artículo 117 LSRL, el acuerdo de cesión global se adopta únicamente por la junta de socios de la sociedad cedente. El apartado 1 del artículo 87 LMESM solo se refiere a la adopción del acuerdo por la sociedad cedente y en ningún caso se refiere a la necesidad de la adopción del mismo por el cesionario en el supuesto en que éste fuera una sociedad de capital. En ese supuesto, que es ignorado por el art. 87 LMESM, la adopción del acuerdo de cesión, para que pueda existir un equilibrio de derechos entre ambas partes, también debería ser adoptado también por la junta general de socios de la sociedad cesionaria, tal como ocurre en la operación de fusión.

De nuevo, ésta será, otra vez, una diferencia absurda en el tratamiento o en la consideración que otorga el legislador a la cesión global con respecto a la fusión, que en su artículo 40 señala que la misma habrá de ser acordada necesariamente por la junta de socios de cada una de las sociedades que participen en ella. El artículo 87 LMESM remite a lo establecido para la adopción del acuerdo de fusión únicamente en cuanto a los requisitos establecidos para la adopción del acuerdo. Por ello, el acuerdo de cesión global habrá de ser acordado necesariamente por la junta de socios de la sociedad cedente, ajustándose estrictamente al proyecto de cesión global, con los requisitos y formalidades establecidos en el régimen propio del tipo al que adopte la sociedad cedente.

Consideramos injustificable el hecho de que la existencia de una naturaleza diversa en los distintos cesionarios (que pueden ser personas físicas, jurídicas, públicas o privadas, como vimos en su momento), pueda ser la causa de la ignorancia de los mismos a la hora de participar en la adopción del acuerdo de cesión global. El hecho de que exista una variedad de cesionarios no debe ser causa para justificar una ausencia total de regulación normativa de dicho sujeto en el desarrollo procedimental donde no es referido en ningún caso hasta la fase de ejecución. Es absolutamente necesaria la toma en consideración del cesionario en la adopción del acuerdo de cesión global. Consideramos que sería una solución conveniente para poder determinar quién es el órgano competente en el cesionario persona jurídica, el observar la concreta regulación legal, que a estos

efectos, dispone la propia normativa que regula al cesionario correspondiente de forma individualizada<sup>307</sup>. De esta forma, el art.160 f) TRLSC<sup>308</sup> considera que es competencia de la junta general la realización de la cesión global de activo y pasivo, pero al igual que la LMESM, no se determina a qué sociedad se está haciendo referencia: a la sociedad cedente o a la sociedad cesionaria. Entendemos que este artículo es el apropiado para determinar cuál es el órgano competente de la sociedad cesionaria, pues debe ser interpretado haciéndolo extensivo a la misma.

Acabamos de referir el supuesto factible en el que el cesionario fuera una sociedad mercantil, algo no contemplado erróneamente por la LMESM que prescinde de la sociedad o sociedades cesionarias tanto en la redacción del proyecto de cesión como en la adopción del acuerdo sobre el mismo por la junta general, en el que solo se involucra de nuevo a la sociedad cedente y no a un posible cesionario, que podría asumir la forma de una sociedad mercantil. Es aquí donde no se prevé por parte de la Ley para el posible cesionario (sociedad de capital) un procedimiento en el que se articule la adopción del acuerdo de cesión global y la protección necesaria que deben recibir los socios de la sociedad cesionaria para así lograr un justo equilibrio entre las dos sociedades mercantiles, cedente y cesionaria. Convenimos en que la sociedad cesionaria debería asumir, al igual que la sociedad cedente, la adopción del acuerdo de cesión por su junta general.

Entendemos que este artículo es el apropiado para determinar también cuál es el órgano competente de la sociedad cesionaria, pues debe ser interpretado haciéndolo extensivo a dicha sociedad. Pero a partir de aquí, sería conveniente avanzar más y discriminar el órgano competente para la adopción del acuerdo de cesión global dependiendo del tipo de adquisición patrimonial que se realice, correspondiendo bien la junta general o bien los administradores, que también podrían ser los que acordaran la adop-

---

<sup>307</sup> No compartimos pues la postura manifestada por CONTRERAS DE LA ROSA, I., *Op.cit.* pg. 103 y ss., que justifica esta carencia de la LMESM, no por un olvido del legislador, sino por la complejidad de las distintas figuras de cesionario que admite la Ley. Pero sí estamos de acuerdo en la conveniencia de que sea la Ley particular que regula el funcionamiento de la persona jurídica del cesionario la que determine el órgano competente y no lo haga la LMESM.

<sup>308</sup> Artículo 160 TRLSC. Competencia de la junta. “*Es competencia de la junta general deliberar y acordar sobre los siguientes asuntos: ...f) La adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales. Se presume el carácter esencial del activo cuando el importe de la operación supere el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado*”.

ción de la cesión global. Para determinar dicha atribución de competencias entre los órganos sociales correspondientes, nos inclinamos por el criterio de la incidencia económica que suponga la transmisión del patrimonio para la sociedad cesionaria, considerando así que no siempre será el órgano de administración el competente para autorizar la cesión global. Cuando el patrimonio adquirido por la sociedad cesionaria sea de poca relevancia en relación con su anterior patrimonio, será el órgano de administración el competente para aprobar la adquisición de ese patrimonio y no la junta de socios la que deba asumir esa competencia. En cambio, cuando tenga mayor relevancia o peso el patrimonio que se va a adquirir en comparación con el patrimonio anterior de la sociedad cesionaria, sí será conveniente que dicha cesión global sea adoptada por medio de la junta de socios de la sociedad cesionaria<sup>309</sup>.

## **2. La preparación de la junta y convocatoria**

El acuerdo de cesión deberá ajustarse estrictamente al proyecto de cesión global, así como a los requisitos y formalidades establecidos para la adopción del acuerdo de fusión. En esta primera remisión explícita a la fusión quedan incluidos los aspectos referidos a la convocatoria de la junta general del artículo 40 y también los aspectos que relacionan los contenidos que han de conocer los socios antes de la publicación del anuncio de convocatoria de la junta, detallados en el artículo 39 LMESM.

En cuanto a los requisitos de convocatoria de la junta general de la sociedad cedente para la aprobación del acuerdo de cesión: por remisión a los artículos de la fusión,

---

<sup>309</sup> ANSÓN PEIRONCELY en “Cesión global de activo y pasivo”, en *La reestructuración empresarial... Op.cit.* pg.237 comparte la opinión de un conveniente reparto de competencias dependiendo de la importancia económica que tenga la operación. Por su parte GARDEAZABAL DEL RÍO, F.J., en *La cesión global de activo y pasivo*, en: *La sociedad de responsabilidad limitada*. (Dir. Aranguren Uriza), pag 751, 1998, y en *La cesión global del activo y pasivo tras la Ley 3/2009 de 3 de abril, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Homenaje a Víctor Manuel Garrido de Palma* / (coord. por José Carlos Sánchez González, Francisco Javier Gardeazábal del Río, Pedro Garrido Chamorro), 2010, págs. 1330-1331, también aborda la competencia del órgano de administración de la sociedad cesionaria a la hora de realizar una cesión global refiriendo, del mismo modo, que cuando el acto dispositivo sobrepase ciertos límites cuantitativos en relación con el patrimonio de la sociedad cesionaria, se entiende que excede de la competencia de los administradores en cuanto que, debido a esa dimensión, ya no queda incluido dentro de las operaciones que son propias para el desarrollo del objeto social de la sociedad mercantil. En el mismo sentido, CONTRERAS DE LA ROSA, I., *Op.cit.*, pgs. 105 y 106.



se sigue el régimen establecido en los artículos 39 y ss. LMESM. Concretamente el artículo 40.2, modificado por la nueva redacción que le ha dado la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capitales, establece la nueva exigencia (que opera de un modo extensivo a la operación de cesión global) de que la publicación de la convocatoria de la junta o la comunicación individual de ese anuncio a los socios habrán de realizarse con un mes de antelación, como mínimo a la fecha precisa para la celebración de la junta; y deberá incluir las menciones mínimas del proyecto de fusión legalmente exigidas pero solo en relación a la sociedad cedente tratándose de una cesión global; y, esta es la novedad: harán constar la fecha de inserción de los documentos indicados en el artículo 39 en la página *web* de la sociedad o, solo en el caso de que la sociedad no tuviera página *web*, se hará constar el derecho que corresponde a todos los socios, obligacionistas, titulares de derechos especiales y representantes de los trabajadores a examinar en el domicilio social copia de esos documentos, así como a obtener la entrega o el envío gratuito de los mismos. Todos los documentos detallados deberán ponerse a disposición de los socios en la propia convocatoria o en la comunicación individual de ese anuncio a los socios (art. 40.2LMESM). Por lo tanto, sobre este aspecto estudiado hay que extraer una conclusión y es que el artículo 87, que refiere el acuerdo de cesión global estudiado, se remite expresamente al acuerdo de fusión del artículo 40, en el que se introduce, con la reforma de la Ley 1/2012, el aspecto referido a la página *web* que ahora, si es extensivo a la cesión global por la remisión que hace la misma a la fusión en ese aspecto. Esto resulta incoherente con el tratamiento que recibe el proyecto de cesión global. En el supuesto del acuerdo de cesión sí se observa el requisito de la página *web* y en el aspecto del proyecto de cesión (como no hay ninguna remisión por parte del artículo 85 al proyecto de fusión) no se requiere el requisito de su inserción en la página *web*, quedando desequilibrados los requisitos exigibles para llevar a cabo el proyecto y el acuerdo de cesión global. Es decir, aquel aspecto de la cesión global que se remite a la fusión queda actualizado por la Ley 1/2012, de 22 de junio, y lo restante, que no tiene esa remisión, parece quedar antiguo, sin ser objeto de la renovación necesaria y simplificación de las obligaciones de información y documentación que propone la Ley

1/2012, de 22 de junio, que sólo se refiere a las operaciones de fusión y escisión, dejando descolgada la operación de cesión global de activo y pasivo.

Hemos de referir de nuevo que el preámbulo de la Ley expresaba que la tutela del socio en la operación de cesión global se persigue no solo a través de la información que facilita el proyecto de cesión global sino también a través del sometimiento del acuerdo a algunos requisitos establecidos para la adopción del acuerdo de fusión. Todos ellos aparecen relacionados en el artículo 39 cuyo objeto es detallar toda la información previa que se ha de publicar sobre la fusión antes de la adopción del acuerdo de fusión. Trasladando todo este contenido a las peculiaridades que se suceden en la cesión global y remitiéndolo en todo caso a la sociedad cedente, a partir de la remisión realizada por el art. 87.1, los administradores de la sociedad cedente deberán insertar en la página *web* de la sociedad o, si no tuviera página *web*, deberán poner a disposición de los socios, obligacionistas, titulares de derechos especiales y de los representantes de los trabajadores, para su examen en el domicilio social de la sociedad cedente, los siguientes documentos: el proyecto de cesión; el informe de los administradores; (omitimos los informes de los expertos independientes, que sí son exigibles en la fusión); las cuentas anuales y los informes de gestión de los tres últimos ejercicios; el balance de cesión, cuando éste sea distinto del último balance anual aprobado, acompañado si fuera exigible, por el informe del auditor de cuentas de la sociedad; el proyecto de escritura de cesión y la identidad de los administradores de la sociedad cedente y de los administradores o representantes legales del cesionario o de los cesionarios y la fecha desde la que desempeñan sus cargos.

### **3. El acuerdo de la junta de socios de la sociedad cedente: competencia, procedimiento y contenido (Remisión a la fusión)**

Así pues, el acuerdo de la junta de socios de la sociedad cedente consiste en la aprobación del proyecto de cesión global de activo y pasivo. En este momento, solo podría producirse una modificación del mismo si todos los socios estuvieran de acuerdo y no se causara ningún perjuicio a terceros como p.ej. a los acreedores.

En la cesión global de activo y pasivo no se regula de nuevo otro aspecto relevante que sí aparece contemplado en la operación de fusión. El artículo 30.2 LMESM detalla que una vez suscrito el proyecto común de fusión, los administradores se deben abstener de realizar cualquier clase de acto o de concluir cualquier contrato que pudiera comprometer la aprobación del proyecto. No es desdeñable que, si esto ocurriera en la cesión global, se afectarían los intereses de los socios como los del cesionario o cesionarios, por lo que dicha abstención debería regularse igualmente en nuestra operación.

El artículo 87.1 remite igualmente al apartado 3º del artículo 39 que versa sobre la obligación que tienen los administradores de comunicar a los de la otra sociedad cualquier modificación importante que haya acaecido en el activo o pasivo de cualquiera de las sociedades, entre la fecha de redacción del proyecto y la reunión de la junta de socios en que ha de aprobarse el mismo. Del mismo modo, esto está previsto en el artículo 79 LMESM para la operación de escisión. Sin embargo en la remisión que se realiza a la cesión, es difícilmente aplicable al cesionario o cesionarios pues, en virtud de la regulación legal de la cesión, no intervienen en esta operación hasta que se otorgue la escritura pública correspondiente de la operación (art. 89 LMESM), por lo que el beneficio de la información sobre estos posibles cambios en el valor del patrimonio solo serán conocidos por los socios de la sociedad cedente pero los posibles perjuicios en ese cambio de valoración del patrimonio serán siempre para la sociedad cesionaria desconocedora de los mismos. Insistimos de nuevo en que la factible celebración de un contrato de cesión global podría englobar estos aspectos no regulados en la LMESM y tratar de proteger así a los cesionarios otorgándoles un derecho de información que solo se da a los socios de la sociedad cedente en la LMESM.

La LMESM, en su artículo 87.1 introduce un cambio en cuanto al principio mayoritario exigido para la adopción de la cesión global en junta general: el acuerdo de cesión necesitará los dos tercios propios de un acuerdo de fusión.

El artículo 117.1LSRL exigía entonces la mayoría establecida para la modificación de los estatutos: *“La junta general, con los requisitos y la mayoría establecidos para la modificación de los estatutos, podrá acordar la cesión global del activo y del pasivo a uno o varios socios o terceros, fijando las condiciones de la cesión”*. Ésta era

la mayoría reforzada prevista en el artículo 53 que establecía en el apartado 2.a) del artículo que *“el aumento o reducción del capital y cualquier otra modificación de los estatutos sociales...requerirán el voto favorable de más de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social”*. Se exigía pues, esa mayoría reforzada con respecto a una mayoría ordinaria que era la que aparecía en el aptdo. 1 del art 53 que decía que *“los acuerdos se adoptarán por mayoría de los votos válidamente emitidos siempre que representen al menos un tercio de los votos correspondientes a las participaciones en que se divide el capital social”*. El art. 53.2 LSRL se reformó por la Ley 3/2009 que, en el artículo 87.1 exige para la adopción del acuerdo de cesión global por la junta de los socios de la sociedad cedente los requisitos establecidos para el acuerdo de fusión.

Esta remisión nos traslada al artículo 40 que expresa así: *“la fusión habrá de ser acordada...con los requisitos y formalidades establecidos en el régimen de las sociedades que se fusionan”*. Por ello, actualmente y en virtud de las mayorías establecidas en la LSC podemos inferir que, para poder emprender modificaciones estructurales en las sociedades de responsabilidad limitada, a partir del artículo 199.b) LSC, el acuerdo de cesión global requiere la siguiente mayoría reforzada: *“el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social”*. A continuación, el artículo 200.1 LSC refiere la posibilidad de una mayoría estatutaria reforzada que puede ser exigida para todos o algunos asuntos, sin llegar a la unanimidad. Al igual que los estatutos podrán exigir el voto favorable de un determinado número de socios (art. 200.2 LSC).

Con respecto a la Sociedad Anónima, el artículo 201.2, incluido en la subsección 2ª, refiere las mayorías (en 2ª convocatoria) remitiéndose también al artículo 194 en el que se establece la exigencia de quórum y mayoría reforzada en casos especiales. Así pues, para la adopción por la junta de un acuerdo de cesión global será necesario en primera convocatoria, la concurrencia de accionistas, presentes o representados que posean al menos el cincuenta por ciento del capital suscrito con derecho de voto. Para la adopción válida del acuerdo, será necesaria la mayoría ordinaria de los votos de los accionistas presentes o representados. En segunda convocatoria será suficiente la concurrencia del 25% de dicho capital y para la adopción de los acuerdos será necesario el

voto favorable de los dos tercios del capital presente o representado en la junta. Los estatutos sociales podrán elevar las mayorías previstas en los apartados anteriores.

En referencia al contenido del acuerdo de cesión, la LMESM no se pronuncia y solo refiere, como hemos dicho, que deberá ajustarse estrictamente al proyecto de cesión global. Por ello deducimos que el acuerdo se refiere únicamente a aprobar la cesión global de activos y pasivos relacionando de nuevo los mismos extremos detallados en el proyecto de cesión global: identificación de la persona física cesionaria o bien de la sociedad o sociedades cesionarias, fijación del patrimonio objeto de cesión global, la contraprestación objeto de recepción detallando si va a ser recibida por la sociedad cedente o por sus socios directamente, especificando en este caso el criterio en el que se funde el reparto debiendo respetarse las normas aplicables a la cuota de liquidación (art. 81.2 LMESM). Esto implica la sujeción en primer término, a las normas estatutarias de la sociedad cedente en cuanto a la adjudicación y reparto entre los socios de la contraprestación recibida. En defecto de normas estatutarias al respecto, se aplicarán los artículos 391 y 392 del TRLSC<sup>310</sup>, es decir, se repartirá la contraprestación entre los socios en proporción al importe nominal de las acciones.

La Propuesta de Código Mercantil exige la mayoría reforzada para acordar la cesión global por parte de las sociedades de responsabilidad limitada (art.232-31.b) y también exige la constitución reforzada de la junta general que apruebe la cesión global en las sociedades anónimas (art.233-43). El artículo 87.1 LMESM, objeto de nuestro estudio, se mantiene en el parágrafo nueve del artículo 265 de la Propuesta si bien ahora ya no añade la coletilla del primer artículo y por lo tanto ya no se remite a la fusión. Así queda pues: *“El acuerdo de cesión global que adopte la junta de socios de la sociedad cedente se ajustará estrictamente al proyecto de cesión global”*. Esto tiene su justificación ya que en la Propuesta de Código Mercantil la redacción exhaustiva del artículo 265-5 sobre el proyecto de cesión global evita ahora tener que remitirse a lo establecido

---

<sup>310</sup> Capítulo II, La liquidación, sección 4ª. La división del patrimonio social. Artículo 391.1 TRLSC: *La división del patrimonio resultante de la liquidación se practicará con arreglo a las normas que se hubiesen establecido en los estatutos o, en su defecto, a las fijadas por la junta general.* Art. 392.1 TRLSC: *Salvo disposición contraria de los estatutos sociales, la cuota de liquidación correspondiente a cada socio será proporcional a su participación en el capital social*

en la fusión, no siendo ya necesario por el tratamiento individualizado que ya recibe en sede de cesión.

#### **4. La publicidad del acuerdo**

El acuerdo de cesión global, art. 87.2 LMESM, una vez adoptado por la junta general de la sociedad cedente, queda sometido a una especial publicidad, que es coincidente actualmente con la publicidad de los acuerdos de fusión y escisión<sup>311</sup>. Actualmente, desde la publicación de la LMESM, el número de anuncios establecidos para dar publicidad a la adopción de estas modificaciones estructurales, se ha equiparado y es precisamente porque la LMESM ha reducido la exigencia en cuanto al número de anuncios de la fusión y de la escisión. La publicación del acuerdo de cesión global se llevará a cabo en el BORME y en un diario de gran circulación en la provincia del domicilio social, con expresión de la identidad del cesionario o cesionarios.

En el anuncio se dejará constancia del derecho que asiste a los socios y acreedores de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado, así como el derecho de oposición que corresponde a los acreedores. De este modo el texto legal no concreta en el artículo 87 a qué acreedores se está refiriendo: a los de la sociedad cedente o a los del cesionario o sociedad cesionaria. En el artículo 88 será cuando ya los determine y exprese que ambos tendrán reconocido el derecho de oposición al acuerdo de cesión. De todos modos, por si hubiera habido lugar a dudas, el art. 246 RRM ya determina la constancia que tiene que haber en el anuncio sobre el derecho de los acreedores de la sociedad cedente y de los acreedores del cesionario o cesionarios a obtener el texto íntegro del acuerdo de cesión, así como el derecho de dichos acreedores, y por lo tanto se refiere a ambos, a oponerse a la cesión en el plazo de un mes, concretamente.

La Propuesta de Código Mercantil trata en el artículo 265-10.1 la llamada "*Publicación del acuerdo*". Éste es coincidente casi en su totalidad con el apartado 2. del

---

<sup>311</sup> La derogada regulación de la fusión en el artículo 242 de la LSA exigía que el acuerdo de fusión se publicara tres veces en el BORME y en dos periódicos de gran circulación en las provincias en las que cada una de las sociedades tuvieran sus domicilios por lo que era superior el número de publicaciones oficiales exigibles de dicho acuerdo que lo que actualmente recoge la LMESM en su art. 43 y que es coincidente con la publicidad del acuerdo de cesión.

artículo 87 o con el artículo 43 en sede de fusión si bien la diferencia o novedad estriba en el hecho de que actualmente el acuerdo de cesión global (o el acuerdo de fusión global) se publica en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en un diario de gran circulación en la provincia del domicilio social, mientras que en la Propuesta de Código Mercantil el acuerdo de cesión global se deberá publicar en el BORME y en la página *web* de la sociedad (no en un diario de gran circulación). Por lo que a diferencia del régimen actual, sólo en el caso de que la sociedad mercantil no tenga página *web*, el acuerdo de cesión global se publicará en el diario referido.

El artículo 87.2 *in fine* también añade la posibilidad de sustituir la anterior publicación por una comunicación individual del acuerdo a socios y acreedores por medio de un procedimiento que asegure la recepción en el domicilio que figure en la documentación de la sociedad; estamos refiriéndonos a la entrega personal, a la utilización de un burofax con acuse de recibo y certificación de contenido, al envío de una carta certificada con acuse de recibo o correo certificado o por medio de conducto notarial<sup>312</sup>. Si se utilizaran estos medios personales de comunicación, los administradores deberán responsabilizarse de la importancia de que todos los socios y acreedores reciban dicha comunicación, pues cualquier fallo que se cometiera podría conducir a la anulación de la operación. Conde Tejón considera que este mecanismo, que tiene la ventaja de ahorrar los costes de los anuncios sin embargo añaden el riesgo de olvidar remitir por error la comunicación a alguno de los acreedores, en cuyo caso, éstos contarían con un plazo extemporáneo para ejercitar su derecho de oposición, y por lo tanto para solicitar la garantía de su crédito<sup>313</sup>. La comunicación escrita referida de forma individual a los acreedores, constituirá un supuesto mucho más improbable pues supone conocer datos que podrían no figurar en la documentación que se encuentre a disposición de la sociedad cedente. Por todo ello es más recomendable y sencillo seguir el procedimiento del anuncio referido

---

<sup>312</sup> No se admite la utilización del fax porque este medio no acredita ni siquiera la llegada o recepción del documento, aunque tenga una copia o recibo el remitente. El burofax si acredita el contenido de la documentación, la comunicación tendrá carácter fehaciente y probatorio ante los tribunales y las administraciones públicas. El envío de una carta certificada con acuse de recibo acreditará que ha llegado el documento, pero no el contenido de la carta.

<sup>313</sup> Conde Tejón, A., "Procedimiento aplicable a la cesión global de activo y pasivo y efectos" en *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles* Tomo II, pág.713 (Coord. RODRÍGUEZ ARTIGÁS, F.).

El artículo 87 LMESM refiere *in fine* igualmente que deberá ponerse a disposición de los representantes de los trabajadores el proyecto de cesión global y el informe de los administradores.

Estos extremos enunciados del artículo 87 *in fine* sí son absolutamente coincidentes en este caso con el artículo 265-10.2 de la Propuesta.

## V

### FASE DE PENDENCIA

#### **1. Derecho de oposición de los acreedores (Remisión a la fusión)**

La fase de pendencia es aquella fase en la que los acreedores de la sociedad cedente y del cesionario o cesionarios pueden ejercitar su derecho de oposición a la operación de cesión global de activo y pasivo de acuerdo con el artículo 88 LMESM. Su estudio se completa en el capítulo 5 dónde se procede al estudio de los mecanismos de tutela a terceros, y concretamente a la protección de los acreedores a través del ejercicio del derecho de oposición que éstos pueden ejercitar.

El artículo 88 establece que la cesión global no podrá ser realizada antes de que transcurra un mes, contado desde la fecha de publicación del último anuncio del acuerdo o, en caso de comunicación por escrito a todos los socios y acreedores, del envío de la comunicación al último de ellos. Dentro de ese plazo, los acreedores de la sociedad cedente y los acreedores del cesionario o cesionarios podrán oponerse a la cesión, en las mismas condiciones y con los mismos efectos previstos para el caso de fusión (art. 44 LMESM). Unos y otros podrían oponerse a la cesión global ejercitando su derecho de forma individual con respecto a aquellos créditos que hubiesen nacido antes de la fecha de publicación del proyecto de cesión global y que no hubiesen vencido aun. Los acreedores podrán ejercitar ese derecho de oposición con la finalidad de que se garanticen esos créditos, en cambio los acreedores cuyos créditos estuvieran suficientemente garantizados, no pueden ejercitar dicho derecho de oposición. Por ello, el derecho de opo-



sición se concibe en la LMESM como un mecanismo de tutela preventiva que garantizará aquellos créditos que no estaba vencidos y suficientemente garantizados.

De la lectura de la LMESM inferimos que el derecho de oposición deriva directamente del cambio de deudor que va a tener lugar cuando se realice dicha operación. Este derecho se mantiene por la LMESM pues ya era observado en la regulación anterior por el derogado artículo 117 LSRL que en su apartado 4º establecía, del mismo modo que lo hace el art.88 LMESM, que *la cesión no podrá ser realizada antes de que transcurra un mes, contado desde la fecha del último anuncio publicado. Durante ese plazo, los acreedores de la sociedad cedente y del cesionario y cesionarios podrán oponerse a la cesión en las mismas condiciones y con los mismos efectos previstos para el caso de fusión. En el anuncio al que se refiere el apartado anterior deberá mencionarse expresamente este derecho.* En ambas regulaciones se amparan tanto a los acreedores de la sociedad cedente como a los correspondientes al cesionario o cesionarios, sea o no una sociedad mercantil.

El art.88 LMESM reconoce un derecho de oposición a la realización de la cesión global por parte de los acreedores de la sociedad cedente y del cesionario o cesionarios, remitiendo las condiciones y efectos de dicha oposición al régimen previsto para la operación de fusión, concretamente al art.44 LMESM que es el que regula el derecho de oposición de los acreedores en la operación de fusión. El apartado primero del artículo 88 es coincidente con el apartado primero del artículo 44 expresando ambos que la cesión global (o en su caso la fusión) no podrá ser realizada antes de que transcurra un mes, contado desde la fecha de publicación del último anuncio del acuerdo o, en caso de comunicación por escrito a todos los socios y acreedores, del envío de la comunicación al último de ellos. Durante tal plazo no se podrá llevar a efecto la cesión. Queda claro ahora pues que la oposición se puede ejercitar por los acreedores de la sociedad cedente y por los acreedores del cesionario o cesionarios. Del mismo modo lo expresa el art. 246 RRM concediendo a los acreedores de la sociedad cedente y a los acreedores del cesionario o cesionarios el derecho a oponerse a la cesión en el plazo de un mes.

El derecho de oposición de los primeros se justifica por el cambio que se va a producir en la persona de su deudor, tras la realización de la cesión, sin ser necesario el

consentimiento de dichos acreedores<sup>314</sup>. Los acreedores del cesionario, por su parte, pueden manifestar su oposición igualmente a la cesión por el temor a que el deudor cesionario, al satisfacer la contraprestación a la sociedad cedente, reduzca sus posibilidades económicas. Lo cierto es, que en ambos casos, acreedores de sociedad cedente y del cesionario o cesionarios necesitan gozar de un mecanismo de protección de sus créditos ante la modificación que se producirá en el patrimonio. Los acreedores del cesionario-deudor, tras la adquisición por éste del patrimonio, podrían verse empeorados en el cobro de sus créditos al cambiar la situación patrimonial del cesionario-deudor con la asunción de las nuevas obligaciones que ello conllevaría. Para protegerlos, el artículo 88, extiende la protección a estos últimos tratando así de evitarles la asunción de un posible riesgo. En la operación de fusión, a la que remite el art. 88 LMESM, los obligacionistas podrán ejercer el derecho de oposición en los mismos términos que los restantes acreedores. Por ello entendemos que, del mismo modo, pueden ejercitar el derecho de oposición a la cesión. Además, el art. 246 RRM corrobora esta postura extendiendo a los mismos este derecho de oposición y equiparándolos a los acreedores.

Cuando el apartado 2º del artículo 88 especifica que los efectos y condiciones de la oposición se remiten a lo establecido en el régimen de la fusión, hemos de remitirnos a la nueva redacción de este apartado del artículo 44 por la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital.

Se introduce el hecho de que en caso de falta de publicación en la *web* o depósito en el RM del proyecto de fusión, la fecha de nacimiento del crédito, a efectos de ejercicio del derecho de oposición por los acreedores, deberá haber sido anterior a la fecha de publicación del acuerdo de fusión o de la comunicación individual de tal acuerdo al acreedor. Observamos que la remisión del artículo 88 a dicho aspecto tiene la carencia manifiesta de que en el proyecto de cesión global no se hace referencia alguna a la inserción del proyecto en la página web corporativa de la sociedad pues la operación de cesión global no fue modificada por la Ley 1/2012. La misma, en sede de fusión ha dado una nueva redacción a la regulación de la publicidad del proyecto común de fusión

---

<sup>314</sup> Este supuesto excepciona el contenido de la novación recogida en el artículo 1205 CC ya que la misma consiste en sustituir un nuevo deudor en lugar del primitivo, lo cual puede realizarse sin el consentimiento de éste, pero no sin el consentimiento del acreedor.

en el artículo 32, de modo que las sociedades participantes en la fusión, aunque tengan página web corporativa, pueden voluntariamente continuar con el procedimiento de depósito del proyecto común de fusión (he aquí otra diferencia pues en la cesión global no existe tal proyecto “común”) en el Registro Mercantil.

Siguiendo con la redacción del art. 44 y haciéndolo extensivo a la cesión global (por la remisión del artículo 88 y *mutatis mutandi*) al derecho de oposición de los acreedores en la realización de la cesión global, el apartado 3º señala que “*en los casos en los que los acreedores tengan derecho a oponerse a la fusión, ésta no podrá llevarse a efecto hasta que la sociedad presente 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 acreedor, y hasta tanto no prescriba la acción para exigir su cumplimiento*”.

Tras la modificación de la LMESM por la Ley 1/2012, se introduce un nuevo apartado 4º que altera el efecto de la oposición de los acreedores debido a que se autoriza a que pueda llevarse a cabo la cesión global aunque todavía no se hubiera satisfecho al acreedor que se opone. Anteriormente a esta reforma, hasta que el acreedor no hubiera obtenido alguna garantía del cobro de sus créditos, la cesión global tenía un efecto suspensivo, no pudiéndose llevar a cabo. Así se señala que si, a pesar del ejercicio por el acreedor de su derecho de oposición, se hubiera llevado a efecto la fusión (cesión global por extensión), éste podrá solicitar al RM en que se haya inscrito la fusión (cesión global) que se haga constar, por nota marginal, el ejercicio de su derecho de oposición. La anterior nota marginal caducará a los 6 meses, salvo que se haga constar por anotación preventiva el ejercicio de demanda ante el Juzgado de lo Mercantil. De esta manera al acreedor se le reconoce la posibilidad de solicitar *a posteriori* las garantías legales que le corresponden por vía judicial (ante el juez de lo mercantil competente), si bien es estrictamente necesario que el acreedor realice su derecho de oposición, como mecanismo tuitivo, antes de la realización de la cesión<sup>315</sup>.

La Propuesta del Código Mercantil en su artículo 265-11 aptdos. 1 y 2 articula el derecho de oposición de los acreedores no variando el contenido del actual artículo 88 y

---

<sup>315</sup> En este sentido, PEINADO GRACIA, J.I., Prólogo en *Cesión global...Op.cit.* pg. 231.

remitiéndose a la fusión igualmente en cuanto a las condiciones y efectos que presiden dicha oposición efectuada por los acreedores. Solo hay un pequeño cambio en el apartado 1 de este nuevo artículo referido a que, como se dispone en el mismo, “*la cesión global no podrá ser realizada antes de que transcurra un mes, contado desde la fecha de publicación del anuncio del acuerdo en el Boletín Oficial del Registro Mercantil...*”. En cambio en el artículo 88, como ya hemos referido, relaciona la fecha de publicación del “último” anuncio del acuerdo.

## VI FASE DE EJECUCIÓN

Es la fase que comprende el otorgamiento de escritura pública y la inscripción registral. Considerando la operación como contrato de transmisión patrimonial, en el momento de la inscripción del contrato en el RM éste ya estaría perfeccionado pues ya contaba con todos los elementos necesarios para su validez según el art. 1261 CC. Es, por primera vez, en el artículo 89 LMESM donde se recoge de modo expreso el “acuerdo” adoptado por la sociedad cedente y por el cesionario o cesionarios<sup>316</sup> que será objeto de otorgamiento de escritura pública por ambas partes. Ese sería el momento del perfeccionamiento del contrato de cesión global desde el punto de vista contractual.

### **1. Escritura pública**

El artículo 89 LMESM en su aptdo. 1º recoge que la cesión global se hará constar en escritura pública otorgada por la sociedad cedente y por el cesionario o cesionarios. La escritura recogerá el acuerdo de cesión global adoptado por la sociedad cedente

---

<sup>316</sup> CONTRERAS DE LA ROSA, I., *Op.cit.*, pg. 185, mantiene que la inscripción no puede considerarse un elemento negocial sino la ejecución de un contrato ya perfecto.

y constituirá el único medio<sup>317</sup> por el que la operación de cesión global de activo y pasivo podrá acceder, a continuación, al Registro Mercantil. Por lo tanto, posteriormente y transcurrido el citado plazo de un mes (art. 88.1 LMESM) sin que haya existido oposición a la cesión global, o en su caso habiendo prestado suficientes garantías la sociedad, la sociedad cedente y el cesionario o cesionarios que han adoptado el acuerdo de cesión global deberá elevar a público el acuerdo de cesión, otorgando la correspondiente escritura pública, que deberá contener las menciones exigidas para la cesión global de activo y pasivo. En dicha escritura, el cesionario o cesionarios podrían ofrecer garantías de pago de la contraprestación establecida. El art. 246.1 RRM refiere igualmente que la cesión se hará constar en escritura pública otorgada por la sociedad cedente y por el cesionario o cesionarios. De esta forma, la cesión global, como el resto de operaciones de modificación estructural, adquiere un carácter formal debido a la exigencia de que la misma conste en escritura pública otorgada por la sociedad cedente y por el cesionario o cesionarios.

Es requisito necesario previo al otorgamiento de escritura pública la constatación por parte del cesionario de que no se ha ejercido el derecho de oposición de los acreedores del cesionario en el plazo establecido de un mes desde la publicación del acuerdo en el Boletín Oficial del Registro Mercantil o que el mismo, se ejerció y quedó debidamente satisfecho. En este sentido, González Meneses y Álvarez Royo-Villanova puntualizan que se trata de una manifestación de gran importancia que correrá a cargo del órgano de administración en el caso de que estemos tratando de un cesionario con forma de sociedad mercantil. El mismo deberá certificar que en el domicilio social de dicha sociedad no se ha recibido ninguna notificación comunicando la oposición a la cesión por parte de alguno de los acreedores de la sociedad<sup>318</sup>.

Es llamativo que tenga lugar en este momento la primera intervención formal en el procedimiento del cesionario o cesionarios, la referencia a los mismos es tardía e

---

<sup>317</sup> A propósito de la necesidad de otorgar escritura pública en cualquiera de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, recordamos que dicha exigencia legal es recogida en los arts. 5 RRM y 18 CCom. bajo el principio registral denominado de titulación pública según el cual: “*la inscripción en el Registro Mercantil se practicará en virtud de documento público*”.

<sup>318</sup> GONZÁLEZ MENESES, M. Y ÁLVAREZ, S., *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, *Op.cit.*, pág. 412.

inexcusable. Anson Peironcely<sup>319</sup> entiende que es una de las deficiencias más importantes del régimen de la cesión global de activo y pasivo establecido por la LMESM. Según el autor, la sociedad cedente ha manifestado formalmente su voluntad de comprometerse por acuerdo de la junta de socios. En cambio, el cesionario o cesionarios -que, de hecho siguen participando en la operación- no asumen compromisos u obligaciones hasta este momento final en la fase de ejecución por lo que se produce una falta de reciprocidad entre las partes implicadas durante casi todo el desarrollo del procedimiento. Es deseable y conveniente, compartiendo la postura del autor, que el cesionario o cesionarios participen en la fase preparatoria interviniendo en la redacción de un proyecto que sea común y elaborando también un informe común de administradores. En la fase decisoria, del mismo modo, si el cesionario fuera una sociedad, el acuerdo de cesión global, también debería ser adoptado por su junta general de socios. Nada de esto es posible actualmente por lo que el autor vuelve a proponer como solución transitoria hasta que se modifique la ley que se celebre un contrato de cesión global entre las partes implicadas, que ya hemos referido anteriormente, y que tendría por objeto fijar todos estos extremos.

En la escritura pública de la cesión global se hará constar cada uno de los documentos que hemos ido refiriendo a lo largo del procedimiento como p.ej. el proyecto de cesión global, el informe de los administradores, el acuerdo de cesión global. También se ha de dejar constancia de la declaración de los administradores de la sociedad cedente sobre la inexistencia de oposición en el plazo de un mes por parte de los acreedores y obligacionistas. Si, por el contrario, hubiera surgido dicha oposición, entonces deberán hacer constar la identidad de quienes se hubiesen opuesto, el importe de su crédito y las garantías que hubiere prestado el cesionario (art. 246. 2. 2ª RRM).

Como sabemos existe la posibilidad de que los socios de la sociedad cedente reciban la contraprestación íntegramente extinguiéndose la sociedad, en cuyo caso deberán estar presentes en el otorgamiento de la escritura pública. También es aconsejable que lo estén cuando reciben parte de esa contraprestación directamente para poder demostrar la existencia del pago realizado bien en dinero o en bienes o derechos.

---

<sup>319</sup> ANSÓN PEIRONCELY, R. en “Cesión global de activo y pasivo”, en *La reestructuración empresarial... Op.cit.pg. 38.*

El artículo 265-12 de la Propuesta de Código Mercantil mantiene los mismos términos que el artículo 89.1 LMESM exponiendo que “la escritura de cesión global se otorgará por la sociedad cedente y por el cesionario o cesionarios” Así finaliza ignorando el final del actual artículo 89 en su apartado: “*La escritura recogerá el acuerdo de cesión global adoptado por la sociedad cedente*”.

En el documento notarial de *Escritura pública de cesión global de activo y pasivo*<sup>320</sup>, se deben observar todos los extremos referidos y presentes en el desarrollo del procedimiento societario de cesión global de activo y pasivo propuesto por la LMESM, teniendo en cuenta que a dicho documento deberán sumarse todas aquellas estipulaciones que hayan establecido los otorgantes referidas p.e. a la forma de pago (posible pago aplazado) o a las garantías de la operación. Se deberá añadir la comparecencia de los socios de modo imprescindible, además del representante de la sociedad cedente, en el supuesto de que sean éstos los que reciban de modo individual la contraprestación<sup>321</sup> o cuando ésta no consista en dinero sino en bienes inmuebles que necesitarán la inscripción de la operación de cesión global en el Registro de la Propiedad<sup>322</sup>.

## **2. Inscripción de la operación**

Tras el otorgamiento de escritura pública, habrá de procederse a la inscripción de la cesión global en el Registro Mercantil del domicilio de la sociedad cedente (art. 89.2 LMESM) para lograr así la adquisición de eficacia jurídica de la operación. Si desde el punto de vista formal la operación estaba concluida con el otorgamiento de escritura pública cumpliendo con el requisito de control de legalidad, la cesión global deberá inscribirse en el Registro Mercantil para lograr el efecto de publicidad que pretende dicha institución unido a la eficacia constitutiva que logrará la consumación de la cesión glo-

---

<sup>320</sup> El documento notarial de *Escritura pública de cesión global de activo y pasivo* se refiere en el aptdo. *Anexo II*

<sup>321</sup> ANSÓN PEIRONCELY, R., *Ibidem*, pg.214-215, 2010, establece la necesaria intervención de los socios de la sociedad cedente en el acto de otorgamiento de escritura cuando ésta vaya a extinguirse ex art. 81.2 LMESM.

<sup>322</sup> La necesaria comparecencia de los socios cuando en la cesión global tiene lugar la transmisión de bienes inmuebles que habrán de inscribir la escritura de la operación en el Registro Mercantil es defendida por la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de marzo de 1983 [RJ1983, 1413].

bal, mediante la realización de sus efectos principales, ipso iure, es decir, su efecto patrimonial por excelencia: la transmisión patrimonial mediante sucesión universal, como también en el orden societario, relativo en este caso a la sociedad cedente y a la posible extinción de la misma. El efecto patrimonial implica la eficacia traslativa del patrimonio y es el objeto primordial del negocio realizado determinándose así el momento de la ejecución del contrato y, como consecuencia, adquiriéndose derechos, asumiéndose obligaciones y produciéndose todas aquellas subrogaciones que sean pertinentes en la persona del cesionario que asumirá la posición del cedente debido al efecto de la sucesión universal.

También se podrá producir, tras la inscripción de la operación en el Registro Mercantil de la sociedad cedente, el efecto societario, es decir, la extinción de la sociedad cedente, que en este caso no es inherente en sí a la propia operación de cesión global de activo y pasivo siendo, en cambio necesario e inherente a la misma su efecto patrimonial. Si así hubiera sido acordado con anterioridad por la junta de socios de la sociedad cedente, se extinguirá la sociedad cedente como consecuencia de la operación. Esto sucederá cuando la contraprestación sea recibida directamente por los socios, ex art. 81.2 LMESM. Dicho efecto societario surgirá cuando se cancelen los asientos registrales de la sociedad cedente, tal como dispone el art.89.2 *in fine* LMESM. Para poder llevar a cabo la cancelación de los asientos, la sociedad cedente tiene que haber concluido satisfactoriamente todas las relaciones internas y externas preexistentes en la sociedad e igualmente haber procedido al reparto total y directo de la contraprestación entre todos los socios, es una condición indispensable para que la sociedad finalmente se pueda extinguir.

Ambos efectos, el patrimonial y el societario, son absolutamente independientes en su realización y se producen *ipso iure* en cuanto la operación se inscribe en el Registro Mercantil. El artículo 246 del RRM relaciona el contenido que ha de constar en la inscripción de la cesión global si bien el mismo deberá ser reinterpretado atendiendo al tenor legal de la LMESM y en virtud del principio de legalidad<sup>323</sup>. Para ello realizare-

---

<sup>323</sup> A tenor del artículo 246 RRM: En la inscripción de la cesión global se harán constar, además de las circunstancias generales, las siguientes: “1ª La fecha de publicación del acuerdo de cesión en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» y en un diario de gran circulación en el lugar del domicilio social. En el anuncio se hará constar el derecho de los acreedores de la sociedad cedente y de los acree-



mos la aplicación analógica a los preceptos correspondientes a la fusión que en este caso (e igualmente con respecto a la escisión) sí concretan el contenido de la escritura pública de fusión en el art. 227, en el art. 228 el contenido del acuerdo de fusión y en el art. 230 los documentos complementarios<sup>324</sup>. Así, por aplicación analógica de dicho artículo, la escritura de cesión global necesitará acompañarse de los siguientes documentos complementarios para proceder a su inscripción en el RM: el proyecto de cesión global salvo que se halle ya depositado. En cambio, si dicho proyecto fue publicado telemáticamente, sí será necesario realizar su depósito. También se acompañarán a la escritura los ejemplares de los diarios en que se hubiesen publicado la convocatoria de la junta y el acuerdo de cesión global. Si la junta hubiera sido convocada mediante un anuncio en la página *web*, los administradores deberán justificar la publicación de dicho anuncio en la misma durante el tiempo correspondiente. Si el acuerdo de cesión global hubiera sido comunicado de forma individual a todos los socios como dispone el art. 87.2 LMESM, también deberá justificarse la comunicación a todos los socios y acreedores. Por último, y siguiendo con la aplicación analógica, deberá acompañarse el informe de los administradores de la sociedad cedente (no el de cada una de las sociedades) explicando y justificando el proyecto de cesión global.

Cierto es que el art. 246 RRM ha quedado totalmente desfasado ya que el contenido del mismo se sigue refiriendo normativamente al art. 117 LSRL, debido a la inexistencia de una reforma reglamentaria posterior y necesita las modificaciones pertinentes para equiparar el contenido de estos otros artículos reglamentarios con el que debiera tener la cesión global de activo y pasivo. Al mismo tiempo el texto reglamentario también deberá incluir las últimas reformas relativas a la fusión y a la escisión, que tampoco observa por su desfase normativo.

El art. 89.2 LMESM dispone que la eficacia de la cesión global se producirá con la inscripción en el Registro Mercantil del domicilio de la sociedad cedente. La inscripción de la cesión en el Registro Mercantil tendrá pues el carácter constitutivo que ha

---

*dores del cesionario o cesionarios a obtener el texto íntegro del acuerdo de cesión, así como el derecho de dichos acreedores a oponerse a la cesión en el plazo de un mes. 2ª La declaración de la sociedad cedente sobre la inexistencia de oposición en el plazo antes indicado por parte de los acreedores y obligacionistas o, en su caso, la identidad de quienes se hubiesen opuesto, el importe de su crédito y las garantías que hubiere prestado el cesionario”.*

<sup>324</sup> En este sentido, se pronuncia del mismo modo a favor de la aplicación analógica CONDE TEJÓN, A., *Op.cit.* pg. 716.

establecido el legislador,<sup>325</sup> produciéndose solo a partir de este momento los efectos referidos al igual que ocurre con la totalidad de las modificaciones estructurales independientemente de que no supongan una transmisión patrimonial como sucede con el traslado internacional del domicilio social. La constancia de que la eficacia de las operaciones de modificación estructural se lleva a cabo desde la inscripción de las mismas en el Registro Mercantil no solo se sucede en el ordenamiento jurídico español sino que también se recoge en el §176 de la UmwG alemana según el cual la totalidad del patrimonio pasará al adquirente desde que se inscriba la transmisión patrimonial en el domicilio de la sociedad cedente, cancelándose de forma automática la sociedad cedente<sup>326</sup>. Al otorgar la Ley carácter constitutivo a la inscripción de la escritura de cesión global, la eficacia de la misma se producirá con la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad cedente. Debemos tener en cuenta que hay que realizar mayores distinciones en orden a la consecución de la eficacia de la operación: así, con respecto a los efectos contables de la cesión global de activo y pasivo, éstos se producirán, según el art. 85.1.2ª LMESM, en la fecha establecida en el proyecto de cesión global de acuerdo con lo dispuesto en el Plan General de Contabilidad. La eficacia fiscal se someterá por su parte a la normativa correspondiente de derecho tributario.

Sin embargo hemos de reparar en que el procedimiento registral tiene lugar en el domicilio de la sociedad cedente y, en ningún supuesto intervendrá el Registro Mercan-

---

<sup>325</sup> La inscripción en el Registro Mercantil recoge unos actos o contratos cuya perfección no depende de la propia inscripción en el Registro, que sólo se limita a recoger ese acto o contrato que ya ha nacido. Esto es lo que se denomina eficacia declarativa. En cambio, en otras ocasiones, el registro Mercantil dota a ese determinado hecho, acto o contrato de la perfección que necesita para completarse como situación jurídica. En estos casos, la inscripción registral es indispensable como requisito de forma esencial. Éste es el supuesto denominado de eficacia constitutiva y es el que otorga la inscripción en el Registro Mercantil a todas las operaciones de modificación estructural, que se perfeccionarán a partir de ese momento.

<sup>326</sup> UmwG alemana, §176: § 176. Anwendung der Verschmelzungsvorschriften (1) Bei einer Vollübertragung nach § 175 Nr. 1 sind auf die übertragende Kapitalgesellschaft die für die Verschmelzung durch Aufnahme einer solchen übertragenden Gesellschaft jeweils geltenden Vorschriften des Zweiten Buches entsprechend anzuwenden, soweit sich aus den folgenden Vorschriften nichts anderes ergibt. (2) Die Angaben im Übertragungsvertrag nach § 5 Abs. 1 Nr. 4, 5 und 7 entfallen. An die Stelle des Registers des Sitzes des übernehmenden Rechtsträgers tritt das Register des Sitzes der übertragenden Gesellschaft. An die Stelle des Umtauschverhältnisses der Anteile treten Art und Höhe der Gegenleistung. An die Stelle des Anspruchs nach § 23 tritt ein Anspruch auf Barabfindung; auf diesen sind § 29 Abs. 1, § 30 und § 34 entsprechend anzuwenden. (3) Mit der Eintragung der Vermögensübertragung in das Handelsregister des Sitzes der übertragenden Gesellschaft geht deren Vermögen einschließlich der Verbindlichkeiten auf den übernehmenden Rechtsträger über. Die übertragende Gesellschaft erlischt; einer besonderen Löschung bedarf es nicht. (4) Die Beteiligung des übernehmenden Rechtsträgers an der Vermögensübertragung richtet sich nach den für ihn geltenden Vorschriften.

til del domicilio del cesionario aunque el mismo fuera un cesionario objeto de inscripción obligatoria (como p.ej. una sociedad mercantil) o bien un sujeto inscrito de modo potestativo en el mismo por ser un empresario individual (art. 19 CCom y 81 RRM)

La inscripción en el Registro Mercantil deberá hacerse en el plazo de un mes tal como estipulan los arts. 19.2 CCom y 83 RRM, salvo disposición legal o reglamentaria en contrario. El momento de la realización de la inscripción es determinante para la producción efectiva de la transmisión patrimonial de la empresa y recepción y distribución de la contraprestación acordada (en el supuesto de que de la contraprestación acordada se reciba total y directamente por los socios). De este modo el artículo 89.2 LMESM modifica sensiblemente la regulación anterior que sobre este aspecto disponía el derogado artículo 117.5 LSRL en el que la eficacia de la cesión global quedaba supeditada a la inscripción en la escritura pública de la extinción de la sociedad. Ahora la inscripción de la cesión ya no se vincula a la definitiva extinción de la sociedad pues puede seguir en funcionamiento la sociedad siendo igualmente eficaz la inscripción de la operación sin extinción de la sociedad cedente.

Debido a la inexistencia de necesarias reformas reglamentarias que se hayan adaptado a la LMESM debemos realizar una aplicación analógica de determinados artículos del RRM a la operación de cesión global de activo y pasivo debido a que el Reglamento no la considera como operación de modificación estructural sino tal como la regulaba la LSRL, es decir, como operación de liquidación. Entre ellos distinguimos el 94 RRM referido a la inscripción obligatoria de operaciones de modificación estructural como la transformación, fusión, escisión y rescisión parcial. No es referida pues la inscripción de la operación de cesión global de activo y pasivo hasta que no se produzca la reforma del texto reglamentario. Ocurre del mismo modo en el supuesto del art. 388 del RRM en el que tampoco se relaciona la operación de cesión global de activo y pasivo cuando procede comunicar al Registrador Mercantil Central por parte de los distintos registros mercantiles territoriales la realización de la operación para que allí también sea inscrita. Dichos datos se publicarán en la Sección I relativa a los empresarios en el apartado de actos inscritos *ex* art. 420 del RRM. También deberemos realizar una aplicación analógica del art. 230.1 RRM

Por otra parte, y con respecto a la oponibilidad, según los arts. 21 CCom y art. 9 RRM, las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles serán oponibles frente a terceros de buena fe tras su publicación en el BORME independientemente de que ya se hayan producido los efectos propios de su inscripción en el RM: la transmisión patrimonial por sucesión universal y, tal vez, la extinción de la sociedad cedente.

El artículo 265-13 1 y 2 de la Propuesta de Código Mercantil bajo el título: “*Eficacia constitutiva de la inscripción*” refiere el mismo contenido del actual artículo 89.2 LMESM, si bien ya aclara en el título los términos de dicha inscripción calificando la misma como constitutiva.



**Capítulo 3:**  
**Impugnación de la operación: artículo 90**  
**LMESM. (Remisión a la fusión)**  
**Resarcimiento de daños y perjuicios**  
**sufridos**

Podemos establecer a priori una diferenciación entre los dos regímenes que desarrollan la impugnación de los acuerdos sociales de modificación estructural. El primero que abordamos a continuación es aquel que trata la impugnación de dicho acuerdo social de cesión global de activo y pasivo antes de que la misma operación de modificación estructural se halle inscrita en el Registro Mercantil. Este régimen general es establecido en la LSC. En segundo lugar, también la LMESM trata la impugnación de la cesión global de activo, como la del resto de operaciones de modificación estructural, si bien dicho régimen de impugnación hará referencia a la impugnación de la cesión global una vez que la misma ya haya sido inscrita en el Registro Mercantil (art. 90 LMESM). Dicho régimen especial se habrá de coordinar con el régimen general de la LSC, lo cual resulta complicado<sup>327</sup>.

Los acuerdos sociales de modificación estructural objeto de impugnación, (ya sea por un sistema u otro) serán adoptados por la junta general de socios, ya que se trata de un acuerdo de gran relevancia para la sociedad mercantil. Concretamente, la adop-

---

<sup>327</sup>ANSÓN PEYRONCELY, R., en “La impugnación de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, cap. VIII, pg. 377, en *Las Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, 2013, argumenta que la armonización o coordinación de los dos regímenes de impugnación (LSC-LMESM) es complicada. Según el autor, el aspecto más relevante es que la acción de impugnación de la cesión global conforme al régimen general de la LSC queda afectada radicalmente en el momento de la inscripción registral de la modificación estructural, pues la acción decae por pérdida sobrevenida del objeto del proceso, debiendo iniciarse uno nuevo, basado en el régimen especial de la LMESM.

ción del acuerdo de cesión global de activo y pasivo se llevará a cabo necesariamente por la junta de socios de la sociedad cedente (art.87 LMESM)

## I REGULACIÓN PREVISTA EN LA LSC SOBRE LA IMPUGNACIÓN DE LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES

Abordemos inicialmente el estudio del régimen general de impugnación de los acuerdos sociales de modificación estructural establecido en la LSC, arts. 204 a 208 LSC. Se trata de un régimen que ha sido recientemente reformado por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo<sup>328</sup>. Dicha Ley tiene como antecedente directo el Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de marzo de 2013, por el que se crea una Comisión de expertos en materia de gobierno corporativo, para proponer las iniciativas y las reformas normativas que se consideren adecuadas para garantizar el buen gobierno de las empresas.

Según el Preámbulo de la Ley, se ha procedido a modificar el régimen jurídico de la impugnación de los acuerdos sociales<sup>329</sup> debido a que se han ponderado las exi-

---

<sup>328</sup> Tal como detalla la Exposición de Motivos de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, el creciente interés por el buen gobierno corporativo se fundamenta en dos pilares principales que refieren por un lado el convencimiento generalizado de la utilidad de este tipo de prácticas empresariales generadoras, en los agentes económicos y sociales, de una gestión adecuada y transparente en las sociedades, y muy especialmente, en las sociedades cotizadas. La realización de un buen gobierno corporativo es un factor esencial para la generación de valor en la empresa, para la mejora de la eficiencia económica y también para el refuerzo de la confianza de los inversores. La otra razón en la que se fundamenta la importancia del buen gobierno corporativo refiere el hecho de que los líderes de la Unión Europea y del G-20 coinciden en señalar que la complejidad en la estructura de gobierno corporativo, su falta de transparencia e incapacidad para determinar eficazmente las responsabilidades oportunas, es una causa indirecta y subyacente de la reciente crisis financiera.

<sup>329</sup> FARRANDO MIGUEL, I., en “La reforma de la LSC y el régimen transitorio de la impugnación de acuerdos sociales”, *Diario La Ley*, nº 8491, pg.5, 2015, muestra su indignación ante la inexistencia de una disposición transitoria en la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, que permita solucionar los muchos interrogantes que quedan sin resolver tras la modificación del régimen de impugnación de acuerdos de las

gencias derivadas de la eficiencia empresarial con las derivadas de la protección de las minorías y la seguridad del tráfico jurídico. Como consecuencia de todo ello, el nuevo régimen adopta ciertas cautelas en materia de vicios formales poco relevantes y también de legitimación, para tratar de evitar los abusos que en la práctica puedan producirse. También, con la nueva regulación, se unifican todos los casos de impugnación bajo un único régimen general de anulación<sup>330</sup> para el que se prevé un plazo de caducidad de un año. Se exceptuará del sistema los acuerdos contrarios al orden público, que se reputan imprescriptibles. Sin embargo, en el caso de las sociedades cotizadas, el plazo de caducidad se reduce a tres meses para que la gestión de estas sociedades no se vea afectada en su eficacia y agilidad. Finalmente, la reforma aborda lo relativo a la legitimación estableciendo que para evitar situaciones de abuso de derecho, solo estarán legitimados para impugnar los accionistas que reúnan una participación de minoría del 1 por ciento para las sociedades no cotizadas y del 0.1 por ciento para las cotizadas. No obstante, la Ley permite que los estatutos sociales reduzcan estos umbrales y además amplía el concepto de interés social del art. 204.1 LSC detallando en el mismo que la lesión del interés social se produce también cuando el acuerdo se imponga de forma abusiva por la mayoría, es decir, cuando el acuerdo, sin responder a una necesidad razonable de la sociedad, se adopta por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios.

Por lo tanto, detallando los supuestos recogidos como acuerdos impugnables serán impugnables aquellos acuerdos que sean contrarios a la Ley, es decir, aquellos acuerdos sociales en los que se haya adoptado una cesión global de activo y pasivo y

---

sociedades de capital. Así, el autor se pregunta cómo solventar dudas con respecto a acuerdos adoptados bajo el antiguo régimen de la LSC que hoy en día está derogado. De hecho, mediante la incorporación de dicha disposición transitoria, no se plantearían problemas sobre concretos extremos que han sido modificados y que plantean distintos interrogantes intertemporales, entre ellos si actualmente podría impugnarse un acuerdo social adoptado bajo el antiguo régimen debido a que contrariaba el reglamento de la junta cuando entonces esta causa no se reconocía legalmente. Es decir, es factible actualmente que se pueda provocar una disputa sobre si los acuerdos adoptados bajo el régimen anterior y calificados entonces como anulables (p.ej.: por contrariar los estatutos sociales, etc.) disponen ahora, tras la reforma, de un plazo de impugnación de un año. Igualmente resulta complejo discernir si los defectos formales en los acuerdos adoptados antes de la entrada en vigor de la reforma son impugnables a la luz del art. 204.3 LSC.

<sup>330</sup> Antes de la reforma, se consideraba que el acuerdo era nulo cuando fuera contrario a la Ley, infracción de precepto legal (art. 209 LSC) mientras que los acuerdos anulables, eran todos los demás acuerdos, para otro tipo de infracciones: es decir los que se oponían a los estatutos sociales o lesionaban el interés social. Al haberse suprimido la distinción entre acuerdos nulos y anulables, se pueden plantear disputas.

que incumplan lo establecido por la LSC. Esta causa también se hace extensiva al incumplimiento de los preceptos de la LMESM y de la Ley de Defensa de la Competencia. El incumplimiento de la LSC podría concretarse en el aspecto que refiere la mayoría legal exigida o quórum necesario para la adopción del acuerdo.

La acción de impugnación también podrá ejercitarse por el incumplimiento de lo establecido en los estatutos sociales con respecto a cuestiones que afecten al procedimiento para la adopción del acuerdo de cesión global, por ej. el establecimiento de unas mayorías reforzadas para la adopción del acuerdo o de un determinado quorum. Si este acuerdo de cesión global se adoptara no teniendo en cuenta las previsiones estatutarias al respecto, entonces se podría impugnar dicho acuerdo de cesión global.

La impugnación del acuerdo de cesión global también puede ser debida al hecho de que el acuerdo de cesión global de activo y pasivo resulte lesivo al interés de la sociedad en beneficio de uno o varios socios o terceros. Un supuesto de este tipo que justificaría la impugnación del acuerdo social de cesión sería aquel que podría plantear un socio de la sociedad cedente debido a una menor valoración del patrimonio, lo que va a ocasionar una disminución de la contraprestación que obtendrá a cambio, resultando lesivo para el socio o socios.

## **1. Caducidad de la acción de impugnación**

El artículo 205 LSC, objeto de modificación legislativa, establece que la acción de impugnación de los acuerdos sociales caducará en el plazo de un año<sup>331</sup>, salvo que tenga por objeto acuerdos que por sus circunstancias, causa o contenido resultaren contrarios al orden público, en cuyo caso dicha acción de impugnación no caducará ni prescribirá. Estos últimos quedan exceptuados de esta regla y no tienen plazos de caducidad puesto que pueden impugnarse en cualquier momento. Debido a que este supuesto de orden público no es relacionado en el art. 47 LMESM, es conveniente que lo observe-

---

<sup>331</sup> La Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo elimina la diferenciación entre acuerdos nulos y anulables, no existiendo actualmente, en consecuencia, la distinción de esos plazos: un año y cuarenta días, respectivamente.



mos según lo regula la LSC. El art. 205 LSC *in fine* establece el *dies a quo* en el cómputo del plazo para el ejercicio de las acciones de impugnación determinando que se computará desde la fecha de adopción del acuerdo por junta de socios o por reunión del consejo de administración, y desde la fecha de recepción de la copia del acta si el acuerdo hubiera sido adoptado por escrito<sup>332</sup>. Si el acuerdo fuese inscribible, supuesto ante el cual nos encontramos pues el acuerdo de cesión global, como cualquier modificación estructural, necesita de la inscripción en el Registro Mercantil para conseguir su eficacia, entonces el plazo de caducidad se computará desde la fecha de su oponibilidad, es decir, desde su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil.

Este plazo para interponer la impugnación del acuerdo social de cesión global habrá de relacionarse y ceñirse al que se concreta en el artículo 47 LMESM, establecido para el supuesto de que el acuerdo de cesión global ya se hubiera inscrito en el Registro Mercantil. En este caso, además de determinar que ninguna cesión (por la remisión que realiza el art. 90 al 47) podrá ser impugnada tras su inscripción en el Registro Mercantil, siempre que la misma se haya realizado de acuerdo con las previsiones de la LMESM, se establece que el plazo para el ejercicio de la acción de impugnación del acuerdo social de cesión global caducará a los tres meses contados desde la fecha en que la cesión fuera oponible a quien invoca la nulidad. En consecuencia, y para este supuesto, decae el art. 205 LSC y se aplica el plazo real del art. 47.2 LMESM por remisión del artículo 90<sup>333</sup>. La adopción de medidas cautelares dentro del proceso de impugnación del acuerdo social de cesión global se aplica con carácter restrictivo y pretende la suspensión del acuerdo social objeto de impugnación y la anotación preventiva de la presentación de la demanda impugnatoria en la hoja registral abierta a la sociedad. Del art. 157.1RRM se infiere que la anotación preventiva de la resolución judicial firme que ordene la suspen-

---

<sup>332</sup> Debido a la falta de concreción de la fecha de inicio de cómputo del plazo en la LSC, el entonces Proyecto de Ley para la mejora del gobierno corporativo de las empresas, del pasado 23 de mayo de 2014, delimitó el inicio del plazo de caducidad computándose éste desde la fecha de adopción del acuerdo.

<sup>333</sup> En este sentido, ANSÓN PEYRONCELY, R., en “La impugnación de las modificaciones estructurales...”, *Op.cit.* pg. 377, expresa que, una vez inscritas esas modificaciones estructurales, decaerá la acción ex arts. 204 y ss. LSC por pérdida sobrevenida del objeto del proceso, debiendo iniciarse uno nuevo basado en el régimen especial de la LMESM. Por ese motivo, destaca el autor, son importantes las medidas cautelares. En consecuencia, la eficacia práctica de la impugnación dependerá de la rapidez en interponer la demanda de impugnación del acuerdo social en la que deberán solicitarse medidas cautelares para conseguir una anotación preventiva de suspensión del acuerdo antes de que se produzca la inscripción registral de la modificación estructural.

sión de acuerdo impugnado de cesión global, inscrito o inscribible, se practicará por el Registrador sin más trámites, a la vista de aquel. De esta manera, mediante las medidas cautelares, la cesión global de activo y pasivo no producirá su eficacia.

## **2. Legitimación para impugnar**

A tenor de la modificación introducida por el art. 206.1 LSC estarán legitimados para impugnar acuerdos nulos todos los socios, administradores y cualquier tercero que acredite un interés legítimo. El cambio introducido se centra, en este caso, en la exigencia de contar con un porcentaje mínimo de capital social para poder impugnar los acuerdos. Para las sociedades capitalistas se exige al menos que los socios que hubieran adquirido tal condición antes de la adopción del acuerdo, representen, individual o conjuntamente, al menos el 1% del capital. En el supuesto de sociedades cotizadas, el nuevo art.495. 2 b LSC, exige el 0.1% para las cotizadas. Sin embargo, los estatutos podrán reducir los porcentajes de capital indicados y, si los socios no los hubieran alcanzado, tendrán derecho al resarcimiento del daño que les haya ocasionado el acuerdo impugnado. De esta forma, se plantean nuevos interrogantes sobre la exigencia de este porcentaje para impugnar actualmente los acuerdos adoptados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 31/2014 o si actualmente sería posible exigir el resarcimiento del daño que les haya causado el acuerdo impugnado adoptado antes del 24 de diciembre de 2014<sup>334</sup>. El aptdo. 2º del art. 206 establece que estará legitimado cualquier socio para la impugnación de los acuerdos que sean contrarios al orden público.

Con respecto a los terceros, el art. 206.1 LSC se está refiriendo p.e. a los acreedores, que también pueden ser los mismos que ejerciten el derecho de oposición sobre la realización de la cesión (art. 88 LMESM). Se suman como terceros los trabajadores y administradores de la sociedad mercantil cedente y de una posible sociedad cesionaria. La legitimación pasiva corresponde, indudablemente a la sociedad, siendo competente el juez de lo Mercantil del domicilio social de la sociedad correspondiente<sup>335</sup>.

---

<sup>334</sup> En este sentido, FARRANDO MIGUEL, I., *Op. cit.* pg. 4.

<sup>335</sup> El art. 86 ter. 2 LOPJ delimita esta competencia en su apartado a) estableciendo que: “los juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional

### **3. Derecho de separación del socio**

La LMESM regula el derecho de separación del socio en determinados supuestos y no para todas las operaciones de modificación estructural. En el caso de la cesión global de activo y pasivo no está articulado dicho derecho en la Ley que constituiría una solución alternativa a la realización de la impugnación de la operación de cesión global de activo y pasivo facilitando la salida del socio de la sociedad mercantil y posibilitando la continuidad de la realización de la operación.

### **4. Impugnación del acuerdo social de cesión global de activo y pasivo antes de su inscripción registral**

A continuación referimos los efectos de la declaración de la nulidad de la cesión global de activo y pasivo a partir de la impugnación de la misma realizada conforme a los arts. 204 y ss LSC. Se produce la declaración de nulidad de la cesión global antes de su inscripción en el Registro Mercantil, tal como se produce la nulidad de un acto o negocio jurídico. Es llamativo observar cómo no son coincidentes los preceptos que hacen referencia a los efectos de la impugnación en la LMESM y en la LSC. Del artículo 47.3 LMESM se extrae (y lo referimos por la remisión que realiza el art.90) que la sentencia que declare la nulidad de la cesión global de activo y pasivo habrá de inscribirse en el Registro Mercantil, se publicará en el BORME y, curiosamente, añade que no afectará por sí sola a la validez de las obligaciones nacidas después de la inscripción de la cesión. En cambio, la LSC (art. 208.2) hace referencia a los efectos de la sentencia estimatoria de la impugnación, diciendo que ésta determinará la cancelación de la inscripción de la sociedad mercantil, al igual que la de los asientos posteriores que resulten contradictorios con ella. Debido a que la cesión global produce sus efectos a partir de su inscripción en el Registro Mercantil, y la declaración de nulidad se produce anteriormente

---

*civil, respecto de todas aquellas cuestiones que dentro del orden jurisdiccional civil se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles”.*

a la inscripción, no se habrá producido aun la eficacia de la operación, salvando una problemática innecesaria.

Dispone el art. 207 LSC que para la impugnación de los acuerdos sociales, se seguirán los trámites de juicio ordinario y las disposiciones contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil. A esto debemos añadir dos situaciones que pueden evitar la sustanciación de dicho proceso. La primera hace referencia a la posibilidad ofrecida por el juez del procedimiento, a solicitud de la sociedad demandada, de otorgarle un plazo razonable para tratar de eliminar o subsanar la causa que ha motivado la impugnación, en el caso de que esto fuera posible, tratando así de evitar el desarrollo del procedimiento de impugnación (art. 207.2 LSC). Por otra parte, tampoco será procedente la impugnación de un acuerdo social cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro adoptado antes o después de interpuesta la demanda de impugnación (art. 204.3 LSC)<sup>336</sup>.



---

<sup>336</sup> Debido a la desaparición de la diferencia entre acuerdos nulos y anulables el actual art. 204.3 pasa a constituir el 204.2 LSC. Se añadirá un nuevo apartado 3º que detallará exhaustivamente determinados motivos que no podrán fundamentar la impugnación de los acuerdos adoptados:

*“a) La mera infracción de los requisitos procedimentales establecidos por la ley, los estatutos o los reglamentos de la junta y del consejo, para la convocatoria o la constitución del órgano o para la adopción del acuerdo, salvo que se trate de una infracción relativa a la forma y plazo previo de la convocatoria, a las reglas esenciales de constitución del órgano o a las mayorías necesarias para la adopción de los acuerdos, así como cualquier otra que tenga carácter relevante.*

*b) La incorrección o insuficiencia de la información facilitada por la sociedad en respuesta al ejercicio del derecho de información, salvo que la información incorrecta o no facilitada hubiera sido esencial para el ejercicio razonable por parte del accionista o socio medio, del derecho de voto o de cualquiera de los demás derechos de participación.*

*c) La participación en la reunión de personas no legitimadas, salvo que esa participación hubiera sido determinante para la válida constitución del órgano.*

*d) La invalidez de uno o varios votos o el cómputo erróneo de los emitidos, salvo que el voto inválido o el error de cómputo hubieran sido determinantes para la consecución de la mayoría exigible”.*

## II REGULACIÓN PREVISTA EN LA LMESM SOBRE LA IMPUGNACIÓN DE LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES

El artículo 90 de la LMESM remite el régimen de impugnación del acuerdo de cesión global en cuanto a forma y plazos al régimen de la fusión, concretamente al artículo 47 LMESM<sup>337</sup> correspondiente al estudio de la operación de fusión donde se aborda la inimpugnabilidad de la misma. El legislador vuelve pues a utilizar la técnica de la remisión para regular la impugnación de la cesión global de activo y pasivo (al igual que ya hizo en la regulación del proyecto de cesión global y también en el supuesto legal del derecho de oposición a los acreedores). Trasladando este artículo a la cesión global, el régimen de la impugnación queda así: no se puede impugnar ninguna cesión global tras su inscripción en el Registro Mercantil siempre que la misma se hubiera realizado de conformidad con las previsiones de la LMESM. Por lo tanto, la impugnación que se sustancia ante la LMESM es la relativa al acuerdo ya inscrito en el Registro Mercantil, según dispone el art. 47 LMESM.

Antes de seguir con el desarrollo de las causas de impugnación, quisiéramos detenemos en el hecho significativo que fija el art. 47 LMESM, referido a que ninguna fusión podrá ser impugnada tras su inscripción en el Registro Mercantil. El legislador restringe de modo estricto las posibles causas de nulidad de la cesión global en aras a la consecución de la plena eficacia jurídica de la operación, en este caso eficacia constitutiva, alcanzada tras la inscripción de la operación en el Registro Mercantil. Este dato de la inscripción limita las causas de impugnación, que ya no serán coincidentes en todo caso con las que establece la LSC. Si se ha procedido a inscribir la cesión global en el RM y antes, se otorgó en escritura pública ante notario, se entiende, a partir de la redacción de la LMESM, que la operación ha adquirido ya una validez tal que la convierte en inimpugnable debido a que ha sobrepasado dos mecanismos de control sobre la misma: el notarial y el registral, exceptuando aquellos supuestos que contravengan las previsio-

---

<sup>337</sup> Artículo 47. “*Impugnación de la fusión.-1. Ninguna fusión podrá ser impugnada tras su inscripción siempre que se haya realizado de conformidad con las previsiones de esta ley*”.

nes de esta Ley. Es decir, la cesión global será inimpugnable si se ha efectuado de conformidad con las previsiones de esta Ley.

La regulación de la impugnación de la fusión, que se remite también, ex art. 47 LMESM, a las operaciones de escisión y de cesión global de activo y pasivo, es restrictivo y fiel al considerando noveno de la Tercera Directiva sobre fusiones tratando de alcanzar la plena seguridad jurídica en las operaciones realizadas y en todas las relaciones jurídicas que puedan derivar de las mismas. El legislador comunitario persigue la consecución del principio de seguridad jurídica en dicho considerando aludiendo a la necesidad de garantizar seguridad jurídica en las distintas relaciones existentes entre las sociedades interesadas en la realización de la fusión como entre éstas y los terceros, así como entre los accionistas tratando de regularizar los defectos, limitar los casos de declaración de nulidad, y estableciendo un breve plazo para invocar la misma en aquellos supuestos en los que la situación sea irregularizable<sup>338</sup>. El Derecho Comparado con las paradigmáticas Alemania e Italia secundan el espíritu riguroso de la Tercera Directiva en la regulación estricta que establecen sobre la impugnación de la fusión en sus propias legislaciones. Ambas impiden su ejercicio tras la inscripción: mientras el ordenamiento alemán establece la posibilidad de subsanar por medio de la inscripción determinados vicios y defectos (&20.1.4 del UmwG), la legislación italiana establece la inimpugnabilidad de la fusión una vez que dicha fusión estuviera inscrita (art. 2504 quater del código civile) pues a partir de ese momento la fusión resultará inatacable. Dicha imposibilidad en su realización tiene lugar en cualquier tipo de fusión: ya sean nacionales o fusiones internacionales como las comunitarias o extracomunitarias. Por otra parte, países como Portugal y Francia establecen dos modelos distintos de impugnación de las operaciones según se realicen dentro del ámbito nacional o sean transfronterizas extracomunitarias<sup>339</sup>, en cuyo caso existirán algunas causas de nulidad, o bien tengan un carácter transfronterizo intracomunitario en cuyo caso se tratará de operaciones inimpugnables.

---

<sup>338</sup> Del mismo modo se dispone en la Resolución núm. 7036/2013, de 30 de mayo [RJ 2013, 6111] donde se señala que la LMESM contiene un régimen restrictivo de impugnación que se justifica en aras a dicha seguridad en el tráfico jurídico.

<sup>339</sup> El ordenamiento portugués, en el *Código das Sociedades Comerciais* (art. 117), establece con relación a la fusión nacional y a la fusión transfronteriza no intracomunitaria, que existen dos causas de nulidad de la fusión (escisión): una es el incumplimiento del procedimiento legalmente establecido y el haber declarado nulo o anulable algún acuerdo de las sociedades participantes. Por su parte el *Code de commerce* francés, en sus arts. L 235-8, 235-9 y 235-11, admite la declaración de nulidad de una fusión

Por lo tanto, debemos entenderlo así: la impugnación sólo cabría, tras la inscripción, cuando se fundamente la misma en la infracción de las normas de la LMESM, ya sean las que refiere el art. 47 LMESM o las causas específicas de la cesión global. Por esto, podemos considerar que el sistema que establece el artículo 47 es complejo pues partiendo de la inimpugnabilidad de la operación, y siendo coherente con la normativa comunitaria relacionada, sin embargo refiere a continuación la posibilidad de la impugnación a partir de determinadas causas establecidas. De esta particular redacción inferimos que el legislador español ha tratado de construir un modelo en el que pueda tener el logro de la seguridad jurídica en la operación realizada y, admitiendo determinadas causas de nulidad, también ha tratado de perseguirse la protección o tutela efectiva de aquellos que se puedan sentir perjudicados por la realización de la operación.

La interpretación de “*las previsiones de esta Ley*” del art. 47 LMESM no solo hace referencia a la normativa de la LMESM sino que debe extenderse fuera de la LMESM. Igualmente cuando se detallan las causas de impugnación propias o específicas de la cesión global se realizarán nuevas remisiones extrapolables a la LMESM. Y, esas previsiones legales, en la regulación de la cesión global de activo y pasivo, no se refieren en su articulado nunca a la valoración del patrimonio y al valor de la contraprestación recibida por lo que no se puede plantear una impugnación sobre algo que no está regulado en la Ley especial, no hay base legal para poder ejercitarlo. Tampoco se refieren a otro aspecto como el de la impugnación del balance de fusión regulado en el artículo 38 LMESM, que no tiene tampoco aplicación a la operación de cesión global ya que, en la misma, no es exigible dicho balance y tampoco tiene lugar esa relación de canje de acciones, participaciones o cuotas, inexistentes en la cesión. Por lo que no podemos incluir la remisión a la impugnación de un balance, que sí tiene lugar en la fusión a solicitud del socio que se considere perjudicado por la relación de canje establecida, pudiendo someterse al Registrador Mercantil del domicilio social, la designación de experto independiente que fije la cuantía de la indemnización compensatoria.

---

(escisión) en el supuesto de nulidad del acuerdo adoptado por parte de las juntas de las sociedades intervinientes o bien cuando exista algún defecto en la “declaración de conformidad” a la Ley y a los Reglamentos que deben realizar las sociedades participantes tras producirse la aprobación de la operación por parte de éstas.

Al tener la regulación de la impugnación un contenido tan draconiano, infiriéndose de la misma como regla general la inimpugnabilidad, tampoco cabe la aplicación del artículo 204 LSC que regula los acuerdos impugnables que lesionan el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros. Y no cabe porque la LMESM no lo ha previsto así o bien porque hay una ausencia de regulación legal de situaciones considerables a lo largo de la misma. Por ello, articulando la inimpugnabilidad de la cesión como regla general, los socios minoritarios verán desprotegidos sus intereses, la propia LMESM es la responsable de desactivar la defensa de sus derechos. Podemos considerar que el sistema que establece el artículo 47 es complejo pues partiendo de la inimpugnabilidad de la operación, y siendo coherente con la normativa comunitaria relacionada, sin embargo relaciona a continuación la posibilidad de la impugnación a partir de determinadas causas establecidas.

**Legitimación:** La operación de cesión global plantea unas circunstancias que no son coincidentes con las de la fusión en cuanto a la legitimación y a las causas de impugnación, por lo que no resulta tan sencilla o coincidente en sus consecuencias la remisión que realiza el artículo 90 al artículo 47 LMESM. Analicemos este extremo:

En primer lugar, nada sucede con respecto a la legitimación activa, ya que la puede ejercitar cualquiera que pueda acreditar un interés legítimo en la cesión global. El tratamiento singular del artículo 47 trasladado a la cesión global se centra en el supuesto de la legitimación pasiva pues en la fusión es referida a los socios, administradores y acreedores de cedentes y cesionarios; en cambio la legitimación pasiva en la impugnación de la cesión global está pensada sólo para aquellos implicados en la toma del acuerdo de cesión global y solo se va a hacer referencia concreta a la sociedad cedente en el supuesto de que fuera esta la que recibiera la contraprestación (art. 81.1 LMESM). Si, de otro modo, la contraprestación se recibiera total y directamente por los socios de la sociedad cedente y la sociedad entonces se extinguiera (art. 81.2 LMESM), la legitimación pasiva correspondería al cesionario o a los cesionarios que percibieron el patrimonio de la sociedad cedente y, en su caso, a los socios de la sociedad cedente. Éste es un aspecto más en el que se muestra una insuficiencia en la regulación legal de la cesión pues la legitimación para realizar una impugnación debería corresponder igualmente al



cesionario, socios y acreedores del mismo, que de este modo, carecen de mecanismos de defensa ante la realización de la cesión. Y, como tal está reconocido igualmente en el artículo 206.1 LSC que establece que para la impugnación de los acuerdos nulos están legitimados todos los socios, los administradores y cualquier tercero que acredite un interés legítimo, pero no es trasladable a la cesión global al igual que tampoco lo va a ser la acción del cesionario contra la sociedad cedente por saneamiento o evicción<sup>340</sup> que sol tendrá lugar en calidad de reclamación por evicción o vicios o defectos ocultos (resarcimiento de daños y perjuicios).

**Causas de impugnación:** A continuación y con respecto a las causas de impugnación de la cesión global, serán causas de impugnación de una cesión global inscrita en el RM, por remisión al art. 47, aquellas que se refieran al incumplimiento de la normativa establecida en la LMESM. Pero éstas no son todas aquellas a las que se pueda referir la operación de fusión y que refiere el art. 47, sino solamente aquellas en las que la operación de cesión global hace una remisión estricta a la operación de fusión. Actualmente<sup>341</sup>, en base a la LMESM, el articulado de la cesión global se remite a la fusión en tres supuestos estrictos: el ya referido del art. 90 LMESM, que remite el régimen de impugnación al establecido para la fusión en el art. 47 LMESM; el artículo 88 LMESM que remite las condiciones y efectos del ejercicio del derecho de oposición de los acreedores a la realización de la cesión al dispuesto en el artículo 44 LMESM en sede de fusión y el último supuesto es el referido a la remisión que consta en el artículo 87 LMESM sobre los requisitos necesarios para la adopción del acuerdo de cesión por la junta de socios de la sociedad cedente al artículo 40.2 LMESM, correspondiente a la regulación legal del acuerdo de fusión.

Por lo tanto, tendríamos que ceñir las causas de impugnación en la cesión global exclusivamente a aquellas que se refieran al incumplimiento de los requisitos necesarios para la adopción del acuerdo de cesión y a las referidas al ejercicio del derecho de oposición de los acreedores. Distinguimos y trasladamos, pues, desde la fusión a la cesión

---

<sup>340</sup> El saneamiento o evicción tiene un carácter resolutorio en el contrato de compraventa y no sucede así en la cesión global de activo y pasivo que se aparta de este modo de las normas generales civiles del contrato de compraventa distinguiéndose de la misma.

<sup>341</sup> El Proyecto de Código Mercantil reduce significativamente la remisión de la cesión global a la operación de fusión, dotando a la operación de mayor autonomía.

global, como causas que permitirían realizar una impugnación, las que incumplan por ejemplo:

- Las formalidades para la aprobación por la junta del acuerdo de cesión, según el régimen de la sociedad cedente (por lo que nos remitiremos a los requisitos establecidos en la LSC) y publicidad del acuerdo de cesión (art. 40 LMESM).

- Los requisitos especiales en caso de acuerdo unánime de cesión global (art. 42 LMESM).

- La publicación del acuerdo de cesión global (art. 43 LMESM).

- El derecho de oposición de los acreedores: plazos, exigibilidad de la deuda, naturaleza de la garantía (art. 44 LMESM).

También podemos señalar unas causas de impugnación referidas exclusivamente a la cesión global que extraemos a partir del incumplimiento que se pueda producir de las previsiones establecidas en el propio título IV de la Ley (bajo el título: De la Cesión global de activo y pasivo). Dentro de las mismas observamos aspectos en los que la LMESM se remitirá al cumplimiento de lo establecido en otras leyes, como la LSC (art.81.2) o el Plan General Contable (art. 85.1.2<sup>a</sup>), por lo que, del mismo modo, el incumplimiento de estas leyes será causa que motivará y justificará la impugnación de la operación de cesión global:

- La contraprestación no puede consistir en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario (art. 81 LMESM)

- Si la sociedad cedente se extinguiera y la contraprestación fuera recibida total y directamente por los socios, la contraprestación que recibiera cada uno debería respetar las normas aplicables a la cuota de liquidación. Y, ¿dónde quedan reguladas esas normas? La respuesta se concreta en la LSC donde queda regulada la cuota de liquidación correspondiente a las sociedades de capital. Así pues, nos encontramos ante una peculiaridad en la operación de cesión global que debería plantear la posibilidad de impugnación de la misma cuando la misma tiene un carácter liquidatorio y no sean observadas las normas correspondientes a la cuota de liquidación. El artículo 81.2 LMESM establece, como hemos visto, que en todo caso, la contraprestación que reciba cada socio deberá respetar las normas aplicables a la cuota de liquidación. De este modo, deben observarse todos los extremos dispuestos por la LSC relativos a la liquidación en los arts. 371

y ss. Si no se observaran, cabría la impugnación de aquel acuerdo social de cesión que se hubiera adoptado pues se contraría a la propia Ley<sup>342</sup>.

- La cesión global plural obliga a que cada parte del patrimonio que se ceda constituya una unidad económica (art. 82 LMESM).

- La cesión global por sociedades mercantiles que se encuentren en estado de liquidación, podrán realizar la cesión global siempre que no hubiera comenzado la distribución de su patrimonio entre los socios (art. 83 LMESM).

- La cesión global internacional deberá respetar lo establecido por las respectivas leyes personales (art. 84 LMESM).

- El proyecto de cesión global: formalidades necesarias, contenido y depósito del mismo. Concretamente, la LMESM refiere la fecha de los efectos contables de la cesión global a lo dispuesto en el Plan General de Contabilidad, (nueva referencia fuera de la LMESM).

- El informe de los administradores de la sociedad cedente (art. 86 LMESM).

Añadimos una reflexión a los extremos señalados, cuyo incumplimiento, en todo caso, provocaría el ejercicio de una acción de impugnación, y es el que refiere el hecho de que no puede haber impugnación de la cesión global sobre el incumplimiento de algún extremo que no esté previsto en la LMESM (inexistencia de informe de experto independiente, ningún balance exigible), si bien ello no obsta para que estas carencias sean tenidas en cuenta por aquel Tribunal que conociera de la impugnación tratando de proteger a los terceros intervinientes en la operación.

Del contenido expresado por el artículo 47 LMESM también podríamos extraer otra consecuencia referida a la posibilidad de impugnabilidad antes de la inscripción de la misma en el Registro Mercantil, y por remisión, cabría la posibilidad de impugnar judicialmente el acuerdo de cesión global adoptado por la junta de socios de la sociedad cedente, antes de la inscripción del mismo en el Registro Mercantil<sup>343</sup>.

---

<sup>342</sup> “Artículo 204 LSC. Acuerdos impugnables. 1. *Son impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la ley...*”

<sup>343</sup> En este sentido ANSÓN PEIRONCELY, R., en “Cesión global de activo y pasivo”, en *La reestructuración empresarial*, *Op.cit.*, pg. 241, 2010, refiere la impugnación de la fusión transfronteriza intracomunitaria relacionando el artículo 47 LMESM con los arts. 17 y 12 de la Directiva 2005/56, a los que acude el legislador español para modificar el régimen de impugnación de las fusiones domésticas, respecto a la situación anterior del art. 246 LSA.

A continuación, el art. 47 expone que “*quedan a salvo, en su caso, los derechos de los socios y terceros al resarcimiento de los daños y perjuicios causados*”. Por ello, si hubiera tenido lugar una infracción legal con respecto a lo dispuesto en la LMESM, entonces sí sería posible la impugnación con posterioridad a la inscripción de la fusión, y, por remisión: de la cesión global, pues se está contradiciendo el contenido de la Ley. Por lo tanto, para poder realizar la acción de resarcimiento de daños y perjuicios causados a socios o a terceros, será absolutamente necesario que dicha acción sea antijurídica en si misma además de producir un daño como resultado de la misma. Pero no es posible ese resarcimiento de daños y perjuicios cuando el patrimonio que obtiene el cesionario no colma sus expectativas bien por falsedad o por vicios y defectos ocultos existentes en el patrimonio, pero, sin embargo, no contradiciendo la LMESM pues no hay ningún precepto legal en la misma que delimite el contenido que debe tener la contraprestación,<sup>344</sup> por lo que es algo que queda muy abierto e indefinido en la Ley. En este caso, el cesionario tendrá que articular una reclamación en base al articulado de la LEC. De todos modos, se trata de un supuesto que queda totalmente abierto en todo caso y no establece criterio o fundamento en el que se pueda sostener una acción de resarcimiento de daños y perjuicios.

*El apartado 2º del art. 47 reza que “el plazo para el ejercicio de la acción de impugnación caduca a los tres meses, contados desde la fecha en que la cesión fuera oponible a quien invoca la nulidad”.* La sentencia que declare la nulidad habrá de inscribirse en el Registro Mercantil, se publicará en su Boletín Oficial y no afectará por sí sola a la validez de las obligaciones nacidas después de la inscripción de la cesión global, a favor o a cargo de la sociedad cedente o del cesionario o cesionarios. Declarada la nulidad de la cesión global de activo y pasivo, se procurará preservar los efectos propios de las modificaciones estructurales, algo esencial si se ha declarado la nulidad en una cesión global que no fuera extintiva de la sociedad cedente, de modo que ésta, tras la

---

<sup>344</sup> GONZÁLEZ MENESES, M Y ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., en “Cesión global de activo y pasivo” en *Modificaciones estructurales...*, *Op.cit.* pg.453, apunta al respecto un supuesto extremo que sí tendría la calificación de antijurídico cuando se pudiera demostrar una maquinación del órgano de administración y del socio o socios mayoritarios con el cesionario para perjudicar a los minoritarios.

conclusión de la operación, hubiera puesto en marcha con éxito una empresa cuya continuidad podría poner en peligro la ejecución de la sentencia de nulidad<sup>345</sup>.

El artículo 265-14 de la Propuesta de Código Mercantil supone una novedad con respecto al actual artículo 90 de la Ley cuyo contenido, como hemos estudiado, se remite a lo establecido en los términos del artículo 47 en sede de fusión. El artículo 265-14 obvia cualquier remisión a la fusión<sup>346</sup> y reza así: “*El acuerdo de cesión global podrá ser impugnado antes de la inscripción en el Registro Mercantil. Una vez inscrita, el acuerdo de cesión global no podrá ser impugnado*”. El apartado 2º añade por su parte que “*la declaración de nulidad de la cesión global se inscribirá en el Registro Mercantil y se publicará en su Boletín Oficial*”. Todos estos términos son coincidentes con los del artículo 47 si bien no se regulan en el artículo 265-14 los derechos de los socios y de los terceros al resarcimiento de los daños y perjuicios causados.

Efectos de la declaración de nulidad de la cesión global de activo y pasivo, impugnada tras la inscripción de la misma en el RM ex art. 47 LMESM:

La sociedad cedente puede existir o haber dejado de existir tras la realización de la operación de cesión global. En el supuesto de que la sociedad cedente continuara existiendo (art. 81.1 LMESM), deberá devolver la contraprestación recibida. Si la sociedad se hubiera extinguido (art. 81.2 LMESM), los socios deberán reintegrarla igualmente al cesionario o cesionarios. Partimos del hecho de que la operación de cesión global de activo y pasivo ya ha sido inscrita en el Registro Mercantil, siguiendo el régimen jurídico aplicable en virtud del art. 89.2 LMESM. Es a partir de este momento cuando se produce la impugnación de dicha modificación estructural y cuando se obtiene la sentencia que declara la nulidad de la cesión global. Dicha sentencia, según el art. 47.3 LMESM, debe inscribirse en el RM, se publicará en el BORME y no afectará por sí sola a la validez de las obligaciones nacidas después de la inscripción de la cesión

---

<sup>345</sup> Así lo compartimos junto a CONTRERAS DE LA ROSA, I. *Op.cit*, pg. 217, que relaciona en este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15, núm. 161/2008 de 5 de mayo [JUR 2008, 317815]. Según ésta, aquellas causas en las que se fundamente la solicitud de nulidad, incluso si son legítimas, deberán modularse con el propósito de preservar los efectos propios de las modificaciones estructurales.

<sup>346</sup> La Propuesta de Código Mercantil ya no realiza remisiones a la operación de fusión en los extremos referidos a la impugnación de la cesión (art. 265-14) y a los requisitos exigidos para la adopción del acuerdo de cesión global (art. 265-9). En cambio, sigue remitiéndose a la operación de fusión en las condiciones y los efectos del derecho de oposición de los acreedores (art. 265-11)

global, a favor o cargo del cesionario o cesionarios de las que responderá solidariamente la sociedad cedente. Será la propia sentencia la que determine los efectos de la declaración de nulidad de la cesión global haciendo referencia al tratamiento que deben recibir las obligaciones nacidas tras la inscripción tratando de proteger a los terceros intervinientes en la operación de cesión global<sup>347</sup>. El objetivo que se persigue es tratar de no perjudicar a ninguno de los intervinientes en la operación de cesión global desde que la misma ha sido objeto de una declaración de nulidad y tras la inscripción de la misma en el RM. En consecuencia, no va a ser coincidente el régimen jurídico que establece la LMESM y el que establece la LSC sobre la nulidad de un negocio o acto jurídico, ya que la LMESM, a partir del art. 47.3 LMESM va a establecer unas excepciones al régimen general para tratar de no causar perjuicios añadidos.

Es importante referir el mismo aspecto en la normativa que establece la Directiva 2011/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011<sup>348</sup>, relativa a las fusiones de Sociedades Anónimas de un mismo Estado miembro, ya que la misma afecta, por la remisión que realiza el art. 90 al 47 LMESM, a las operaciones de cesión global de activo y pasivo en lo referente en este caso a la nulidad de la fusión tras la impugnación. El artículo 22 de la Directiva establece que la legislación de los estados miembros solo podrán organizar el régimen de nulidades de la fusión en determinadas condiciones. Entre ellas, determina que la nulidad deberá ser declarada por resolución judicial, y que el tribunal competente concederá a las sociedades interesadas un plazo para regularizar la situación de nulidad cuando fuera posible remediar la irregularidad susceptible de ocasionar la nulidad de la cesión global (por extensión de la fusión). El artículo 22.g, totalmente acorde con el art. 47.3 LMESM establece que la resolución que pronuncie la nulidad de la fusión no afectará por si misma a la validez de las obligaciones nacidas a cargo o en beneficio de la sociedad absorbente, con anterioridad a la resolución y con posterioridad a la fecha en la que surta efecto la fusión.

---

<sup>347</sup> Habrá que atender a la solicitud del demandante para determinar los efectos de la cesión global y tratar de no perjudicar, con la declaración de nulidad, a terceros con los que se hayan contraído obligaciones tras la realización de la operación de cesión global ya inscrita en el Registro Mercantil. Esos terceros pueden ser ya titulares de derechos u obligaciones que habrán de resolverse en la sentencia.

<sup>348</sup> La Directiva 2011/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, deroga la Tercera Directiva del Consejo 78/855/CEE, de 9 de octubre de 1978 relativa a las fusiones de Sociedades Anónimas de un mismo Estado miembro

## **Capítulo 4:**

### **Efectos de la cesión global de activo y pasivo o eficacia de la cesión global**

#### **I**

#### **EFFECTO PATRIMONIAL: LA TRANSMISIÓN DEL PATRIMONIO DE LA SOCIEDAD CEDENTE POR SUCESIÓN UNIVERSAL**

El Código Civil regula la transmisión de los patrimonios (bienes, derechos y obligaciones) a título universal mediante la sucesión mortis causa ya que inter vivos no se realiza plenamente pues, según el art. 634 CC, la donación podrá comprender todos los bienes presentes del donante, o parte de ellos, por lo que se está formulando una reserva al respecto. También el art. 635 CC establece que la donación no podrá comprender los bienes futuros, es decir, aquellos de que el donante no puede disponer al tiempo de la donación. Por ello, el efecto de la sucesión universal en el Derecho común, no existe *inter vivos*.

En cambio, en la sucesión universal mortis causa el sucesor o heredero ocupará el lugar del causante en el patrimonio que herede, permaneciendo inalterado el objeto de la transmisión. Los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones, reemplazándolo en la titularidad del patrimonio que dejó a su muerte (art. 661CC). Según el art. 660 CC se llama heredero a aquel que sucede a título universal y legatario al que sucede a título particular (pues también existe

otra clase de sucesión *mortis causa*: la sucesión particular o singular<sup>349</sup>). El heredero, que es por lo tanto el sucesor universal adquiere la titularidad del patrimonio del causante, adquiriendo los bienes y los derechos de los que aquel era titular e igualmente asumirá sus obligaciones y cargas. La adquisición de bienes y derechos y la asunción de cargas y obligaciones se realizarán en un solo acto, *uno ictu*, no aplicándose la normativa *inter vivos*, a través de la cual sería necesaria para la asunción de la deuda por un tercero, el consentimiento del acreedor.

Los presupuestos de los que parte la sucesión universal en el derecho societario son diferentes porque el Derecho Mercantil, a diferencia del Derecho Común, no necesita del fallecimiento de ningún causante titular. Para Garrido de Palma<sup>350</sup> el Derecho Mercantil ha tomado el principio de la sucesión universal, pero no para el supuesto de la desaparición del titular por fallecimiento *mortis causa*, sino como técnica de transmisión de conjuntos patrimoniales *inter vivos*. La realidad del Derecho Civil nos muestra que la sucesión universal no tiene su fundamento en las transmisiones *inter vivos*, tal como únicamente se va a aplicar en el Derecho de sociedades mercantiles, sino que está concebida exclusivamente para el supuesto de fallecimiento de la persona física. Ello va a suponer que la sucesión universal se tenga que “adaptar” ahora a la sede de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. A diferencia de la sucesión universal que se lleva a cabo en el ámbito hereditario, con un carácter necesariamente extintivo, la sucesión universal en el ámbito societario de las modificaciones estructurales ya no necesita de dicho efecto extintivo en la sociedad cedente, distanciándose del mismo, y siendo consecuencia en este caso, del consentimiento de la sociedad cedente y del cesionario/s, a partir del cual surgirá este efecto sucesorio. Se observa pues, de entrada, que se desnaturaliza la cesión global pues ésta basa su presupuesto en el fallecimiento del causante en relaciones jurídicas *mortis causa*, mientras que en el ámbito societario se mantiene este efecto para todas las operaciones de modificación estructural, sean

---

<sup>349</sup> La diferencia esencial entre la sucesión universal y la que se realiza a título particular radica en cómo se adquiere la responsabilidad por las deudas y cargas del causante. El sucesor universal asume todas las obligaciones, deudas y cargas del fallecido. Por el contrario, el legatario, llamado por el CC sucesor a título particular, no asume las deudas en general.

<sup>350</sup> GARRIDO DE PALMA, V.M. en “La sucesión universal en el Derecho civil. ¿Aplicación a las modificaciones estructurales?”, cap. X, en *Las Modificaciones estructurales...*, *Op.cit.* pg. 409.



extintivas (fusión, escisión total y cesión global que suponga la extinción de la sociedad cedente) o no lo sean.

El legislador, tratando de agilizar las transmisiones de empresas de sociedades, ha posibilitado desde la regulación de las operaciones de modificación estructural en la LMESM, el efecto patrimonial excepcional de la sucesión universal. Dicho efecto ha sido clave como herramienta que se necesitaba para poder facilitar la transmisión de las empresas por medio de la operación de cesión global, descartando así otras transmisiones que ya resultan absolutamente ineficaces. Por medio de éste, se consigue la transmisión del patrimonio en un solo acto, *uno actu* y de golpe *uno ictu*. Gracias al privilegio que supone el efecto de la sucesión universal, el legislador ha logrado dinamizar transmisiones patrimoniales de empresas, pues ha superado los condicionantes de las anteriores transmisiones de empresas a título particular en las que era necesario el consentimiento de la operación por parte de los acreedores. Ahora, éstos, estarán protegidos por otros mecanismos que regula la LMESM (art. 88) impidiendo que se puedan oponer a la realización de la operación.

En las distintas operaciones de modificación estructural que la contemplan: se relaciona dicho efecto con la siguiente terminología: “*la transmisión en bloque de sus patrimonios*” (art.22 y 23 en la fusión); “*se transmite en bloque por sucesión universal*” (art. 69 en sede de escisión); y, por último, “*transmitir en bloque todo su patrimonio por sucesión universal*” (art. 81 en la operación de cesión global de activo y pasivo). La expresión: transmisión en bloque que se sucede a lo largo del articulado refiere que se transmite el conjunto de elementos patrimoniales con un solo título y en un solo acto. Concretamente en las operaciones de escisión y cesión global de activo y pasivo sí se refiere expresamente el efecto de cesión global.

No sucedía así antes de la publicación de la LMESM: anteriormente a ésta también se realizaban las transmisiones patrimoniales de empresas si bien éstas no lograban el éxito pretendido o eran desestimadas finalmente pues se llevaban a cabo con el efecto de sucesión particular que dificultaba la realización de la transmisión global del patrimonio por la observancia de los distintos trámites que de modo individual había que seguir para cada elemento patrimonial transmitido encareciéndose también el procedimiento de cesión patrimonial. El modo de transmisión de sucesión particular suponía

observar la transmisión particular de cada uno de los elementos y observar las reglas individuales de transmisión aplicables a cada elemento integrante del patrimonio empresarial, lo cual implicaba dificultades generalizadas en la transmisión y en ocasiones, hasta incluso, suponía la imposibilidad de realizar la operación. Es decir, cada elemento que integraba el patrimonio se debía transmitir de acuerdo con el negocio jurídico correspondiente adecuado para su transmisión. Noval Pato<sup>351</sup> señala cómo (antes de la LMESM) cada uno de los componentes del patrimonio de la sociedad transmitente debía transmitirse aisladamente y ajustarse a las normas del derecho común reguladoras de la circulación de los distintos derechos y deberes. Se llevaba a cabo, pues, del mismo modo que en el supuesto de la transmisión de empresa en que la sociedad o sociedades beneficiarias no suceden en bloque o a título universal a la sociedad cedente ya que no se subrogan automáticamente en las relaciones jurídicas de la sociedad transmitente. De ese modo, la asunción de las deudas de la sociedad transmitente por parte de la sociedad o sociedades beneficiarias no se puede imponer a los acreedores sociales pues con carácter previo debe concurrir el consentimiento individualizado de cada uno de ellos según dispone el art. 1205CC. En virtud del artículo 1205 CC<sup>352</sup>, se establece el principio general que rige la transmisión de obligaciones según el cual no es necesario el consentimiento del deudor o deudores para poder realizar la transmisión de obligaciones pero si se ha de contar con el consentimiento del acreedor, cuando se va a realizar un cambio de deudor<sup>353</sup>. En cambio, la transmisión de empresas (art. 81) o unidades económicas (art. 82), mediante la cesión global de activo y pasivo, será mucho más sencillo mediante la sucesión universal, ya que no necesita para su realización el consentimiento de los acreedores. Esto supone una excepción al art. 1205 CC pero en base al art. 88 LMESM, este consentimiento será sustituido por un derecho de oposición de los acreedores, que en nuestra operación, se remite al artículo 44, en sede de fusión, y que no resulta coincidente.

---

<sup>351</sup> NOVAL PATO, J., *Op.cit.*pg. 26.

<sup>352</sup> Art. 1205 CC. “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”.

<sup>353</sup> La jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo recoge en distintas sentencias que, tal como establece el art. 1205 CC, es necesario el consentimiento del acreedor cuando se realiza un cambio en la persona del deudor. Así se observa en la Sentencia núm. 813/2001, de 30 de julio de 2001 (RJ2001, 6631) y en la Sentencia núm. 1356/2007, de 19 de diciembre de 2007 (RJ 2007, 9052).

Así pues, este método es absolutamente contrapuesto con la gran ventaja que ha supuesto la sucesión a título universal ya observada expresamente por el legislador en la LMESM. Anteriormente a su llegada, la sucesión universal era admitida por la doctrina suponiendo un carácter extintivo de la sociedad cedente, si bien no tenía una plasmación explícita en la legislación societaria<sup>354</sup>.

Según Conde Tejón<sup>355</sup> gracias a la sucesión universal se pueden obtener de una forma mucho más sencilla los resultados pretendidos por las operaciones de modificación estructural, cuyo fin principal radica en conseguir la integración de la totalidad o una parte del patrimonio y de las relaciones jurídicas de la empresa transmitente en la empresa o empresas beneficiarias. Fijándonos en el contenido de las disposiciones que arbitran el procedimiento de ejecución de estas operaciones observaremos como están dirigidas a regular el efecto de la sucesión universal, arbitrando ciertas garantías necesarias para que el mismo se pueda producir sin dañar los intereses de ninguno de los colectivos afectados por la operación. Este es un temor fundado dada la simplicidad con la que se realiza la operación por medio de la sucesión universal. Se trata de que esta ventaja no traiga a colación otro tipo de perjuicios en socios, acreedores, deudores y trabajadores implicados en la realización del mismo.

El efecto de sucesión universal es regulado por el legislador para todas las modificaciones estructurales con carácter patrimonial establecidas en la LMESM si bien la sucesión universal es el único efecto patrimonial que conlleva la realización de la cesión global de activo y pasivo. Esto diferencia a la cesión global de otras operaciones de modificación estructural como la fusión<sup>356</sup> o la escisión en las que también se producen

---

<sup>354</sup> Podemos relacionar en la derogada L.S.A (Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas) la referencia a una “transmisión en bloque” en la regulación de las operaciones de fusión (art. 233) y escisión (art.252). Esto no sucedía en la operación de cesión global que era concebida únicamente como una fórmula liquidatoria.

<sup>355</sup> CONDE TEJÓN, A., en *La cesión global de activo y pasivo como operación de modificación estructural... Op.cit.* pg. 322.

<sup>356</sup> En relación a la operación de fusión y el efecto de sucesión universal consideramos conveniente dar cuenta de la reciente Sentencia del TJUE de 5 de marzo de 2015 (C-343/13) pues resulta de interés la respuesta de dicho tribunal a la cuestión planteada por un tribunal portugués sobre la interpretación del término “*patrimonio pasivo*” utilizado en el art. 19.1 de la Tercera Directiva relativa a las fusiones de las sociedades anónimas (Directiva 78/855/CEE de 9.10.1978, que se vio modificada por la Directiva 2011/35/UE, de 5.4.2011. La cuestión que se somete al tribunal es la de si en una fusión por absorción, la transmisión universal de todo el activo de la absorbida puede incluir la responsabilidad por el

otros efectos además de la sucesión universal: nos referimos al efecto de integración o efecto corporativo que se impone en las operaciones de fusión y escisión, debido al traspaso de los socios que se produce a la sociedad adquirente, algo totalmente inexistente en la operación de cesión global (art. 81LMESM). También y, de nuevo por imposición legal, en estas operaciones tiene lugar la necesaria extinción de la sociedad cedente: el efecto extintivo de la sociedad cedente, en cambio, en la cesión global de activo y pasivo dicho efecto no es el contenido de ninguna disposición legal sino que habrá de ser decidido por la junta general de socios de la sociedad cedente<sup>357</sup>.

---

pago de multas impuestas por hechos cometidos por la absorbida con anterioridad al proceso de fusión. La respuesta del TJUE, en escueta argumentación, recuerda que dentro del pasivo del patrimonio de la absorbida se incluye la obligación de pagar una multa si los hechos se produjeron con anterioridad a la fusión. Según la Directiva, una fusión por absorción implica *ipso iure* no solo la transmisión universal de la totalidad del patrimonio activo y pasivo de la sociedad absorbida a la sociedad absorbente sino también que la sociedad absorbida deja de existir. De ello se desprende que, si no se transmitiera a la sociedad absorbente la responsabilidad por infracciones, como elemento del patrimonio pasivo de la sociedad absorbida, dicha responsabilidad se extinguiría. *“Si no se transmite a la sociedad absorbente la responsabilidad por infracciones de la sociedad absorbida consistente en el pago de una multa por dichas infracciones, se vería desprotegido el interés del Estado miembro cuyas autoridades impusieron tal multa... si se excluyera la transmisión de dicha responsabilidad, una fusión constituiría un medio para que una sociedad escapara de las consecuencias de las infracciones que hubiera cometido, en perjuicio del Estado miembro de que se trata o de otros eventuales interesados.”*

En consecuencia, la respuesta del Tribunal es la siguiente: *“El artículo 19, apartado 1, de la Directiva 78/855/CEE del Consejo, de 9 de octubre de 1978, Tercera Directiva basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las fusiones de las sociedades anónimas, en su versión modificada por la Directiva 2009/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, debe interpretarse en el sentido de que una “fusión por absorción”, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la mencionada Directiva, supone la transmisión, a la sociedad absorbente, de la obligación de pagar una multa impuesta mediante resolución firme posterior a dicha fusión por infracciones del Derecho del trabajo cometidas por la sociedad absorbida antes de la citada fusión.”*

Consideramos que la justificación que da el TJUE a la asunción de la deuda por parte de la sociedad absorbente no debe fundarse o referirse mínimamente al hecho de que se trata de una fusión en la que se extingue la sociedad absorbida y, de ese modo, quedaría desprotegido el interés del estado miembro cuyas autoridades impusieron la multa. Independientemente del tipo de fusión que se realice, se lleva a cabo una transmisión por sucesión universal que implica la transmisión *ipso iure* de la totalidad del patrimonio activo y pasivo de dicha sociedad. Esa es pues la razón fundamental argumentada por el TJUE para el pago de dicha multa por parte de la sociedad absorbente: referir el art. 19.1 de la Tercera Directiva en el que se refiere el hecho de que *la fusión produce ipso iure y simultáneamente los siguientes efectos: a) la transmisión universal, tanto entre la sociedad absorbida y la sociedad absorbente como con respecto a terceros de la totalidad del patrimonio activo y pasivo de la sociedad absorbida a la sociedad absorbente”*.

La sentencia refiere pues dicho artículo interpretándolo en el sentido de que una fusión por absorción supone la transmisión de la obligación (pagar una multa) pues los hechos se cometieron por la sociedad absorbida antes de la citada fusión. De este modo la respuesta del Tribunal, con la que nos mostramos absolutamente coincidentes, toma en absoluta consideración el efecto de la sucesión universal en la transmisión que se realiza en dicha fusión.

<sup>357</sup> En el mismo sentido, CONTRERAS DE LA ROSA, I., *op.cit.* pg. 232.

Es necesario precisar también que la sucesión universal tiene un carácter cerrado no permitiendo la aplicación analógica de este efecto a ninguna otra transmisión del patrimonio que se efectúe fuera de esta Ley. Ni siquiera la voluntad de las partes intervinientes en la operación es determinante a la hora de poder determinar la aplicabilidad de este efecto. Sólo un pronunciamiento legal expreso por parte del legislador será decisivo para poder otorgar el efecto de la sucesión universal.

El efecto de sucesión universal en la operación de cesión global de activo y pasivo es una novedad aportada por la LMESM y recogida de forma expresa en su art. 81. Anteriormente, la LSRL (en su art. 117 de la LSRL en relación con el art. 246 del RRM y el art. 266 del TRLSA) no establecía dicho efecto expresamente, habiendo un silencio legal al respecto. La justificación de este silencio respecto al efecto de la sucesión universal en la operación de cesión global, se podía entender por la función liquidatoria que el legislador le daba en aquellos momentos a la cesión global y que suponía claramente la extinción de todas las relaciones jurídicas existentes (pagos y cobros pendientes, cumplimiento de contratos...), de ahí se infería la realización de la sucesión universal para poder realizarla. Por ello, la sucesión universal fue admitida de forma mayoritaria por la doctrina a pesar de que no tenía una plasmación explícita en la legislación societaria<sup>358</sup>. Por su parte, la legislación comunitaria también reconoce el efecto de la sucesión universal para las operaciones de la fusión y escisión. Éste se encuentra recogido en el artículo 19 de la Directiva relativa a las fusiones de las sociedades anónima: Directiva 2011/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011 relativa a las fusiones de las sociedades anónimas<sup>359</sup> (modifica la Directiva 78/855/CEE) y en el art.17 de la Sexta Directiva sobre escisiones de sociedades anónimas (Directiva 82/891/CEE del Consejo, de 17 de diciembre de 1982, basada en la letra G) del apartado

---

<sup>358</sup> Podemos relacionar en la derogada L.S.A (Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas) la referencia a una “transmisión en bloque” en la regulación de las operaciones de fusión (art. 233) y escisión (art.252). Esto no sucedía en la operación de cesión global que era concebida únicamente como una fórmula liquidatoria.

<sup>359</sup> *Artículo 19. 1. La fusión produce ipso iure y simultáneamente los siguientes efectos: la transmisión universal, tanto entre la sociedad absorbida y la sociedad absorbente como con respecto a terceros, de la totalidad del patrimonio activo y pasivo de la sociedad absorbida a la sociedad absorbente; b) los accionistas de la sociedad absorbida se convertirán en accionistas de la sociedad absorbente; c) la sociedad absorbida dejará de existir.*

3 del artículo 54 del Tratado y referente a la escisión de Sociedades Anónimas)<sup>360</sup>. En sendos artículos se reconoce que se produce de forma simultánea e ipso iure la transmisión, extinción e integración de los socios de la sociedad cedente en la sociedad cesionaria. En cambio, dicho efecto de sucesión universal no es regulado a nivel comunitario en la operación de cesión global (pues ésta no es objeto de regulación en ningún texto comunitario de forma autónoma) pero sí lo es en la LMESM por lo que entendemos que está reconocido al mismo nivel que en las operaciones de fusión y escisión a las que se remite la cesión por analogía.

El principal efecto que conlleva actualmente la realización de la operación de cesión global de activo y pasivo es la transmisión en bloque y por medio de un solo acto *uno actu*, de la totalidad de elementos patrimoniales y relaciones jurídicas de la empresa por sucesión universal al cesionario o cesionarios correspondientes, según estipula el art. 81.1 LMESM. Ello supone, como ya hemos analizado, que se van a transmitir el conjunto de los derechos y obligaciones que integran el mismo mediante un solo acto haciendo caso omiso de la normativa de transmisión particular de cada uno de los elementos que integran el mismo. De esta forma se facilita la realización de la operación y se superan los inconvenientes que genera la aplicación de las normas de circulación de cada uno de los elementos que configuran la empresa como unidad funcional, proporcionando, mediante la sucesión universal a los operadores económicos una herramienta legal y eficaz para poder realizar la transmisión de empresas y por ende, la continuidad de las empresas y el tejido empresarial de nuestro país<sup>361</sup>.

La transmisión por sucesión universal se materializa entonces en las diversas situaciones contempladas en el articulado de la cesión global, es decir, en el supuesto en el que continúa existiendo la sociedad cedente tras la cesión global<sup>362</sup>, como ya he seña-

---

<sup>360</sup> El art. 17 dispone del mismo modo para las operaciones de escisión que 1. La escisión produce ipso iure y simultáneamente los siguientes efectos: a) la transmisión de la totalidad del patrimonio activo y pasivo de la sociedad escindida a las sociedades beneficiarias. Dicho efecto se producirá, tanto entre la sociedad escindida y las sociedades beneficiarias como con respecto a terceros. b) el efecto integración ya que los accionistas de la sociedad escindida se convertirán en accionistas de una o más de las sociedades beneficiarias conforme al reparto previsto en el proyecto de escisión y, c) el efecto extinción ya que la sociedad escindida dejará de existir.

<sup>361</sup> CONTRERAS DE LA ROSA, I., *Op.cit.* pg. 230.

<sup>362</sup> Cuando la sociedad cedente sobrevive a la realización de la cesión global de activo y pasivo, se puede originar una situación confusa para el deudor referida a la falta de conocimiento de la transmi-

lado arriba (art. 81LMESM, cesión global no extintiva de la sociedad cedente), cuando se extingue la sociedad cedente (art. 81.2LMESM, cesión global extintiva de la sociedad cedente) y también cuando se realice una transmisión patrimonial a distintos cesionarios, transmitiéndose en bloque partes del patrimonio siempre que los mismos constituyan unidades económicas (art. 82, cesión global plural). Como destacan González Meneses y Álvarez Royo-Villanova<sup>363</sup> es aún más importante que la LMESM admita la posibilidad de que haya sucesión universal cuando un sujeto transmite todo su patrimonio actual y sin embargo continúa existiendo (art. 81.1LMESM).

En conclusión, gracias a la regulación de las modificaciones estructurales se logra que determinadas operaciones que pueden resultar de gran utilidad a las empresas, logren de forma efectiva sus resultados sin verse bloqueadas por los inconvenientes prácticos que plantea la aplicación de las normas generales de transmisión por sucesión particular. Esta facilitación de las operaciones se consigue gracias a una herramienta especial de transmisión patrimonial (sucesión universal) compensado con unas medidas específicas de tutela que son excepcionales ya que implican la sustitución de las normas generales de transmisión de los elementos patrimoniales por unas medidas especiales que reducirán de una forma razonable la tutela de los intereses en juego debido a que ello es necesario para permitir el éxito de unas operaciones beneficiosas para la economía en general. El legislador no admite que estas medidas excepcionales se extiendan limitando su aplicación a unas determinadas operaciones. Por ello, en gran parte de ordenamientos jurídicos se refiere un principio de tipicidad o de *númerus clausus* y de prohibición de analogía en materia de modificaciones estructurales<sup>364</sup>.

---

sión de créditos en la que se realice el pago al antiguo acreedor (la sociedad cedente). Así se recoge en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 4ª), núm. 194/2004, de 29 de marzo [AC 2004, 729].

<sup>363</sup> GONZÁLEZ MENESES, M y ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., en “Cesión global de activo y pasivo” en *Modificaciones estructurales*, *Op.cit.*, pg. 451.

<sup>364</sup> CONDE TEJÓN, A., “Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles como subtipo de operaciones de reestructuración empresarial caracterizadas por la sucesión universal.: (Solución al régimen aplicable a la aportación de rama de actividad y a la cesión parcial de activo y pasivo)” en *RdS* nº 35, 2011-, pgs. 68 y 69.

## II

### EFFECTO SOCIETARIO: CONTINUIDAD O EXTINCIÓN DE LA SOCIEDAD CEDENTE

La nueva regulación legal de la cesión global permite, como ya se ha dicho, que se produzcan dos efectos societarios diferenciados entre los que podrá optar la sociedad cedente.

Por un lado, el efecto de continuidad de la sociedad cedente tras la realización de la operación, no precisándose ahora que ésta tenga que extinguirse necesariamente como sucedía en la anterior regulación a la LMESM (por imposición de la LSRL). Por lo tanto, cuando la contraprestación no es recibida directamente por los socios sino por la sociedad cedente, ésta seguirá existiendo<sup>365</sup>, ya no se liquidará, y, como sabemos, una vez que ya se ha realizado la transmisión patrimonial, podrá seguir dedicándose al mismo objeto social o bien, podrá iniciar una nueva actividad económica gracias, en ambos supuestos, a la contraprestación que ha recibido a cambio con un patrimonio que estará renovado y constituido fundamentalmente por los nuevos activos que incorpora mediante la contraprestación recibida.

Pero también podría suceder el otro efecto, el de la extinción de la sociedad cedente, en cuyo caso el acuerdo de cesión global adoptado por la junta general de la sociedad cedente deberá contener el reparto de la totalidad de la contraprestación entre todos los socios, tal como establece el artículo 81.2 LMESM. Dicha opción conllevará la obtención de la contraprestación total y directamente por los socios y la cancelación de los asientos registrales de la sociedad cedente para lograr el efecto de extinción, según dispone el artículo 89.2 LMESM.

---

<sup>365</sup> GARDEAZABAL DEL RÍO, F.J. destaca la novedad que supone la no desaparición de la sociedad cedente en la LMESM en *La cesión global del activo y pasivo tras la Ley 3/2009 de 3 de abril, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles en Homenaje a Víctor Manuel Garrido de Palma / coord. por José Carlos Sánchez González, Francisco Javier Gardeazábal del Río, Pedro Garrido Chamorro, 2010, pg.1294.*



Por su parte, Noval Pato,<sup>366</sup> antes de la publicación de la LMESM, expresaba que el legislador, por razones de política jurídica, excluía la posibilidad de que continuara existiendo la sociedad cedente, tipificando la cesión global de activo y pasivo como un procedimiento de liquidación abreviada. Sin embargo el autor razona la posibilidad de que la sociedad cedente pueda seguir existiendo en base a que en la cesión global de activo y pasivo no se produce la integración de los socios de la sociedad cedente en una factible sociedad cesionaria. Por ello, es igualmente lógico que, de otro modo, tras la transmisión del patrimonio social de la sociedad cedente, la misma proceda a extinguirse una vez que cada socio haya recibido su parte o bien que la sociedad cedente, manteniendo intactas sus relaciones internas, continúe existiendo y comience a desarrollar, por regla general, un nuevo objeto social sirviéndose de la cesión global de activo y pasivo como una técnica de reorganización empresarial. No sería de sentido común el que aquella sociedad que pretendiera continuar procediera a su extinción para constituir una sociedad nueva con los muchos gastos (de extinción y constitución) que ello conlleva pudiendo ser ahorrados todos ellos continuando la sociedad cedente.

Este supuesto no obstaculiza de todos modos la posibilidad de que, tras la realización de la cesión global con la inscripción de la misma en el Registro Mercantil, la sociedad cedente proceda a la disolución y liquidación de la misma, pero esto sería algo posterior pues en esa inscripción constaba la sociedad cedente como sociedad en ejercicio.

---

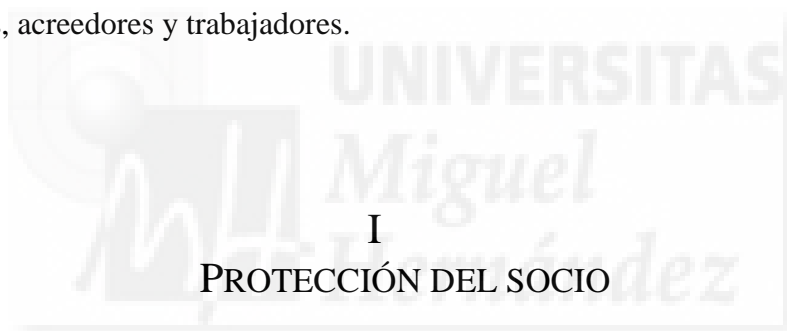
<sup>366</sup> NOVAL PATO, J., *Op.cit.p.56*.



## **Capítulo 5:**

### **Mecanismos de tutela a terceros**

Tras la descripción del régimen legal de la cesión global, hemos podido observar determinados mecanismos para asegurar la protección de los colectivos que puedan resultar afectados por los efectos que se infieren de la realización de la operación: se trata de los socios, acreedores y trabajadores.



Con respecto a este colectivo, los socios de la sociedad cedente están amparados por el procedimiento legal que regula la operación en la LMESM, tal como hemos observado. En el mismo se observa una gran mejora con respecto a la regulación anterior en la LSRL. La LMESM incorpora medidas que favorecen a los socios a la hora de posibilitarles el ejercicio de su derecho de información sobre el contenido y condiciones de la operación de cesión global de activo y pasivo. Se concreta, como observamos en el desarrollo procedimental en un derecho de información a los socios sobre el proyecto de cesión (proyecto que no era exigible en la LSRL), en la exigencia de un informe de los administradores (que tampoco existía en la LSRL) y con respecto al acuerdo de cesión adoptado por la junta de socios de la sociedad cedente, se evidencian todo tipo de garantías remitiendo los requisitos para la adopción del acuerdo de cesión global a los propios de un acuerdo de fusión. Gracias a esta remisión, *mutatis mutandi*, podremos aplicar a la

cesión global, el articulado de la fusión que se refiere al acuerdo adoptado entre las sociedades fusionadas. Siguiendo el Preámbulo de la Ley, como ya expusimos, *“la tutela del socio se persigue a través de la información que facilita el proyecto de cesión global y a través del sometimiento del acuerdo a algunos requisitos establecidos para la adopción el acuerdo de fusión”*.

Sin embargo, ya hemos comprobado a lo largo de todo el procedimiento que son obviados por la LMESM los factibles socios de una sociedad cesionaria y el conjunto de sus derechos e intereses, todo ello relevante por las consecuencias patrimoniales que entraña la realización de esta operación y el pago de la contraprestación correspondiente.

## II PROTECCIÓN DE LOS ACREEDORES

### **1. Derecho de oposición de los acreedores: art. 88 LMESM**

Según la Exposición de Motivos de la Ley, la tutela de los acreedores se persigue en la operación de cesión global de activo y pasivo mediante un doble mecanismo reforzado que se concreta en dos medidas implementadas con el objeto de proteger al acreedor: el derecho de oposición que asiste a éstos (art.88 LMESM) y también el régimen de responsabilidad solidaria del cesionario o cesionarios para poder garantizar el cumplimiento de las obligaciones cedidas hasta el límite del activo neto atribuido a cada uno de ellos en la cesión (art. 91LMESM). Este doble sistema tuitivo para la protección de los acreedores ante la realización de una operación de cesión global se articula con características diferentes que examinamos a continuación:

Como ya se vio en la fase de pendencia del procedimiento de cesión global, según dispone el art. 88 LMESM, los acreedores de la sociedad cedente y del cesionario o cesionarios podrán oponerse a la cesión en las mismas condiciones y con los mismos efectos previstos para el caso de fusión. En sede de fusión, el art. 44LMESM recoge una regulación aplicable también a la escisión (art. 73.1LMESM) y a la cesión global de activo y pasivo.

Se reconoce a los acreedores de las sociedades implicadas el derecho de oposición a la modificación estructural. Se trata de un mecanismo tuitivo que protege a los acreedores pero no poseen este derecho todos ellos sino solamente aquellos en los que concurra un determinado presupuesto objetivo: aquellos cuyo crédito hubiese nacido antes de la fecha de inserción del proyecto de cesión global en la página web de la sociedad, o de la fecha de depósito del proyecto en el Registro Mercantil, o (en defecto de depósito registral y de inserción en la página *web*) de la fecha de publicación del acuerdo de cesión global o de la comunicación individual de ese acuerdo al acreedor; no estuviese aun vencido en esa misma fecha y no se encontrara suficientemente garantizado. Este derecho de oposición es el principal mecanismo de protección de los créditos de los acreedores que se encuentren en esas condiciones, permitiendo oponerse a una operación de cesión global que perjudique su derecho de crédito.

Observamos pues como el consentimiento individual del acreedor queda sustituido en la LMESM por un derecho de oposición del que solo son titulares determinados acreedores.

La LMESM añade a esta medida tuitiva la nueva responsabilidad solidaria por las obligaciones cedidas incumplidas contenida en el art. 91 y que se detalla a continuación, novedad propia de la LMESM.

## **2. Responsabilidad solidaria por las obligaciones incumplidas: art. 91 LMESM**

*“Artículo 91. Responsabilidad solidaria por las obligaciones incumplidas.*

*1. De las obligaciones asumidas por un cesionario que resulten incumplidas responderán solidariamente los demás cesionarios, hasta el límite del activo neto atribuido a cada uno de ellos en la cesión; y, según los casos, los socios hasta el límite de lo que hubieran recibido como contraprestación por la cesión, o la propia sociedad que no se hubiera extinguido, por la totalidad de la obligación.*

*2. La responsabilidad solidaria de los cesionarios y los socios prescribirá a los cinco años”.*

Además del derecho de oposición de los acreedores a la cesión, el legislador prevé en defensa de los intereses de los acreedores de la sociedad cedente un régimen de responsabilidad solidaria por las obligaciones asumidas por un cesionario que resulten incumplidas. En este caso si están protegidos la totalidad de los acreedores sin necesidad de requerimientos adicionales (como sucedía anteriormente para el ejercicio legítimo del derecho de oposición a la cesión global por parte de determinados acreedores). El artículo 91 establece pues un régimen de responsabilidad por aquellas obligaciones cedidas que se incumplan, ofreciendo de este modo una nueva garantía a favor de los acreedores que son cedidos. Se trata de una medida de tutela que arbitra un régimen de responsabilidad destinado a un posible incumplimiento de las obligaciones cedidas: se parte pues de que el cesionario que asumió en su momento determinada obligación, la incumpla. Se concreta pues en la problemática de la asunción de responsabilidad por las deudas que un cesionario hubiera dejado incumplidas. Se trata de un régimen garantista que pretende defender los derechos patrimoniales adquiridos por parte de los acreedores, y totalmente coincidente con el que el legislador ha dispuesto en el título III de la Ley en sede de escisión (art. 80 LMESM)<sup>367</sup>. En ambos casos su carácter será solidario siendo extensiva dicha responsabilidad a los demás cesionarios, e incluso, según los casos, a los socios de la sociedad cedente si se hubieran repartido la contraprestación recibida por la cesión o a la propia sociedad cedente, en el caso de que subsistiera. Si el cesionario que asumió la obligación la incumplió, la Ley establece un sistema de responsabilidad solidario y subsidiario por parte de los demás sujetos que intervinieron directamente en la operación: demás cesionarios y sociedad cedente, si ésta subsistiera. La responsabilidad también se extiende de modo indirecto a los socios de la sociedad cedente cuando la cesión global fuese extintiva y hubieran recibido entonces su correspondiente contraprestación. El artículo 91 LMESM, complejo en su redacción e interpretación<sup>368</sup>, distingue responsabilidades entre estos sujetos, pues, a distinción de la que

---

<sup>367</sup> Artículo 80 LMESM. *Responsabilidad solidaria por las obligaciones incumplidas. De las obligaciones asumidas por una sociedad beneficiaria que resulten incumplidas responderán solidariamente las demás sociedades beneficiarias hasta el importe del activo neto atribuido en la escisión a cada una de ellas y, si subsistiera, la propia sociedad escindida por la totalidad de la obligación.*

<sup>368</sup> El art. 91 LMESM es totalmente coincidente con el artículo 80 LMESM reconociéndose en ambos supuestos su complejidad y dificultad interpretativa. La reciente resolución de la Audiencia Provincial de Alicante, nº 407/M-123/13, sección octava, relativa al procedimiento de incidente concursal 495/12 dimanante del concurso 188/12, juzgado de lo mercantil Alicante-3 con sede en Elche (sentencia

asumen socios y acreedores (hasta el límite del activo neto atribuido a cada uno de ellos en la cesión y durante cinco años), la sociedad cedente, si no se extinguiera, siempre respondería por la totalidad de la obligación y sin limitación temporal.

En todo caso, el legislador se está refiriendo a aquellas obligaciones que el cesionario ha adquirido como consecuencia de la realización de la cesión global, estrictamente a aquellas que tienen su origen en la realización de la operación de cesión global y en la misma transmisión global de ese patrimonio. Este sistema de protección de los acreedores

Álvarez Royo-Villanova y González Meneses<sup>369</sup> manifiestan su extrañeza sobre la imposición de responsabilidades que realiza la ley a la sociedad cedente o a sus socios cuando éstos no van a tener la condición de partícipes en el capital del cesionario, en el caso de ser éste una sociedad. Argumentan que independientemente de que la sociedad cedente se extinga o no, lo que se va a transmitir es la totalidad de su patrimonio sin reservarse ningún activo integrante del mismo. Por ello, los autores se cuestionan la viabilidad y utilidad de la operación de cesión global cuando el vendedor se continúa responsabilizando indefinidamente de los pasivos transmitidos, o sus socios (art. 91.2 LMESM) durante cinco años. En cambio, sí tiene sentido la redacción del art. 80 LMESM en sede de escisión pues la naturaleza de la operación de escisión conlleva que todos los socios de la sociedad escindida se conviertan en socios de la sociedad o sociedades beneficiarias por lo que éstos transmitentes siguen siendo, de forma indirecta, titulares en mayor o menor medida del patrimonio transmitido a la sociedad o sociedades adquirentes. Es justificable, pues, según los autores, que deban seguir respondiendo

---

núm. 29/14), así lo considera: “La cuestión controvertida radica en la interpretación del artículo 80 LMESM y su traslación al ámbito concursal.” Según la resolución, “se establece una responsabilidad solidaria por ministerio de la Ley de todas las sociedades beneficiarias y de la propia sociedad escindida en el caso de que ésta aún subsista... Esta responsabilidad solidaria se activará cuando la sociedad beneficiaria que asume la obligación procedente de la escindida incumpla, lo cual no es más que un hecho futuro e incierto...Las sociedades beneficiarias que no asumieron la obligación incumplida responden solidariamente hasta el límite que representa el importe del activo neto atribuido en la escisión mientras que la sociedad escindida parcialmente subsistente responde solidariamente por la totalidad de la obligación...Su responsabilidad solo se activará cuando suceda el acontecimiento futuro e incierto consistente en el incumplimiento de la obligación por parte de aquella sociedad beneficiaria que asumió esa concreta obligación, de tal manera que mientras se produzca el efectivo y liberador cumplimiento parcial por parte del obligado principal subsistirá el reconocimiento del crédito...Tendrá que justificarse el incumplimiento a cargo de la sociedad beneficiaria que asumió la obligación procedente de la sociedad escindida...”.

<sup>369</sup> GONZÁLEZ MENESES, M. y ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., en “Cesión global de activo y pasivo” en *Modificaciones estructurales...*, *Op.cit.* pg. 455.

de deudas que han quedado a cargo de sociedades beneficiarias de la escisión o segregación. En el supuesto de la escisión total, como la sociedad escindida se extingue, no puede responder absolutamente de nada habiendo una responsabilidad entre las sociedades beneficiarias. Si el supuesto es el de la escisión parcial o segregación, la sociedad escindida responderá de las deudas transmitidas porque aún conserva una parte de su patrimonio anterior.

Atendiendo a otras consideraciones y a tenor de la redacción dada por el artículo 91 LMESM, parece quedar excluida dicha responsabilidad solidaria cuando en la operación de cesión global figure un único cesionario. De los términos literales del art. 91 LMESM, parece extraerse la necesidad de que nos encontremos ante la realización de una cesión global plural realizada a dos o más cesionarios<sup>370</sup> (art. 82 LMESM). Consideramos que, a pesar de que del tenor legal de dicho artículo, es incorrecta la interpretación que se ha venido realizando, pues el contenido de esta responsabilidad debe ser extendido igualmente a aquellos supuestos en los que también figure un solo cesionario. Entendemos que la pretensión del legislador es, en todo caso, el reforzamiento de los derechos de los acreedores debiendo estar igualmente protegidos aunque solo haya un cesionario incumplidor. *Mutatis mutandi*, sucede del mismo modo en el art. 80 LMESM, en sede de cesión, en el que no se debe interpretarse el régimen de responsabilidad como exclusivo para aquellos supuestos en los que existan varias sociedades beneficiarias en la operación de cesión.

No hay razón para conceder una protección mayor a aquellos acreedores intervinientes cuando se produce una cesión global plural (a varios cesionarios) en la que se reparte el patrimonio de la sociedad cedente entre ellos. Sin embargo sí resulta necesaria una clarificadora redacción de dicho artículo 91, que tal como sucede en el 80 LMESM, parecen referirse, de modo equivocado solo a la responsabilidad ante las cesiones o escisiones en las que se hallen varios cesionarios o varias sociedades beneficiarias,

En el supuesto de que la cesión no suponga la extinción de la sociedad cedente, se articula un régimen de responsabilidad excesivamente duro por las obligaciones ce-

---

<sup>370</sup> Determinados autores como CONDE TEJÓN, A., con los que no coincidimos, estiman que el régimen de responsabilidad solidaria por las obligaciones incumplidas establecido en el artículo 91 LMESM solo es aplicable en el supuesto de cesiones globales plurales en las que figuran más de un cesionario. Así lo dispone en “Procedimiento aplicable a la cesión global de activo y pasivo...” *Op.cit.*, págs. 673 a 726.



didadas e incumplidas, esta responsabilidad resulta especialmente gravosa y parece no ayudar al mantenimiento o conservación de la sociedad cedente. Ello podría justificar el aumento de cesiones extintivas frente a aquellas en que perdura la sociedad cedente. Según el régimen de responsabilidad establecido en el art. 91 se obligará a responder solidariamente no sólo a los otros cesionarios hasta el límite del activo neto atribuido a cada uno en la cesión, sino también a los socios cedentes, según los casos por el valor de lo que hubieran recibido como contraprestación y también a la propia sociedad cedente subsistente por la totalidad de la obligación sin ningún tipo de limitación (art. 91.1 LMESM).

Por otra parte, el que la cesión global no comporte la extinción de la sociedad cedente no impide sin embargo que a posteriori se produzca la disolución y liquidación de la misma, en cuyo caso la sociedad cedente ya no podrá ser responsable en ningún caso ante los acreedores del cesionario o cesionarios por pasivos sobrevenidos que aparecieran tras la realización de la liquidación. En este supuesto, se responsabilizarán los antiguos socios de dicha sociedad en base al régimen del pasivo sobrevenido una vez realizada la liquidación de la sociedad que establece el artículo 399 LSC según el cual *“...los antiguos socios responderán solidariamente de las deudas sociales no satisfechas hasta el límite de lo que hubieran recibido como cuota de liquidación”*.

Si, por el contrario, la cesión global comportara como efecto inmediato la extinción de la sociedad cedente y el cesionario no cumple con la obligación establecida, entonces responderán solidariamente los otros cesionarios hasta el límite del activo neto atribuido a cada uno en la cesión y también los socios cedentes, según los casos. En este supuesto y ciñéndonos a la responsabilidad de los socios, éstos tendrán que responder por el pasivo sobrevenido en base a la contraprestación recibida total y directamente (ver art. 81.2 LMESM) por la realización de la cesión global y también hasta el límite de lo percibido en la cuota de liquidación en el proceso de extinción de la sociedad cedente (art. 399 LSC).

Lo que tenemos que tener en cuenta es que la Ley ha establecido un límite cuantitativo de responsabilidad tanto para los cesionarios, fijado en el activo neto atribuido a cada uno de ellos, como para los socios de la sociedad cedente, en cuyo caso el límite se fija en lo que hubiera recibido cada uno como contraprestación por la cesión tratando de

dar así cumplimiento al principio esencial de limitación de responsabilidad de los socios que preside la idiosincrasia de una sociedad capitalista. Apuntado este extremo sugiero que sería conveniente que, en el caso de la existencia de un contrato de cesión global, se concretara en el mismo la responsabilidad personal de los socios de la sociedad cedente cuando la misma tuviera carácter personalista.

El apartado 2º del artículo 91 añade que la responsabilidad solidaria de los cesionarios y, en su caso, de los socios prescribirá a los cinco años. Entendemos que, aunque esté omitido en la norma, estos cinco años deben ser contados desde la inscripción de la operación de cesión global en el Registro Mercantil pues es a partir de este momento cuando se produce la eficacia de la operación y, por ende, lo que aquí es de relevancia en nuestro supuesto: la transmisión o atribución de las deudas o pasivos de la sociedad cedente a un cesionario que hubieran quedado incumplidas por éste.

En cambio, con respecto a la responsabilidad de la sociedad cedente, ésta no cesaría mientras no se extinguiera la misma. Por otra parte, la prescripción de responsabilidad en la operación de escisión no es referida en el art. 80 LMESM, equivalente del art. 91.2.

El artículo 265-15 de la Propuesta de Código Mercantil mantiene intacto el artículo 91 LMESM.

### III

#### LA CESIÓN GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO DESDE UNA PERSPECTIVA LABORAL: PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES

Se pretende relacionar ahora las repercusiones que tiene la realización de una cesión global de activo y pasivo desde una perspectiva laboral, es decir, conocer los efectos de esta operación societaria en las relaciones jurídicas de los trabajadores. La regulación de la tutela de los trabajadores de la empresa cedida en el ámbito de una operación de cesión global de activo y pasivo no es objeto de estudio por parte de la LMESM

sino que es remitida en su disposición adicional 1ª, bajo el título *Derechos laborales derivados de modificaciones estructurales* a la legislación laboral<sup>371</sup>, al artículo 44 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo.

El apartado 1º de la Disposición Adicional 2ª de la LMESM alude a los derechos de información y consulta de los trabajadores previstos en la legislación laboral estableciendo que “*lo previsto en esta Ley se entiende sin perjuicio de los derechos de información y consulta de los trabajadores previstos en la legislación laboral*”. Estos derechos se encuentran regulados en los apartados 6º a 10º del artículo 44 ET y del estudio de los mismos podemos concluir que son respetados en menor medida en la LMESM debido a la regulación insuficiente que recibe la cesión global de activo y pasivo. El art. 87 LMESM dará prueba de ello. Sin embargo, no sucede así en el caso de la articulación de estos derechos en la operación de fusión pues la defensa de éstos aquí es más coherente y acorde con el art.44 ET. Dará fe de ello la redacción del art. 39 LMESM. Lamentablemente, no es ni la primera ni la segunda ocasión en la queda plasmada esta falta de coherencia en la regulación de las operaciones de modificación estructural siempre en perjuicio de la operación de cesión global de activo y pasivo.

No tiene sentido que el art. 87 LMESM *in fine* refiera que: “*Asimismo, deberá ponerse a disposición de los representantes de los trabajadores el proyecto de cesión global y el informe de los administradores*”. Es inadecuado tratar aquí<sup>372</sup> el derecho de información de los trabajadores. No mantiene una coherencia en su contenido con respecto a lo regulado en el resto de dicho artículo referido a la adopción del acuerdo de cesión global. Debiera haber sido incluido en el art. 85 LMESM cuando se refiere la tramitación del proyecto de cesión global, porque es en ese momento, previamente a la

---

<sup>371</sup> Disposición adicional 1ª “*Derechos laborales derivados de modificaciones estructurales.-*

1. *Lo previsto en esta Ley se entiende sin perjuicio de los derechos de información y consulta de los trabajadores previstos en la legislación laboral.*

2. *En el supuesto de que las modificaciones estructurales reguladas en esta Ley comporten un cambio en la titularidad de la empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma, serán de aplicación las previsiones recogidas en el artículo 44 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo”.*

<sup>372</sup> El artículo 87 *in fine* no constaba en la redacción inicial del Proyecto de Ley sino que se incluyó posteriormente por medio de una enmienda (nº 98) a cargo del grupo socialista durante la tramitación parlamentaria. Igualmente se introdujo la mención del art. 85.1 LMESM sobre la inclusión en el proyecto de cesión global de sus posibles consecuencias sobre el desempleo.

adopción del acuerdo de cesión global, cuando deben ponerse a disposición de los representantes de los trabajadores tanto el proyecto de cesión global como el informe de los administradores. ¿Qué sentido tiene hacerlo posteriormente?, ¿cómo queda salvaguardado así el derecho de información de los trabajadores una vez que ya se ha adoptado el acuerdo de cesión global? Es evidente que la información que deben tener los trabajadores sobre la cesión global, referida en el aptdo. 6º del art.44 ET<sup>373</sup>, no es comunicada en el momento oportuno del desarrollo procedimental a los representantes de los trabajadores. El cedente y el cesionario deberían proporcionar a los representantes legales de los trabajadores esa información sobre la realización de la cesión global cuando se publique la convocatoria de la junta general de la sociedad cedente que aprobará la operación de cesión global. Escasa utilidad tendrá para los trabajadores el conocer la misma tras la adopción del acuerdo de cesión global porque ¿cómo participan en la misma, cómo opinan sobre su realización si ya han transcurrido esos plazos de información? De esta manera, una vez realizada la cesión, se han limitado los mecanismos de intervención de los trabajadores. De otro modo y correctamente, el art. 85.1.5ª refiere como contenido del proyecto de cesión la mención necesaria a las posibles consecuencias de la cesión global sobre el empleo. Conde Tejón<sup>374</sup> critica este extremo en el mismo sentido considerando esta medida más nominal que efectiva pues tan solo se prevé una información a los trabajadores, que no tienen posibilidad de intervenir en el proceso, ni para paralizarlo, ni para solicitar garantías para su empleo. El autor alude a una forma defectuosa en la regulación de la información por su inclusión en el art. 87 LMESM pues la misma debería haberse proporcionado con anterioridad siendo ahora escasamente útil para los trabajadores.

Mas incongruente resulta la ubicación de dicha mención en el art 87 LMESM *in fine* si además, como observa el apartado 9º del art. 44 ET, con motivo de la transmisión, se tuvieran que adoptar medidas laborales en relación con sus trabajadores. En este supuesto el cedente o el cesionario que las previere adoptar está obligado a iniciar un

---

<sup>373</sup> El art. 44.6 ET dispone que el cedente y el cesionario deberán informar a los representantes legales de sus trabajadores respectivos afectados por el cambio de titularidad de los siguientes extremos:

a) Fecha prevista de la transmisión; b) Motivos de la transmisión; c) Consecuencias jurídicas, económicas y sociales, para los trabajadores, de la transmisión, y d) Medidas previstas respecto de los trabajadores.

<sup>374</sup> CONDE TEJÓN, A., “Procedimiento aplicable a la cesión global de activo y pasivo...” *Op.cit.* pg. 714.

período de consultas con los representantes legales de los trabajadores sobre las medidas previstas y sus consecuencias para éstos. Este período de consultas habrá de celebrarse con la suficiente antelación, antes de que las medidas se lleven a efecto y las partes deberán negociar de buena fe para poder conseguir un acuerdo.

Observamos pues, una falta de coherencia entre la regulación del derecho de información y consulta a los representantes de los trabajadores observado por el art. 44 ET y lo referido de forma escasa y anacrónica en el art 87 LMESM in fine: hay una desconsideración plausible hacia la protección de los derechos de los trabajadores en la LMESM con respecto a lo establecido en el art. 44 ET.

Algo más coherente con el art. 44 ET se muestra el artículo 39 LMESM en sede de la operación de fusión y en este sentido volvemos a hacer expresión de las insuficiencias en la regulación del régimen jurídico de la cesión global con respecto a la fusión o escisión. En sede de fusión<sup>375</sup> se ponen a disposición de los representantes de los trabajadores antes de la publicación del anuncio de convocatoria de las juntas generales de socios que hayan de resolver sobre la fusión: tanto el proyecto de fusión como el informe de los administradores sobre la misma, teniendo en este caso los representantes de los trabajadores, disponibilidad de tiempo para proteger y defender sus derechos antes de la adopción del acuerdo de fusión<sup>376</sup>. Dicha disposición de los documentos a favor de los representantes de los trabajadores se realizará por los administradores que deberán insertarlos en la página web de la sociedad para que puedan ser descargados e impresos (art. 39.1 LMESM), y si no tuviera página *web* la sociedad (art.39.2 LMESM), se pondrían a disposición de los representantes de los trabajadores en el domicilio social a solicitud de los mismos. Entiendo que todo lo contenido en el artículo 39 sobre la información sobre la fusión no podría ser es extensible a la cesión global la cual se remite

---

<sup>375</sup> VIDAGANY PELÁEZ, J.M. en “La cesión global de activo y pasivo en las sociedades de capital”, en *Noticias Jurídicas*, 2012, expresa la misma disconformidad y extrañeza con respecto a la insuficiencia en la regulación de este extremo en sede de cesión global de activo y pasivo. El autor refiere que respecto de las consecuencias sobre el empleo (artículo 85.1.5 de la LMESM), al tratarse de una transmisión de empresa, son similares a las establecidas para la fusión y, en caso de pluralidad de cesionarios, a la escisión, pero la diferencia es que con la cesión global, conforme al tenor literal, el cesionario no tiene que realizar ninguna manifestación al respecto, lo cual es sorprendente, ya que es quien recibe finalmente a los trabajadores.

<sup>376</sup> En ese sentido, CONTRERAS DE LA ROSA, I., *Op.cit.* pg. 278, argumenta que “*el art. 87 de la LMESM debe interpretarse en el sentido de que, en relación con los trabajadores, este precepto se limita a asegurar el conocimiento por parte de sus representantes de la decisión tomada en junta general cuando se opte por comunicar individualmente a socios y acreedores*”.

a la fusión en el art. 87.1 solo en cuanto a la adopción del acuerdo de fusión relacionado en el art. 40.2 LMESM. De hecho, si no fuera así, y todo ello quedara remitido a la fusión, no tendría justificación la inclusión del art. 87.2 LMESM in fine. En sentido contrario se manifiesta Contreras de la Rosa<sup>377</sup> que considera que esta carencia de la cesión global puede salvarse por el hecho de que el precepto de la fusión debe entenderse aplicable a la cesión en toda su extensión, pues es parte de los requisitos previstos para la adopción del acuerdo de fusión a los que se refiere el art.87.1 de la LMESM para la adopción del acuerdo de cesión global.

La redacción de la Propuesta de Código Mercantil no mejora las deficiencias del aspecto tratado permaneciendo idéntico, cuando era una excelente oportunidad para haberlo modificado y anticipado en el desarrollo del procedimiento (tal como está localizado en la fusión) antes de la aprobación del acuerdo de cesión, adquiriendo así una coherencia deseable con respecto a la protección a los trabajadores dispensada en el art. 44 ET. El art. 265-10 de la Propuesta, bajo el título “*Acuerdo de cesión global*” en su apartado 2. *in fine* dispone que “*Asimismo, el proyecto de cesión global y el informe de los administradores deberán ponerse a disposición de los representantes de los trabajadores*”.

Por su parte, el apartado 2º de la Disposición Adicional 1ª de la LMESM, establece que cuando se produce un cambio en la titularidad de la empresa, tal como sucede en la cesión global de activo y pasivo, será de aplicación lo previsto por el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, reformado por la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad<sup>378</sup> bajo el título: la sucesión de empresa. En el art 44.1 ET se regula la sucesión de empresa estableciéndose que “*el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí misma la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obliga-*

---

<sup>377</sup> CONTRERAS DE LA ROSA, I., *Ibidem*, pg. 279.

<sup>378</sup> La modificación de la redacción del artículo 44 ET por la Ley 12/2001 se realizó para incorporar a nuestro ordenamiento interno el contenido de la Directiva 98/50/CE, del consejo, de 29 de junio, (DOCE, núm. L 201, de 17 de julio de 1998), por la que se modifica la Directiva 77/187/CEE, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad (DOCE, núm. L 61/26, de 5 de marzo de 1977. La Ley 12/2001 consiguió dotar a la normativa sucesoria de una mayor claridad y seguridad jurídica.

ciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente”. La redacción del artículo ha llevado a la jurisprudencia a distinguir entre un elemento objetivo y otro subjetivo. El elemento objetivo hace referencia a aquello que es necesario transmitir para que se pueda entender realizado un cambio de titular de una empresa –la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma. El elemento subjetivo se refiere a los medios a través de los cuales es posible la transmisión de ese objeto<sup>379</sup>.

Compartimos con Noval Pato<sup>380</sup> que el objeto de dicha norma es coordinar el principio de continuidad en la empresa y el de estabilidad en el empleo, mediante la subrogación del cesionario o cesionarios en las relaciones laborales de la sociedad cedente. El cambio de la titularidad de la empresa no constituye en absoluto una causa de terminación de los contratos de trabajo sino que comporta la conservación de la relación laboral en todos sus términos y en las mismas condiciones que regían antes de producirse la cesión global de activo y pasivo. La realización del negocio de cesión global de activo y pasivo no produce la extinción de los contratos de trabajo inherentes a la sociedad cedente sino que se produce una cesión automática *ex lege* de los contratos de trabajo a favor del cesionario/s sin que sea necesaria la aceptación de éste ni tampoco el consentimiento del trabajador afectado por la operación. Del mismo modo no estará permitido que el cedente y el cesionario puedan eludir la sucesión legal mediante pacto en contrario<sup>381</sup>. Los trabajadores de la sociedad cedente forman parte de la empresa que se transmite, y serán asumidos por el cesionario. Las relaciones laborales existentes en la

---

<sup>379</sup> ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA, C., en “Títulos de la transmisión de la empresa y relaciones laborales: las etapas de un proceso de socialización”, Revista de relaciones laborales, núm. 10-11, 2003, pg. 188, refiere que ambos elementos objetivo y subjetivo han sido unánimemente exigidos por la jurisprudencia. Estos elementos han sido unánimemente exigidos por la jurisprudencia. Véanse entre otras las SSTs 26-1-87 (RJA 292), 12-9-87 (RJA 6875), y más recientemente SSTs 15-4-99 (RJA 4408), 3-10-98 (RJA7804), 22-6-98 (RJA 5476), 23-9-97 (RJA 6582) y STS 3-4-96 (RJA 2981). Con posterioridad a la reforma, la STSJ Navarra de 25 de febrero de 2002 (AS 1057) sigue manteniendo esta exigencia.

<sup>380</sup> NOVAL PATO, J., *Op.cit.* pg.219

<sup>381</sup> CAMPS RUIZ, L.M., *Puntos críticos del cambio de titularidad de la empresa*, 1997, pg. 63. Refiere el autor que la STJCE, de 14 de noviembre de 1996 (Asunto C-305/94), establece que “los contratos de trabajo y las relaciones laborales que, en la fecha de la transmisión de una empresa, existan entre el cedente y los trabajadores asignados a la empresa transmitida se transfieren de pleno derecho del cedente al cesionario por el mero hecho de la transmisión de la empresa, a pesar de que el cedente o el cesionario se opongan a ello, y no obstante la negativa de este último a cumplir sus obligaciones”.

sociedad cedente serán asumidas por el cesionario que deberá subrogarse en la posición de dicha sociedad cedente asumiendo todos los derechos y obligaciones laborales que tuviera la misma debiendo velar por la protección de los trabajadores.

Cuando el art. 44 ET refiere el cambio de titularidad de una empresa hemos de entender que es sinónimo al cambio del titular, es decir, al cambio de empresario como sujeto de la misma que preside las relaciones jurídicas que se llevan a cabo en la empresa (entendida como negocio). Por lo tanto, por medio de la sucesión de empresa se sustituye el sujeto titular de la misma por otro distinto<sup>382</sup>. Del mismo modo, Ortiz de Solórzano Aurosa<sup>383</sup> explica que en relación con la empresa, el titular de la misma designa a la persona, física o jurídica, que ostenta un derecho de explotación de la misma; es decir, designa al empresario.



---

<sup>382</sup> En este sentido MORENÉO PÉREZ, J.L., en *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*. Ed. Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987.pg 195. Este autor refiere que el art. 44 ET regula una “sucesión de empresarios” en vez de una “sucesión de empresa”.

<sup>383</sup> ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA, C., “Títulos de la transmisión de la empresa y relaciones laborales: las etapas de un proceso de socialización”, *Revista de relaciones laborales*, nº 10-11, 2003, pg. 188.



## Capítulo 6:

### Cesión global Internacional

La cesión global internacional se encuentra regulada en el artículo 84 LMESM según el cual “*Cuando la sociedad cedente y el cesionario o cesionarios fueran de distinta nacionalidad, la cesión global de activo y pasivo se regirá por lo establecido en sus respectivas leyes personales. En las sociedades anónimas europeas se estará al régimen que en cada caso les fuere aplicable*”.

Dicho artículo contiene una disposición relativa al derecho internacional privado referida al supuesto en el que la sociedad cedente y el cesionario sean de distinta nacionalidad, supuesto admitido por la LMESM. En ese caso la cesión global se regirá por lo establecido en sus respectivas leyes personales. La finalidad de reestructuración seguirá siendo la misma solo que ahora se extiende a un ámbito internacional en el que se implican grupos multinacionales.

Un ejemplo de ello lo advertimos en la operación de repatriación de actividades de una filial extranjera a su sociedad matriz o a cualquier otra sociedad que forme parte del grupo. Dicha sociedad filial podrá ser objeto de liquidación o no.

Existen cuatro situaciones factibles en este tipo de cesión:

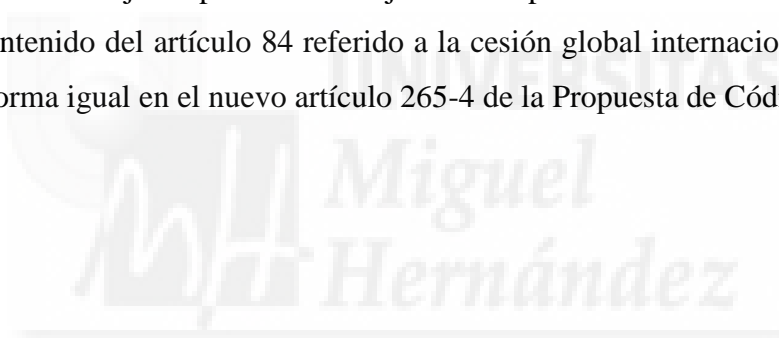
1. Supuesto en el que la sociedad cedente posea nacionalidad española: en este caso la legislación que debe aplicarse es la española por lo que los trámites referidos en el artículo 89 LMESM de otorgamiento de escritura pública e inscripción en el registro Mercantil correspondiente deberá realizarse en España.

2. Supuesto de sociedad cedente extranjera: en este caso será de aplicación su ley personal: *lex societatis* y todos los condicionantes exigidos por la misma.

3. Supuesto de cesionario español: la LMESM no le exige, a partir de la redacción del art.89 ningún requisito especial. Únicamente tendrá que observar si la legislación de la sociedad cedente le exige algún tipo de condicionante añadido y conocer las implicaciones que le afecten en ese país con respecto a la realización del pago que tiene que realizar la sociedad extranjera y a cómo efectuarlo al cesionario no residente.

4. Supuesto de cesionario extranjero: la LMESM, del mismo modo que al anterior, no le exige ningún requisito si bien, al igual que en el supuesto anterior, dado que la sociedad cedente en este caso es la española, tendrá que estar atento a la normativa de inversiones extranjeras en España y a la referida a los pagos (la contraprestación de la operación) que realizan los no residentes en España. Igualmente será de observancia la normativa relativa a los bienes situados en España que se transmitan por la sociedad cedente dentro del conjunto patrimonial objeto de la operación.

El contenido del artículo 84 referido a la cesión global internacional aparece redactado de forma igual en el nuevo artículo 265-4 de la Propuesta de Código Mercantil.



## **Capítulo 7:**

### **Consideración tributaria de la operación de cesión global de activo y pasivo**

Para los operadores económicos, es decisivo para elegir o no la operación de cesión global y transmitir una empresa, conocer el régimen fiscal aplicable a la misma, pues dependiendo del tratamiento fiscal que reciba la operación, se ejecutará ésta en mayor o menor medida y se procederá o no a la búsqueda de otra posible alternativa que conlleve mayores ventajas fiscales. El aspecto de la carga fiscal de la operación es de vital importancia para poder determinar si la operación será o no utilizada en la práctica con preferencia sobre otros instrumentos alternativos<sup>384</sup>. La cesión global de activo y pasivo representa para las sociedades una herramienta importante a la hora de realizar una operación de reestructuración empresarial, a través de la disolución, o bien un mecanismo eficaz para la transmisión de empresas por el beneficio que supone el efecto de sucesión universal mediante la transmisión en bloque del conjunto patrimonial. Por ello, el tratamiento fiscal que se le dé a la operación es esencial para poder determinar su viabilidad práctica<sup>385</sup>. Consideramos que a pesar de que el Derecho Mercantil y el Derecho Tributario regulen de forma independiente aspectos jurídicos que refieren la cesión global, lo deseable es que haya una aproximación y coordinación entre las soluciones propuestas por ambos en atención a la eficiencia pretendida por la cesión global de activo y pasivo.

---

<sup>384</sup> MARIMÓN DURÁ, R., “La cesión global de activo y pasivo”, en *Noticias de la Unión Europea*, nº 309, 2010, pg. 47 (Ejemplar monográfico dedicado a: Ley de modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles )

<sup>385</sup> CAVALCANTI, J. M., “El régimen legal de la cesión global de activo y pasivo y sus consecuencias” en *El Fisco*, nº 158, 2009, pg. 46.

Con respecto a la imposición directa, que grava una manifestación directa o inmediata de la capacidad económica: gravan la riqueza en si misma: la posesión de un patrimonio y la obtención de una renta, nos debemos de referir al Impuesto sobre Sociedades regulado por Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades que ha entrado en vigor el pasado mes de enero de 2015 incorporando novedades legislativas que afectan también a las operaciones de modificación estructural<sup>386</sup> y al Real Decreto 1777/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades (cuya última actualización se ha realizado el 28-11-2014)<sup>387</sup>, que recae sobre el beneficio que obtienen de su actividad las empresas (sociedades). Concretamente este impuesto se aplica sobre el beneficio neto, es decir, que de los ingresos que obtiene cada empresa se restan los gastos que han sido necesarios para su obtención<sup>388</sup>. En este ámbito, podemos afirmar que es inaplicable a la cesión global, excepto en un supuesto concreto<sup>389</sup>, el régimen fiscal especial de fusiones, escisiones, aportación de

---

<sup>386</sup> Los regímenes especiales han sido objeto de revisión como consecuencia de: - la incorporación de un nuevo sistema para eliminar la doble imposición basado en el método de exención, - la necesidad de adaptar los regímenes especiales al ordenamiento comunitario, y - la necesidad de actualizar, modernizar y establecer una coherencia de toda la normativa del Impuesto sobre Sociedades. De entre ellos, merecen una especial mención, por su trascendencia, el régimen de consolidación fiscal, el régimen de las operaciones de reestructuración y el régimen de las empresas de reducida dimensión.

Las principales novedades introducidas con respecto a los regímenes especiales aplicables a las operaciones de reestructuración (artículos 76-89) por la nueva Ley 27/2014 del Impuesto sobre Sociedades (BOE del día 28) en relación con el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, son las siguientes, indicadas de forma sucinta. En primer lugar, este régimen se configura expresamente como el régimen general aplicable a las operaciones de reestructuración, desapareciendo, por tanto, la opción para su aplicación, y estableciéndose una obligación genérica de comunicación a la Administración tributaria de la realización de operaciones que aplican el mismo. La segunda novedad destacable se basa en la desaparición del tratamiento fiscal del fondo de comercio de fusión, consecuencia inmediata de la aplicación del régimen de exención en la transmisión de participaciones de origen interno, que hace innecesario el mantenimiento de este mecanismo complejo como instrumento para eliminar la doble imposición. Esta novedad simplifica de manera considerable la aplicación del Impuesto, eliminando la necesidad de prueba de una tributación en otro contribuyente, de difícil cumplimiento en ocasiones, como es el supuesto de adquisición de participaciones a través de un mercado organizado. Como tercera novedad, se establece expresamente la subrogación de la entidad adquirente en las bases imponibles negativas generadas por una rama de actividad, cuando la misma es objeto de transmisión por otra entidad, de manera que las bases imponibles acompañan a la actividad que las ha generado, cualquiera que sea el titular jurídico de la misma. 14. Finalmente, se regula expresamente la inaplicación parcial del régimen y la circunscripción de las regularizaciones que pudieran efectuarse al ámbito de la ventaja fiscal obtenida en este tipo de operaciones. -

<sup>387</sup> Última actualización, publicada el 06/12/2013, en vigor a partir del 01/01/2014.

<sup>388</sup> Información obtenida en el portal <http://www.agenciatributaria.es>

<sup>389</sup> Se realiza la equiparación por la DGT de un modo razonable en aquellos casos que lo merecen ya que concurren aquellas circunstancias que se exigen para la aplicación del régimen de neutralidad fiscal.

activos y canje de valores, por lo que en la operación de cesión global de activo y pasivo se producirá un incremento de su coste fiscal.

El problema radica en el hecho de que el art. 76 del capítulo VII de la LIS<sup>390</sup>, no incorpora la operación de cesión global de activo y pasivo al régimen de tributación fiscal especial previsto para otras operaciones de modificación como son la fusión, la escisión o aportación de activos y canje de valores, las cuales tienen un ámbito de aplicación distinto en su régimen fiscal<sup>391</sup>. Ello es debido a que todas estas operaciones: la fusión, escisión, aportación de rama de actividad, canje de valores o aportación no dineraria especial, exigen que la contraprestación consista en valores representativos del capital<sup>392</sup>. En cambio, la cesión global de activo y pasivo la contraprestación no puede consistir en acciones, participaciones o cuota de socio del cesionario, y de esta manera se asemeja más desde el punto de vista fiscal a una transmisión de negocio que a las otras operaciones<sup>393</sup>. Por ello le será aplicable el régimen general de tributación previsto en el impuesto de sociedades no gozando de la neutralidad fiscal que poseen la fusión o la escisión. La doctrina reclamaba una reforma legislativa tributaria que permitiera conferir a la cesión global un tratamiento tributario equiparado al de la fusión, para beneficiarse así del mismo régimen de neutralidad fiscal. Sin embargo dicho extremo no ha sido objeto de reforma tras la reciente publicación de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, permaneciendo dicha operación bajo el régimen de tributación general. Privar a la cesión global del régimen fiscal especial significa dotarla

---

<sup>390</sup> Según lo dispuesto en el actual art.76 LIS, coincidente con el artículo 83.1.c) del derogado Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS), aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo (TRLIS), tendrá la consideración de fusión la operación por la cual: “una entidad transmite, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, el conjunto de su patrimonio social a la entidad que es titular de la totalidad de los valores representativos de su capital social”.

<sup>391</sup> CALVO VÉRGUEZ, J., en “Las operaciones de cesión global de activo y pasivo en el nuevo marco de las sociedades de capital”, *Diario La Ley*, N° 7516, 2010, pg.9, afirma en el mismo sentido que con carácter general las cesiones globales realizadas a favor de terceros no pueden acogerse a la aplicación del régimen especial previsto al efecto en el Capítulo VIII del Título VII del TRLIS puesto que esta operación además de no hallarse expresamente recogida dentro del ámbito de aplicación de dicho régimen fiscal especial, no puede asimilarse a la realización de otras operaciones de reestructuración que, por el contrario, sí que resultan incluidas dentro de dicho ámbito.

<sup>392</sup> LÓPEZ TELLO, J., CREMADES SCHULZ, M., en “El régimen fiscal de algunas de las novedades introducidas por la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles: transformación, fusión, escisión y cesión global de activo y pasivo” en *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, n° 25, 2010, pg. 59 y 60.

<sup>393</sup> En este sentido, GONZÁLEZ MENESES, M. Y ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., en *Modificaciones estructurales...Op.cit.* pgs. 457 y 458.

de inutilidad práctica debido al alto coste fiscal que supone la transacción por lo que sigue resultando necesario que el concepto y las modalidades de la cesión global sean incorporados al régimen fiscal especial, donde se sitúan el resto de operaciones de modificación estructural que son incentivadas desde LIS para favorecer la reestructuración empresarial. Dichas operaciones, cuyas rentas están exentas, tienen ventajas fiscales de las que carece la cesión global de activo y pasivo en la que la renta que se obtiene figurará en la base imponible y será objeto de gravamen en un 28%, según el tipo impositivo general del impuesto sobre sociedades, careciendo pues de cualquier ventaja fiscal<sup>394</sup>.

En este sentido detallamos a continuación por su relevancia la consulta vinculante de 22 de julio de 2013 a la Dirección General de Tributos (en adelante D.G.T.) relativa a si la operación de cesión global de activo y pasivo podía acogerse al régimen fiscal especial previsto entonces en el capítulo VIII del título VII del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. En dicho supuesto planteado ante la D.G.T. se pretendía llevar a cabo una cesión global del activo y pasivo de la entidad consultante en favor de su único socio. En el escrito de consulta se señala que con fecha de 20 de abril de 2013 se ha procedido a inscribir en el Registro Mercantil la cesión global de activos y pasivos de la entidad consultante a favor de su socio único, una entidad pública empresarial. Se especificaron dos extremos relativos, en primer lugar, a que la cesión global de activos y pasivos, como da fe la escritura de cesión que acompaña al escrito, comportó la disolución sin liquidación de la sociedad cedente. Y, en segundo lugar, también se dispuso en dicha consulta que la finalidad de la cesión era la reorganización y reestructuración del sector público de la comunidad autónoma, y en ningún caso el fraude o la evasión fiscal.

A continuación detallamos por su relevancia y claridad la contestación de la D.G.T. (cuyo número de referencia fue V1542-13) a la cuestión planteada con la que

---

<sup>394</sup> CAVALCANTI, J. M., *op. cit.* pg. 47, dispone que la cesión global de activo y pasivo no debe quedar limitada apenas a lo dispuesto en el art. 83.1.c) del TRLIS, en el eventual supuesto de disolución sin liquidación similar a una “fusión impropia”. (Nosotros consideramos que dicha consideración es inadmisibles pues cuando se realice la operación de cesión global de activo y pasivo referida en el art. 81.2 LMESM no tendrá lugar la disolución sin la liquidación de dicha sociedad mercantil). La operación debe ser incorporada al régimen fiscal especial, con las necesarias adaptaciones que eviten la pérdida del Derecho de la Hacienda Pública de gravar en el futuro las rentas obtenidas por la sociedad cedente, por lo que si no quiere perder esa capacidad, no debe postergar su gravamen.

coincidimos totalmente pues se aclarará por parte de la DGT<sup>395</sup> que la operación efectuada, a pesar de ser una modificación estructural recogida en la LMESM, no puede acogerse al régimen fiscal especial establecido en el capítulo VIII del título VII del TRLIS. Según ésta, las operaciones reguladas en el artículo 81.1 de la Ley 3/2009, en las que la entidad cedente transmite todo su patrimonio por sucesión universal a cambio de una contraprestación, no se corresponden con ninguna de las operaciones establecidas en el artículo 83 del TRLIS (actual art. 76 LIS), por lo que las cesiones globales de activo y pasivo no pueden acogerse al régimen fiscal especial. Continúa la contestación expresando que por otra parte, la cesión global del activo y pasivo que aparece contemplada en el apartado 2 del artículo 81 de la Ley 3/2009, lleva aparejada la extinción de la sociedad cedente y aparece expresamente vinculada a la necesidad de liquidación de la sociedad extinguida, como resulta de su último inciso. En consecuencia, la cesión global del activo y pasivo señalada en el escrito de consulta, conlleva la liquidación de la enti-

---

<sup>395</sup> Para fundamentar la respuesta, la D.G.T. procede previamente a detallar el siguiente articulado: "El capítulo VIII del título VII del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS), aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, regula el régimen especial de fusión, escisión, aportación de activos, canje de valores y cambio de domicilio social de una Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea.

Al respecto el artículo 83.1 del TRLIS ( texto derogado desde el pasado 1 de enero de 2015) establecía que:

*"1. Tendrá la consideración de fusión la operación por la cual:*

*a) 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 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) Dos o más entidades transmiten en bloque a otra nueva, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, la totalidad de sus patrimonios sociales, mediante la atribución a sus socios de valores representativos del capital social de la nueva entidad y, en su caso, de una compensación 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.*

*c) Una entidad transmite, como consecuencia y en el momento de su disolución sin liquidación, el conjunto de su patrimonio social a la entidad que es titular de la totalidad de los valores representativos de su capital social."*

La operación de cesión global de activo y pasivo, a efectos mercantiles, se encuentra regulada en el artículo 81 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Dicho artículo dispone lo siguiente:

*"Artículo 81. Cesión global de activo y pasivo.*

*1. Una sociedad inscrita podrá transmitir en bloque todo su patrimonio por sucesión universal, a uno o a varios socios o terceros, a cambio de una contraprestación que no podrá consistir en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario.*

*2. La sociedad cedente quedará extinguida si la contraprestación fuese recibida total y directamente por los socios. En todo caso, la contraprestación que reciba cada socio deberá respetar las normas aplicables a la cuota de liquidación."*

dad cedente, circunstancia que se desprende de la normativa mercantil, lo que supone la improcedencia de la aplicación del régimen fiscal especial, al no cumplir los requisitos establecidos en el artículo 83.1 del TRLIS, debiendo tributar por el régimen general.

La operación por la que una sociedad se disuelve sin liquidación y transfiere la totalidad de su patrimonio a otra sociedad que fuera titular de todas sus acciones y demás títulos que confieran derecho a voto en la junta general debería articularse como fusión impropia y no como cesión global.

Únicamente en base a la información disponible, no parece posible pronunciarse sobre la consideración de la operación planteada en el escrito de consulta como una operación susceptible de acogerse al régimen especial del capítulo VIII del título VII del TRLIS, puesto que, según se desprende de dicha información, la operación se caracteriza mercantilmente como una cesión global de activo y pasivo, que no cumple los requisitos establecidos en el artículo 83.1 del TRLIS. No es competencia de este Centro Directivo el cuestionar la naturaleza de una operación que se califica mercantilmente como una operación de cesión global de activo y pasivo, y sobre la cual el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma acuerda la extinción de la sociedad según el procedimiento establecido en el artículo 81.2 de la Ley 3/2009, constando en la documentación de la operación que la sociedad se extingue sin liquidación.

Lo que comunico a Vd. con efectos vinculantes, conforme a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 89 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria”.

Respecto a la imposición indirecta, que se aplica sobre una manifestación indirecta o mediata de la capacidad económica: la circulación o utilización de la riqueza, bien por actos de consumo o bien por actos de transmisión, hemos de referir en primer lugar que la cesión global de activo y pasivo no está sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido, IVA, (Ley 37/1992, de 28 de diciembre, y Real Decreto 1624/1992, de 29 de diciembre) tal como se extrae del art. 7.1 modificado por la Ley 4/2008, de 23 de diciembre. Según este artículo, no estarán sujetas al impuesto: “*1º La transmisión de un conjunto de elementos corporales y, en su caso, incorporales que, formando parte del patrimonio empresarial o profesional del sujeto pasivo, constituyan una unidad económica autónoma capaz de desarrollar una actividad empresarial o profesional por sus propios medios, con independencia del régimen fiscal que a dicha transmisión le resulte*



*de aplicación en el ámbito de otros tributos y del procedente conforme a lo dispuesto en el artículo 4, apartado cuatro, de esta Ley*". En segundo lugar y dentro del ámbito de la imposición indirecta también es objeto de nuestro estudio el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre y Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo) que se aplica a las transmisiones (compraventas) de todo tipo de bienes y derechos, a determinadas operaciones que realizan las empresas y a actos que se tienen que documentar oficialmente. La persona que tiene que pagar el impuesto es el adquirente (comprador), no el que transmite el bien o derecho (vendedor). Dicho impuesto está cedido a las Comunidades Autónomas. La cesión global queda sujeta a dicho impuesto en determinadas modalidades del mismo mientras que no lo están las operaciones de fusión, escisión, aportación de activos y canje de valores. Esto supone una desventaja en el régimen fiscal aplicable a la cesión global que no facilitará al cesionario la elección de la misma para transmisión de una empresa.

Hay sin embargo un aspecto positivo en el tratamiento fiscal que recibe la cesión global de activo y pasivo y es el que hace referencia a su incursión en la reestructuración del sector público empresarial como herramienta para tratar de lograr este fin. A efectos, y en un entorno de plena crisis económica, se publicó por la Orden HAP/583/2012, de 20 de marzo, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2012, por el que se aprueba el plan de reestructuración y racionalización del sector público empresarial y fundacional. El objetivo pretendido, según el Anexo, era la adopción por el Gobierno de una pieza más de las medidas estructurales y coyunturales para crear un entorno económico favorable y reducir los desequilibrios fiscales, con la intención de reducir y sanear el sector público empresarial y fundacional. Para ello era necesario una reducción relevante de entidades, por medio de extinción de filiales y su integración en la matriz; fusiones de sociedades o fundaciones con objeto análogo; aceleración de los procesos de liquidación ya iniciados y extinción de entidades cuya pertenencia al sector público ya no se justificara por razones de interés público y cuya actividad requiriera aportaciones presupuestarias. En los supuestos de extinción de filiales se trataba de evitar su liquidación bien mediante la transmisión en bloque del patrimonio, conforme al artículo 53 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, de modificaciones estructurales;

o bien mediante cesión global de su activo y pasivo, en los supuestos en que la matriz es una entidad pública, de acuerdo con el artículo 81.2 y 89.2 de la misma Ley.

Así pues el Acuerdo, de conformidad con los artículos 168 y 169 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas<sup>396</sup>, autorizó las operaciones de cambio de titularidad, las fusiones, extinciones y demás operaciones societarias, que se determinaron en los anexos al Acuerdo. De esta forma y para lograr redimensionar las entidades públicas, se hizo uso de la cesión global de activo y pasivo con el objeto de extinguir las sociedades mercantiles públicas que se crearon en su momento, y traspasar su patrimonio a los entes públicos correspondientes que las crearon entonces<sup>397</sup>. Y es, exactamente en los apartados 4º y 5º de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, dónde se concreta el interesante beneficio fiscal que comentábamos y que afecta del mismo modo a fusiones, cesiones globales de activo y pasivo y al resto de operaciones relacionadas en los distintos Anexos. De esa manera se facilitarán este tipo de operaciones y se logrará la reestructuración del sector público empresarial. A tenor del artículo 168.4 de la Ley todas las operaciones societarias, cambios de titularidad y actos derivados de la ejecución de este artículo estarán exentos de cualquier tributo estatal, incluidos tributos cedidos a las Comunidades Autónomas y recargos autonómicos sobre tributos estatales, o local, sin que en este último caso proceda la compensación a que se refiere el primer párrafo del

---

<sup>396</sup> La reestructuración y racionalización que se acomete tiene su encaje en los artículos 168 y 169, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, que reconocen al Gobierno la potestad de reestructurar, por Acuerdo del Consejo de Ministros, el sector público empresarial, y la determinación de directrices y estrategias de gestión del sector público empresarial del Estado en coherencia con la política económica y la estabilidad presupuestaria.

<sup>397</sup> Podemos referir distintos ejemplos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 169 f) de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Se refieren en los Anexos, según el Ministerio oportuno: Anexo I, Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas: “*se procederá a la extinción de la Sociedad Estatal para la Venta de Acciones de Loterías y Apuestas del Estado, S.A. (SEVALAE) mediante la cesión global de activo y pasivo (incluyendo la totalidad de las acciones de la Sociedad Estatal Loterías y Apuestas del Estado, S.A.) a favor de la Administración General del Estado de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 81.2 y 89.2 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles, sin practicarse la liquidación*”; Anexo III, Ministerio de Fomento: “*se procederá a la extinción de la sociedad estatal Remolques Marítimos, S.A. mediante la cesión global de activo y pasivo a favor de la Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 81.2 y 89.2 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles*”; Anexo IV, Ministerio de Economía y Competitividad: “*se procederá a la extinción de la Sociedad Estatal para la Promoción y Atracción de las Inversiones Exteriores, S.A.U. (Invest in Spain –iIS–), mediante la cesión global de activo y pasivo a favor del Instituto de Comercio Exterior (ICEX) de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 81.2 y 89.2 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles*”.

apartado 2 del artículo 9 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales. También y con el mismo objeto, según el apartado 5º, los aranceles de los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles que intervengan los actos derivados de la ejecución del presente artículo se reducirán en un 90 por ciento.

De todo ello podemos concluir que la cesión global de activo y pasivo no disfruta de un régimen fiscal que posibilite la realización de la misma pero tampoco podemos concluir que su tratamiento fiscal sea peor que el que afecta al resto de operaciones de modificación estructural y que por ello ya se vaya a ejecutar en menor medida<sup>398</sup>.



---

<sup>398</sup> GONZÁLEZ MENESES, M. Y ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., en *Modificaciones estructurales...Op. cit.* pg. 461.



## **Capítulo 8:**

### **La insuficiencia del régimen legal de la cesión global como forma de modificación estructural**

#### **I**

#### **INCOHERENCIA ENTRE LA CARACTERIZACIÓN DE LA CESIÓN GLOBAL COMO MODIFICACIÓN ESTRUCTURAL Y ASPECTOS RELEVANTES DE SU RÉGIMEN JURÍDICO: LA PROTECCIÓN INSUFICIENTE DE SOCIOS Y TERCEROS FRENTE A LOS REGÍMENES DE LA FUSIÓN Y LA ESCISIÓN**

Tras el análisis de todos los aspectos procedimentales anteriores, podemos corroborar la escasez de garantías, cautelas jurídicas o mínimas herramientas existentes en la protección dispensada a socios, acreedores o terceros en la realización de la operación de cesión global de activo y pasivo. Estos extremos se revelan inexistentes en las distintas fases procedimentales que presiden la regulación de la cesión global en comparación con los que acompañan a los procedimientos seguidos por el resto de operaciones de modificación estructural, sobre todo en los supuestos de las operaciones de fusión y escisión. El legislador, en definitiva, ha optado por un procedimiento mucho más simplificado.

A diferencia de lo que sucede con las operaciones de fusión o de escisión, cuando nos referimos a la cesión global de activo y pasivo y el beneficiario de la operación es una sociedad mercantil, hemos podido observar a lo largo de la regulación procedi-

mental, que faltan mecanismos de protección que puedan defender los intereses de sus socios los cuales en cambio siempre están garantizados en la ejecución de las primeras. Se ha observado un gran desequilibrio siendo todas ellas operaciones que persiguen en todo caso una reestructuración empresarial. Esto lo hemos ido analizando en las distintas fases del procedimiento:

- el proyecto común de cesión global está solo suscrito por los administradores de la sociedad cedente,
- el informe de los administradores sobre el proyecto de cesión es competencia exclusiva de los administradores de la sociedad cedente,
- en la cesión global no hay informe de expertos independientes sobre el proyecto de cesión (...).

Así se sucede una continua desprotección de los intereses de los socios de la posible sociedad cesionaria pero al mismo tiempo tiene lugar una simplificación en la realización de la operación de cesión global que, en definitiva, pretende transmitir una empresa. La transmisión de una empresa es un cometido de suficiente relevancia como para ignorar en la regulación procedimental requisitos imprescindibles en el desarrollo del procedimiento. Esto puede provocar ese “trampeo” relacionado más arriba debido a que la realización de esta operación puede resultar más atractiva para conseguir una más fácil y pronta transmisión de la empresa prevista, evitando así ciertos trámites o requisitos que son ineludibles en las operaciones de fusión o de escisión. Todo ello acompañado siempre de la merma producida en la defensa de los dignos intereses de los socios de la sociedad o sociedades cesionarias.

Consideramos que hubiera sido deseable la adopción por parte de nuestro legislador de un régimen procedimental similar al regulado para las operaciones de fusión o de escisión o bien la remisión a los mismos<sup>399</sup> en todos los aspectos relacionados que ahora, en la regulación actual, quedan abiertos a una gran indefensión, falta de protección o garantías necesarias que puedan cubrir los derechos de los socios o acreedores afectados por la realización de la operación.

---

<sup>399</sup> En el Derecho alemán el procedimiento de esta operación se remite a las operaciones de fusión o de escisión.

## II PLANTEAMIENTO DE LA INCURSIÓN DE LA CESIÓN GLOBAL EN EL SISTEMA DE LAS DIRECTIVAS EUROPEAS

Otra cuestión necesaria para completar nuestro estudio es la referida a la incursión correcta o no de la cesión global en el sistema de directivas europeas al que atiende el Preámbulo de la Ley de modificaciones estructurales. Se trata de analizar si la figura de cesión global cumple las directrices de las directivas comunitarias en la transposición española que se realiza de las mismas. Concretamente si se realiza una correcta transposición en el cumplimiento de la Tercera Directiva 78/855/CEE del Consejo, de 9 de octubre de 1978, basada en la letra G) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las fusiones de las sociedades anónimas.

Esta cuestión ha sido estudiada por González Meneses<sup>400</sup> y la misma constituye una referencia doctrinal necesaria en el estudio de la cesión global si bien tras la exposición de su argumentación jurídica y conclusiones, explicaremos nuestra postura no siempre coincidente en su totalidad con la teoría del autor.

Según la misma, el capítulo V de la Tercera Directiva bajo el título: “*Otras operaciones asimiladas a la fusión*” refiere, en definitiva, dos supuestos en los que se podría incluir perfectamente la regulación de la cesión global del activo y pasivo. Para llegar a este término y justificarlo con el apoyo legal necesario, detallamos el contenido de ambos artículos y un aspecto crucial del Preámbulo de la Tercera Directiva que los engloba a ambos.

El artículo 30 dispone que “*cuando la legislación de un estado miembro permita, para una de las operaciones mencionadas en el artículo 2, que la compensación en especie supere el porcentaje del 10%, serán aplicables los capítulos II y III, así como los artículos 27, 28 y 29*”.

El artículo 31 por su parte añade que: “*Cuando la legislación de un estado miembro permita una de las operaciones mencionadas en los artículos 2, 24 o 30, sin*

---

<sup>400</sup> GONZALEZ MENESES en “La cesión global de activo y pasivo como ilusión jurídica...*Op.cit.* pg. 46.

*que todas las sociedades transferidas dejen de existir, el capítulo II, con excepción de la letra c) del apartado 1 del artículo 19, y los capítulos III y IV, serán respectivamente aplicables”.*

Finalmente el Preámbulo de la Directiva en su penúltimo Considerando trata de explicar el propósito que persigue este capítulo diciendo que: *“es necesario extender las garantías aseguradas a los socios y a los terceros, en el marco del proceso de fusión, a determinadas operaciones jurídicas que tengan, respecto a puntos esenciales, características análogas a las de la fusión con el fin de que no pueda eludirse esta protección”.*

Sabemos que la Tercera Directiva tiene por objeto la regulación de las fusiones por absorción de una o varias sociedades por otra y de fusiones por constitución de una nueva sociedad. Las mismas son definidas en los artículos 3 y 4 respectivamente en los siguientes términos: se considerará como fusión la operación por la cual una sociedad transmite en bloque todo su patrimonio a otra recibiendo sus socios acciones de la adquirente y en su caso una compensación en efectivo que no exceda del 10% del valor de las acciones recibidas. El artículo 30 añade el supuesto de que la ley nacional permita que el socio reciba en compensación un mayor porcentaje en especie. Aquí sería aplicable el capítulo II, que contiene la totalidad del régimen imperativo de una fusión. Es decir, la Directiva considera igualmente como fusión este supuesto en el que se supera en especie ese porcentaje del 10% que admite el artículo 30.

González Meneses cree que igualmente es subsumible en dicho artículo 30 el supuesto en el que un estado miembro permitiera el caso extremo de que la contraprestación fuera solamente en dinero sin recibir el socio ninguna acción a cambio del patrimonio transmitido en bloque. Y, precisamente, ese supuesto sería el que identifica a la operación de cesión global de activo y pasivo, que, según el autor, es, en definitiva, una fusión por absorción en la que los socios de la sociedad absorbida canjean sus acciones por una compensación que consiste en un 100% en dinero y un 0% en acciones de la sociedad absorbente. La cesión está incluida en ese supuesto especial de fusión que regula el capítulo V como operación asimilada o tratada como fusión y a la misma le será aplicable la regulación de la fusión inclusive el supuesto del artículo 31 en el que se relaciona la posibilidad de que no todas las sociedades transferidas (del artículo 30) dejen de existir.



Por lo tanto, si esta posibilidad de contraprestación económica 100% en dinero está incluida en el artículo 30, que es lo que colige González Meneses, la cesión global es una fusión más y no tiene sentido que el legislador español haya creado la cesión global como una operación autónoma e independiente de la fusión porque el sistema está cerrado tal como se plantea por la Tercera Directiva.

Menos sentido tiene aún que nuestra regulación legal, además de concederle una regulación autónoma, reduzca los requisitos procedimentales en su ejecución privando a los socios de garantías que siempre son exigibles en la fusión. De hecho, ese penúltimo Considerando de la Directiva, trata de aplicar las mismas garantías a este tipo de operaciones asimiladas a la fusión que regula el capítulo V de la Tercera Directiva, puesto que, realmente, la Directiva no les resta importancia y en ningún caso va a aligerar los trámites de su procedimiento de ejecución. Por ello la cesión global se debe realizar con las mismas exigencias y el mismo régimen imperativo que tiene la fusión.

González Meneses finalmente llega a la conclusión de que la regulación contenida en el título IV de la Ley 3/2009 es contraria a la Tercera Directiva en la medida en que dispensa a la cesión global de requisitos que son propios de la fusión como la suscripción de proyecto de cesión global por los administradores de las dos sociedades, la inexistencia del balance de las dos sociedades intervinientes, la inexistencia del informe de experto independiente sobre el proyecto de cesión (salvo acuerdo unánime de todos los socios) y la inexistencia del acuerdo de junta de la sociedad cesionaria. Así pues, el desarrollo de la regulación legal de la cesión global, según el autor, ha sido un sueño para el legislador del que hay que despertar.

A continuación exponemos nuestro punto de vista sobre estos extremos tratados por González Meneses. Consideramos significativo detallar previamente dos posiciones tratadas por el autor sobre el tema planteado para así poder extraer nuestras oportunas conclusiones:

1. ¿Toda la regulación comparada que legisle de forma autónoma sobre la cesión global es ilegal debido a que la cesión global es un supuesto de fusión? Si realmente es un supuesto de fusión, debe de tener las mismas garantías que la fusión y ser tratada así,

como una fusión, siendo innecesario e inútil el título IV de la LMESM, porque se incluiría dentro del título que regule la fusión. Entendemos que en la legislación comparada, p.e. en Alemania, la cesión global tiene una regulación autónoma con respecto a la fusión pues no es considerada como una fusión.

González Meneses da por hecho que el artículo 30 LMESM incluye la posibilidad de una contraprestación basada en un 100% dinero, que en ningún caso se expresa en el artículo. La figura de la cesión global puede ser asimilable al supuesto de fusión por absorción de los artículos 30 y 31 LMESM (dejando de existir o subsistiendo la sociedad cedente). Entonces es un sinsentido la existencia de la figura de la cesión global como operación separada de la fusión por absorción. Es decir, la cesión global, como dice el autor, no tiene cabida si seguimos el planteamiento estricto de los artículos 30 y 31 pues, se extinga o no se extinga la sociedad cedente, en ambos casos estos artículos remiten la regulación de estos supuestos a la fusión. Siguiendo la crítica que efectúa González Meneses a la operación de cesión global de activo y pasivo<sup>401</sup> la misma sería en definitiva una fusión por absorción en la que los socios de la sociedad absorbida canjean sus acciones por una compensación que consiste en un 100% en dinero y en un 0% en acciones de la absorbente.

Este aspecto hay que delimitarlo con gran exactitud puesto que de ello depende la correcta inclusión o exclusión de la cesión global como supuesto de fusión. La Directiva, en su art.30, ¿permite esa contraprestación en un 100% en dinero o no?

Si González Meneses expresa que la cesión global es subsumible en el supuesto de una fusión, la consecuencia directa es que ya no tenga ninguna cabida su regulación por la legislación española, por lo que el título IV de la Ley de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles no sería contrario a la Tercera Directiva (porque aligera los trámites de la fusión) sino que resultaría innecesario en su regulación o inadecuado porque la cesión global, en ese caso, debería estar incluida en su regulación en el articulado correspondiente a la fusión .

El problema entonces estaría originado por una incorrecta transposición de la Tercera Directiva en el sentido de que en la regulación de la fusión por parte de la LMESM no

---

<sup>401</sup> GONZÁLEZ-MENESES, M., “La cesión global de activo y pasivo como ilusión jurídica...*Op.cit.* pg. 48.

aparece contemplada la posibilidad prevista en los arts. 30 y 31 de la Tercera Directiva, que parecen referirse claramente al supuesto de la cesión global de activo y pasivo, y cuya regulación se remite a la fusión. Es decir, si se hubiera seguido el estricto tenor de la Ley, no existiría en nuestra legislación una figura aparte de la fusión denominada cesión global de activo y pasivo porque todas las posibilidades cabrían en la operación de fusión. González Meneses entiende que no es compatible con la Tercera Directiva el régimen normativo regulador de la cesión global. Considera que el mismo es un agujero en el sistema y que nuestro legislador ha sido capaz de inventarse una figura sui generis de modificación estructural, que puede regular a su antojo debido a que ésta es comunitariamente atípica. Cree que es una figura que se presta a todo tipo de combinaciones que, en definitiva, pretenden eludir los requisitos propios del régimen de la fusión y refiere la atipicidad de la cesión global dentro del sistema de las directivas europeas.

2. La segunda cuestión a analizar se refiere al hecho de que se pueda entender que esta figura no está contenida en el artículo 30 LMESM. En ese caso, ¿es legal la regulación legal española ya que en ningún caso vulnera designios que solo hacen referencia a las fusiones u operaciones asimiladas a las mismas y entre las cuales, en ningún caso, se encuentra la cesión global? Es decir, si el legislador español ha relajado los requisitos para llevar a cabo la cesión global, es porque está exenta la figura de cumplir todos los requisitos propios de la fusión, ya que la cesión no se encuentra incluida dentro del supuesto del artículo 30 de la Tercera Directiva como operación asimilada a la fusión. Por lo que el legislador español es libre a la hora de formular esta operación.

El artículo 30 LMESM no refiere en ningún momento el supuesto de una contraprestación en un 100% dinero, y entonces, si no está en la Tercera Directiva, el legislador español, no comete ningún atropello dispensándole de requisitos que no son suyos sino que son propios de la fusión. Así pues, no es exigible que los tenga que observar al estar la cesión global fuera de los supuestos de operaciones asimiladas a las fusiones reguladas por los artículos 30 y 31 de la Tercera Directiva. Del mismo modo, la cesión global quedaría entonces fuera del penúltimo de los Considerandos de la tercera Directiva que solo haría referencia a las fusiones.

Sería en este caso criticable el Preámbulo de la LMESM cuando se refiere a la cesión global refiriendo unos requisitos formales y garantías que, aunque son observados en su articulado, pueden resultar absolutamente escasos en comparación con los que son exigibles para el resto de modificaciones estructurales. De hecho en el Preámbulo de la LMESM se relacionan solo dos aspectos garantistas de la cesión global: el de la tutela del socio, que se consigue a través de la información que proporciona el proyecto de cesión global, (sobre el que no detalla ningún requisito mas), y el de la tutela de los acreedores, que se articula a través del derecho de oposición y de la responsabilidad solidaria del cesionario o cesionarios hasta el límite del activo neto atribuido a cada uno de ellos en la cesión. El resto de aspectos escasos o nulos que hemos ido destacando en la regulación procedimental de la cesión global, no son referidos en el Preámbulo porque, o bien es un olvido del legislador, o bien porque no los considera necesarios para la ejecución de la cesión global.

Por nuestra parte, adoptamos la siguiente postura sumando también estos otros aspectos relevantes sobre la regulación de la cesión global de activo y pasivo:

Entendemos, desde un inicio, que esta crítica la puede realizar González Meneses siempre que el cesionario sea una sociedad, pues no tendrían lugar todas estas objeciones sobre la vulneración de la Tercera Directiva si el cesionario no fuera una sociedad mercantil. El autor da por hecho que la cesión global de activo y pasivo es una fusión por absorción en la que la compensación consiste en un 100% en dinero, pero si el cesionario no fuera una sociedad: se “caería” lo que él está planteando ya que todo ello se apoya en el pilar fundamental de que el cesionario sea una sociedad.

Y, entendemos así, ¿no puede haber estado pensando el legislador, o el espíritu del título IV de la Ley fundamentalmente en cesionarios que no fueran una sociedad? Y, ¿es por ello por lo que se aligera los trámites (...)? De hecho, el art.81LMESM no concreta en absoluto que el cesionario sea una sociedad: cabe dentro de su supuesto, pero no lo reduce a esto. El art. 81.1 LMESM relaciona: “*a uno o varios socios o terceros*” pero en ningún momento nombra “sociedad” como sí ocurre en el supuesto de la regulación de la fusión por el título II de la LMESM o en la Tercera Directiva relativa a las fusiones de las S.A. Por ello creemos que esta crítica es válida si el supuesto tratado tiene

como cesionario a una sociedad mercantil pero no resulta válida en los restantes supuestos de otros posibles cesionarios.

La cesión global puede efectuarse a uno o a varios socios o terceros y esos terceros no tienen por qué ser una sociedad tampoco: entendemos que es en este aspecto dónde se descuadra la inclusión que González Meneses hace de la cesión global como supuesto de fusión. Desconocemos si el legislador español ha pretendido separar esta figura de la fusión y enfocarla sobre todo para aquellos supuestos en que el cesionario no sea una sociedad, en cuyo caso ya no serían exigibles (de modo comprensible), todos los requisitos propios de la fusión que desaparecerían justificadamente en la operación de cesión global.

### III

#### UNA POSIBLE SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS DETECTADOS EN EL ACTUAL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CESIÓN GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO: EL CONTRATO DE CESIÓN GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO

La incorporación de la cesión global de activo y pasivo a la categoría de modificación estructural ha supuesto una mejora indudable para dicha operación con respecto a la que existía en la regulación anterior si bien es constatable todo el conjunto de deficiencias que afectan a su régimen legal, todas ellas referidas en los distintos epígrafes que detallan el desarrollo del procedimiento.

Admitiendo, como lo hemos hecho (supra pg. 144) la doble naturaleza societaria y contractual que asiste a la operación de cesión global de activo y pasivo, consideramos que gran parte de las deficiencias normativas existentes en su procedimiento, podrían quedar solventadas si las mismas se añadieran al contenido contractual de la operación como cláusulas integrantes del mismo.

Ansón Perioncelly,<sup>402</sup> compartiendo nuestro punto de vista, propone un modo de solventar todas las deficiencias existentes en la regulación normativa de la cesión global mediante la celebración de “*un contrato de cesión global de activo y pasivo entre las partes intervinientes en el que se regulen las situaciones no contempladas por la LME*”. Este sería el objetivo claro pretendido por el autor: el poder regular o añadir mediante dicho contrato de cesión global todo aquello que no figura en la regulación de la LMESM y que es necesario y conveniente para las partes. Según este autor, la cesión global de activo y pasivo puede ser considerada como un negocio jurídico de carácter patrimonial pues el conjunto de relaciones jurídicas que lo presiden cumple los requisitos necesarios para la existencia de un contrato. El artículo 1254 del CC nos dice que el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio. El contenido de las obligaciones referidas en dicho artículo se concretaría en determinadas relaciones jurídicas contractuales entre las que destaca la realización de una operación societaria mediante la transmisión de un patrimonio. La forma de transmitir este patrimonio sería excepcional en el contrato pues se realiza por sucesión universal, como ya hemos referido antes, y no atendiendo al régimen general de adquisición de la propiedad.

Dicho contrato de cesión global, como vimos, también cumple el contenido de los requisitos establecidos en el artículo 1261 CC pues concurren en todo caso el consentimiento de los contratantes, el objeto cierto que sea materia del contrato y la causa de la obligación que se establezca.

El momento conveniente para la celebración del contrato de cesión global sería antes del inicio del citado procedimiento, que de modo no formal o no regulado en la LMESM, comienza en la que hemos llamado “fase previa”, integrada por las negociaciones precedentes: estudios, informes, formación de grupos de trabajo, y por las *due diligence*<sup>403</sup> que también podrían formar parte del contrato. Y, el contenido de éste po-

---

<sup>402</sup> ANSÓN PERIONCELY, R., “Una posible solución a las deficiencias del actual régimen jurídico de la CGAP: el contrato de cesión global de activo y pasivo” en *La reestructuración empresarial y las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, capítulo VI, (con GARRIDO DE PALMA, V.M. Y BANACLOCHE PÉREZ, J.), pg. 259.

<sup>403</sup> El término *Due diligence* en su traducción literal significa diligencias debidas y en su traducción libre implica la realización de una auditoría. Se emplea para aquellos contenidos que entrañan la investigación voluntaria de una empresa previamente a la firma de un contrato. Se trata de evaluar, en nuestro supuesto, un patrimonio de cara a su futura adquisición por parte del comprador. Éste realiza una

dría contemplar aspectos relevantes sobre los intereses y actuaciones de las partes que no están regulados actualmente en la cesión global por la LMESM, corrigiendo de este modo las deficiencias normativas existentes. Dichos aspectos se incluirían en el contrato a modo de cláusulas y, por supuesto y ante todo, dicho contrato de cesión global observaría igualmente todas las normas contenidas en la LMESM relativas al procedimiento en cada uno de sus extremos.

Por lo tanto, en cuanto a la relación de cláusulas contractuales, las partes podrían incluir voluntariamente aquellas que contengan extremos obviados por la LMESM y muy necesarios para ambas. Sus contenidos podrían versar sobre los siguientes aspectos que, en todo caso, están obviados por la regulación legal de la cesión global en la LMESM:

-Realización de las *due diligence* que podrían formar parte del contrato si no han tenido lugar en la fase previa. En las mismas se realizará un análisis exhaustivo del patrimonio objeto de cesión y de la contraprestación que se vaya a obtener a cambio cuando la misma consista en derechos o bienes. Debido a que en la operación de cesión global no existe la valoración del patrimonio por expertos independientes, como sí sucede en la fusión o escisión, sería conveniente que éstos intervinieran para realizar una valoración de patrimonio si no se realizaran las *due diligence*. Este sería uno de los aspectos más necesarios que debería incluir el contrato pues, a partir de la valoración del mismo, se concluirá sobre la conveniencia o no de seguir adelante con la operación. Aquí juega un papel fundamental el deber de confidencialidad en la información proporcionada que también podrá ser objeto de regulación para conseguir una mayor implicación y exclusividad entre las partes.

-También resultarán convenientes las cláusulas que estipulen la forma de pago por el cesionario o cesionarios y las que también aseguren el pago de la contraprestación mediante el establecimiento de las garantías oportunas y obligatorias que se fijen para el cesionario. Son igualmente necesarias las garantías que debiera prestar el cedente frente

---

auditoria de compra investigando en profundidad el patrimonio que va a adquirir, analizando posibles contingencias o pasivos ocultos en el mismo. Una vez realizadas las diligencias, se emitirá un informe a partir del cual se podrá renegociar el futuro contrato, si es que éstas no formaran parte del mismo.

De todos modos, aunque no se realizara el contrato de cesión global, es conveniente acometer la *due diligence* en la fase previa del procedimiento de la cesión global para tratar, en todo caso, de proteger al cesionario o cesionarios.

a vicios, defectos o pasivo oculto si bien los peligros o riesgos que entrañan estas situaciones son menores desde que exista una valoración del patrimonio por un experto independiente.

- Igualmente, es necesario regular las causas y consecuencias del abandono de la cesión global. Se podrán regular las causas injustificadas junto a la posible indemnización o derecho de resarcimiento por el abandono unilateral de la operación. Se trata de un aspecto importante a regular porque si no se realiza por escrito, difícilmente se responderá a la otra parte. También se regularán las causas justificadas que lleven a término la operación pactándose entre las partes circunstancias como el resultado del informe del experto independiente o la no prestación de las garantías necesarias por una o ambas partes.

-Otra de las carencias procedimentales ya referidas en la operación de cesión global se refiere al hecho de que se ignora al cesionario o cesionarios y a sus representantes en el ejercicio de sus derechos. Consideramos que resultaría, en este sentido, deseable la inclusión en el contrato de todas aquellas cuestiones referidas al cesionario que quedan sin determinar o definir (en el procedimiento societario) hasta el momento del otorgamiento de la escritura pública. De esta forma, se evitaría también un posible impago de la contraprestación por parte del cesionario. El contrato de cesión global equilibraría esta situación irregular otorgando capacidad de actuación al cesionario o cesionarios. En el supuesto de que el cesionario fuera una sociedad, se posibilitaría la intervención de los administradores del cesionario en la redacción del proyecto. También intervendría la junta de socios de la sociedad cesionaria, en el caso de ser una sociedad, en la adopción del acuerdo de cesión global. En consecuencia, ya se otorgaría capacidad de actuación a la otra parte de la operación. También sería recomendable que los administradores asumieran mayores competencias en la cesión global, así, *mutatis mutandi*, una vez suscrito el proyecto común de cesión, los administradores de las sociedades se abstendrían de realizar cualquier clase de acto o de contrato que pudiera comprometer la elaboración del proyecto (art. 30.2 LMESM) y también deberían comunicar a la junta de ambas sociedades (si el cesionario es una sociedad) cualquier modificación importante del activo o del pasivo acaecida en la sociedad cedente desde la fecha



de redacción del proyecto de cesión hasta la fecha de reunión de la junta de socios de ambas sociedades que hayan de aprobar la cesión (art. 39.3 LMESM).

-Otros aspectos de la operación objeto de regulación por el contrato podrían ser los fiscales y los laborales.





## **Capítulo 9:**

### **Aportaciones que realiza la Propuesta de Código Mercantil al régimen legal de la cesión global de activo y pasivo**

Referimos ahora el contenido que refiere la Propuesta de Código Mercantil, presentada por la Sección Segunda de la Comisión General de Codificación el 20 de junio del año 2013, sobre la operación societaria objeto de estudio, la cesión global de activo y pasivo. Si bien se estimaba que dicha Propuesta se haría realidad como nuevo Código Mercantil a mediados del presente año 2015, actualmente disponemos del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil, aprobado por el Gobierno el 30 de mayo de 2014.

Consideramos útil completar el estudio de la cesión global de activo y pasivo con la previsión de la regulación normativa que podría afectar en un futuro próximo a la operación de modificación estructural objeto de estudio. Procedemos a analizar pues, las modificaciones y posibles mejoras que establece la Propuesta en el régimen jurídico de la operación de modificación estructural.

A tenor de lo expuesto hasta el momento, observamos que el Derecho Mercantil se encuentra regulado no solo en el Código de Comercio, sino en un conjunto de leyes mercantiles especiales promulgadas hasta hoy fruto de un proceso descodificador, tal como lo define Sánchez Calero, que se ha estado justificando por las profundas transformaciones económicas, políticas y jurídicas acaecidas unidas a la evolución de los nuevos condicionantes y realidades de la realidad mercantil durante este último siglo. La tendencia ha cambiado y renace actualmente un nuevo proyecto redecodificador de la materia mercantil en un solo cuerpo normativo plasmado en la Propuesta de un nuevo

Código Mercantil planteada por la sección segunda de la Comisión General de Codificación, actualmente en tramitación. En la Exposición de Motivos de la Propuesta se expone la razón de ser de este nuevo Código Mercantil como el instrumento de política legislativa más adecuado. De hecho, cuando ya parecía superado el movimiento codificador, renace actualmente el mismo como un recurso unificador. Se trata de crear un mismo código para un mercado único, con vigencia en todo el territorio nacional que acota con criterio unitario la materia mercantil e integra la legislación especial que la regula. Se recupera así de manera unitaria y ordenada el conjunto de normas legales que regulan la materia jurídico-mercantil entre distintos individuos o empresas de un mismo territorio. La Propuesta de Código Mercantil defiende los postulados de la nueva constitución económica en el marco de la economía de mercado. Dichos postulados imponen la unidad de éste y explican la atribución al Estado de competencia exclusiva en materia de legislación mercantil (art.149.1.6º CE) aconsejando una clara delimitación de la materia mercantil y la selección e integración de la normativa reguladora.

Estas fueron las razones que condujeron a la idea de compilación o codificación de la totalidad del cuerpo mercantil iniciada el 7 de noviembre de 2006 cuando el entonces ministro Juan Fernando López Aguilar, encargó a la Sección Segunda, de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación la elaboración de un nuevo Código Mercantil (Orden de 7 de noviembre de 2006). En cumplimiento de ese encargo, se ha elaborado el presente Anteproyecto. Así pues, casi siete años después, el pasado 20 de junio de 2013, el presidente de la Sección Segunda de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, Bercovitz Rodríguez Cano<sup>404</sup> presentó el pasado 20 de junio ante el ministro de Justicia, D. Alberto Ruiz-Gallardón, el texto de la Propuesta en la que han colaborado sesenta y cuatro expertos al más alto nivel en la materia y que incluye 1.945 artículos divididos en siete libros<sup>405</sup> y un título preliminar. El objetivo

---

<sup>404</sup> BERCOVITZ RODRIGUEZ- CANO, A., *Apuntes de derecho mercantil (Derecho mercantil, derecho de la competencia y propiedad industrial)*, 2013.

<sup>405</sup> Tras las “Consideraciones generales”, se disponen siete libros que integran la nueva Propuesta de Código Mercantil bajo los siguientes títulos: Libro I: Del empresario y de la empresa, Libro II: De las sociedades mercantiles, Libro III: Del derecho de la competencia y de la propiedad industrial, Libro IV: De las obligaciones y de los contratos mercantiles en general, Libro V: De los contratos mercantiles en particular, Libro VI: De los títulos valores y demás instrumentos de pago y crédito, libro VII: De la prescripción y de la caducidad de las obligaciones mercantiles.

Actualmente, nuestro Código de Comercio promulgado el 22 de agosto de 1885 consta de cuatro libros, divididos en títulos y secciones, sumando 955 artículos. El libro I: De los comerciantes y del co-

pretendido es modernizar y actualizar el Código de Comercio vigente desde 1885 y favorecer la actividad económica mediante normas que garantizan la unidad de mercado en las relaciones jurídico-privadas de los empresarios mediante la renovación y puesta al día de su regulación para así hacer frente a la compleja situación económica. La Propuesta dice garantizar la seguridad jurídica porque entre otras cuestiones, se ha adaptado al mercado actual e igualmente pretende garantizar la unidad de mercado para así favorecer la actividad económica. En este sentido, tiene mucho que ver la publicación el pasado mes de diciembre de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre (BOE de 10 de diciembre) de garantía de la unidad de mercado que se dicta con la finalidad de “*establecer las disposiciones necesarias para hacer efectiva la unidad de mercado en todo el territorio nacional*” (art.1). La ley de garantía de unidad de mercado va unida íntimamente a la nueva propuesta de Código Mercantil pues ambas pretenden garantizar la unidad de mercado como uno de sus objetivos primordiales. El preámbulo de la Ley expone que se introducen en la misma toda una serie de medidas de supresión de barreras administrativas y de armonización normativa sorprendentes por lo novedosas, inspiradas en gran medida –aunque resulte paradójico– en los procedimientos que se vienen aplicando en la Unión Europea para garantizar el mercado único. El ministro de economía y competitividad, Luis de Guindos, ha justificado la ley de unidad de mercado como un instrumento necesario para facilitar la libertad de movimientos de las empresas, acabar con el exceso regulatorio actual en el estado autonómico que deja un marco jurídico excesivamente complejo, repleto de contradicciones y duplicidades.

Centrándonos en la materia societaria mercantil, regulada en Libro Segundo de la Propuesta de Código Mercantil, la Exposición de Motivos, razona la necesidad de este nuevo Código Mercantil, refiriendo en el apartado I-29 de la Exposición de Motivos que las sociedades mercantiles se regulan también teniendo en cuenta la evolución legislativa reciente, constituida sobre todo por la Ley de Sociedades de Capital y por la Ley sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades, pero con un planteamiento innovador que respeta los planteamientos de esa legislación, aunque tratando de superar los problemas a que esa normativa ha dado lugar. El libro segundo titulado “*De las so-*

---

mercio en general, Libro II: De los contratos especiales de Comercio, Libro III: Del comerciante marítimo, Libro IV: De la suspensión de pagos, quiebras y prescripciones.

*iedades mercantiles*” refiere en su título VIII las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Prueba de ello la podemos advertir en la cesión global, modificación estructural que sufre determinadas modificaciones en la redacción de la Propuesta siendo objeto de nuestra crítica en la parte II de este trabajo. Desde mi punto de vista, la Propuesta de Código Mercantil desaprovecha la mejor de las oportunidades para poder corregir los defectos actuales existentes en la cesión global, si bien es cierto que se mejora sensiblemente su regulación con determinadas garantías o medidas que tratan de equipararla al resto de modificaciones estructurales respecto de las cuales, siguiendo el tenor de la Propuesta, aun seguirá presentando ciertas deficiencias que la aligeran en cuanto a sus requisitos procedimentales.

Podemos concluir que la pretensión de la Propuesta revela un afán compilatorio y no de codificación tratando de reunir y recoger en el futuro Código Mercantil parte de la materia mercantil que se encuentra actualmente regulada fuera del mismo en diferentes leyes mercantiles especiales o leyes extravagantes<sup>406</sup>, tal como las refiere el profesor Jiménez Sánchez debido al arcaísmo de nuestro Código de Comercio de 1885 que ha motivado un justificado y progresivo vaciamiento del mismo que se va a tratar de corregir.

En cuanto al reflejo registral de las modificaciones introducidas como consecuencia de la aprobación de la Ley 3/2009, hay que destacar que la presente Ley nada dice respecto al reglamento del Registro Mercantil. Es de esperar que el Gobierno, cuando apruebe el nuevo Código que regule las sociedades mercantiles, modifique asimismo el Reglamento del Registro Mercantil, de tal manera que lo armonice con el resto de disposiciones; mientras tanto, habrá de entenderse que las disposiciones que se opongan a la presente Ley habrán de considerarse derogadas por el principio de jerarquía normativa y temporalidad<sup>407</sup>.

La Exposición de Motivos de la misma, razona la necesidad de este nuevo Código Mercantil, refiriendo en el apartado I-29, que *“las sociedades mercantiles se regulan*

---

<sup>406</sup> El profesor JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. en la sesión inaugural del Seminario Permanente de Actualidad Jurídica trató en su conferencia inaugural la Propuesta de Código Mercantil refiriendo esta multiplicidad de leyes especiales que él mismo calificó como leyes extravagantes por encontrarse situadas fuera del Código de Comercio o por su propio contenido extravagante. Se trata de un conjunto de leyes extra-código que deben ser superadas.

<sup>407</sup> JURADO RODRÍGUEZ, A.B., MARTÍNEZ MARTÍNEZ, P.J., DOMÍNGUEZ LEANDRO, J., *Prácticum sociedades mercantiles*, *Op.cit.*

*también teniendo en cuenta la evolución legislativa reciente, constituida sobre todo por la Ley de Sociedades de Capital y por la Ley sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles”, pero, textualmente dice: “con un planteamiento innovador que respeta los planteamientos de esa legislación, aunque tratando de superar los problemas a que esa normativa ha dado lugar”.*

El título VI del libro Segundo, de la Propuesta de Código Mercantil bajo el título: “*De las modificaciones estructurales*”, incorpora a la Propuesta dichas modificaciones estructurales, y también integra las reformas recientes en la materia: nos estamos refiriendo a las modificaciones introducidas por la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, fruto de los planteamientos comunitarios de simplificación que han afectado a Directivas Comunitarias.

La Exposición de Motivos de la Propuesta revela que la relativamente reciente LMESM de 2009, con su concepción comprensiva o integradora de la totalidad de las modificaciones estructurales: “*ha facilitado ahora su tránsito hasta el nuevo código, avalando el lugar sistemático que ocupa*”: el nuevo título VI del Libro II.

La operación de cesión global de activo y pasivo aparece tratada en la Propuesta de Código Mercantil en el artículo 265, 1 al 15, dividiendo su desarrollo en dos secciones: la primera referida a las “*Disposiciones generales*” y la segunda bajo el título: “*Del régimen legal de la cesión global de activo y pasivo*”, situadas ambas dentro del capítulo V: bajo el título: “*De la cesión global de activo y pasivo*”.

Ha sido también objeto de nuestro estudio, el nuevo contenido del régimen jurídico (en la sección 2ª) que diseña la Propuesta de Código Mercantil para tratar de solventar esta problemática.

Queremos concluir ahora sobre la utilidad de la Propuesta en la mejora de las incoherencias existentes actualmente en las distintas fases procedimentales de la cesión global, insuficiencias evidentes con respecto al resto de operaciones de modificación estructural, sobre todo en relación a las operaciones de fusión y escisión, tratando de solventar y situar, con modificaciones plausibles, a la cesión global en un plano de igualdad con respecto al resto de operaciones de modificación estructural.

Los propósitos detallados en la Exposición de Motivos de la Propuesta de Código Mercantil (III-71, III-72) sobre las modificaciones estructurales versaban sobre lo ya referido en un inicio: (un tránsito legislativo comprensivo de la LME actualizada a la Ley 1/2012: al nuevo Código Mercantil) e igualmente se plasmaba la intencionalidad de adecuar, matizar o clarificar algunas cuestiones de sistemática o de contenido.

De hecho, esto se ha llevado a cabo en operaciones como la transformación en la que se han reordenado con más precisión sus supuestos; en la operación de fusión, donde se ha clarificado el régimen de la impugnación en los distintos supuestos y el derecho a la indemnización de daños a socios y terceros; pero, ciertamente, la Propuesta de Código Mercantil desaprovecha la mejor de las oportunidades para poder corregir la totalidad de los defectos técnicos actuales existentes en el régimen jurídico actual de la cesión global de activo y pasivo en la LMESM. La misma, hemos comprobado que dispone de un régimen simplificado con respecto al propuesto en el ámbito de otras operaciones de modificación estructural como la fusión o a la escisión, que persiguen efectos equivalentes de reestructuración empresarial. Por ello, de entrada, no se entiende que la Propuesta siga manteniendo en muchos aspectos esa la laxitud o relajación de requisitos en la cesión global, que no se hayan corregido en la Propuesta muchos de los mismos.

Más bien es cierto que se mejora sensiblemente su regulación, pues en determinados extremos se le otorga mayor autonomía en su regulación con menores remisiones a la operación de fusión. Así, la Propuesta incorpora expresamente para la cesión global las modificaciones producidas por la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, esta modernización en su régimen legal era absolutamente necesario para la cesión global pues la misma había quedado totalmente “descolgada y anacrónica” con respecto a las operaciones de fusión o escisión, que habían sido actualizadas en ese tipo de obligaciones que imponen tanto nuestra sociedad de la información como la crisis económica actual que seguimos padeciendo. Debemos aclarar de todos modos que la regulación actual del acuerdo de cesión global sí incorpora la Ley 1/2012, como se dijo, debido a la remisión que se efectúa por parte del artículo 87 LMESM a la adopción del acuerdo de fusión pero ello no obsta a la actual falta de coherencia entre los requisitos



actualizados para la adopción del acuerdo de cesión y la forma anacrónica de dar publicidad al proyecto de cesión global.

La Propuesta de Código Mercantil logra esa mejora limitada de la regulación actual con la inclusión en su articulado de determinadas garantías o medidas que tratan de equipararla al resto de modificaciones estructurales:

- publicidad del proyecto de cesión global: modificada y actualizada a los requisitos de la Ley 1/2012: BORME + pg web (si no hay pg.web: depositar ejemplar en el RM)

- inclusión de la necesidad del informe de expertos independientes sobre el proyecto de cesión cuando el cesionario sea una sociedad anónima o una sociedad comanditaria por acciones, realizándose del mismo modo que en la operación de fusión.

- adopción del acuerdo de cesión global con regulación autónoma y sin remisión a la operación de fusión,

- publicidad del acuerdo de cesión adaptado y actualizado al igual que en la fusión (BORME + pg. web de la sociedad, (si no hay pg.web: en un diario de gran circulación)

- avance en la manifestación clara de la eficacia constitutiva de la inscripción

- avance en la impugnación de la cesión: se completa el régimen pues ya no se remite a la fusión, se regula *ad hoc* para esta operación (a pesar de que la impugnación en la Propuesta siga quedando limitada a los socios y acreedores de la sociedad cedente: está pensada sólo para aquellos implicados en la toma del acuerdo de cesión global y solo se va a hacer referencia a la sociedad cedente.

Igualmente, en octubre de 2013, el ministro de Economía, Luís de Guindos anunció que modificaría la Propuesta del Código Mercantil para introducir en él las propuestas que la comisión de expertos encabezada por la presidenta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), Elvira Rodríguez, había realizado en materia de gobierno corporativo, cambios que afectarán especialmente al funcionamiento de las juntas generales de accionistas y consejos de administración<sup>408</sup>. Se pretende que sea la junta general de accionistas de las sociedades cotizadas la que realice la aprobación en última instancia de determinadas operaciones societarias de relevancia en vez de ser

---

<sup>408</sup> <http://nuevocodigomercantil.es>

aprobadas por el órgano de administración. Las medidas propuestas van encaminadas a ampliar las competencias de la junta general<sup>409</sup>, reforzar los derechos de los accionistas minoritarios y asegurar la transparencia de la información que reciben los accionistas. Así, será de competencia de la junta general la adopción de la adquisición mediante cesión global, la aprobación de remuneraciones y la política general de la empresa puesto que se pretende que los accionistas de las sociedades cotizadas tengan “más que decir” sobre ambas materias.

Aún con todo ello, la Propuesta de Código Mercantil sigue presentando ciertas deficiencias que la aligeran en cuanto a sus requisitos procedimentales y que van a seguir colocándola en el nuevo Código Mercantil en una situación de desventaja con respecto al resto de operaciones de modificación estructural pues:

FASE PREPARATORIA:

- el proyecto de cesión global (solo de la sociedad cedente)
- el informe de los administradores (solo de los administradores de la sociedad cedente)

Hubiera sido deseable y conveniente, que el cesionario o cesionarios participaran en la fase preparatoria interviniendo en la redacción de un proyecto que sea común y elaborando también un informe común de administradores

FASE DECISORIA:

- El acuerdo de cesión global es adoptado solo por la junta de socios de la sociedad cedente

Hubiera sido deseable, del mismo modo, si el cesionario fuera una sociedad, que el acuerdo de cesión global, también hubiera sido adoptado por su junta general de socios.

- El derecho de información a los trabajadores sobre la realización de la transmisión de la empresa permanece anacrónico situándose en el art. 265-10 PCM referente a

---

<sup>409</sup> En el estudio sobre propuestas de modificaciones normativas de la Comisión de expertos en materia de gobierno corporativo se han incluido propuestas de modificaciones normativas en materia de junta general y derechos de los accionistas referidas a la ampliación de las competencias de las juntas generales de las sociedades cotizadas, en línea con la actual recomendación 3ª del Código Unificado del Buen Gobierno Corporativo, a las siguientes materias: incorporación de actividades esenciales a filiales, adquisición o enajenación de activos operativos esenciales, operaciones cuyo efecto sea equivalente al de la liquidación de la sociedad y, además, en línea con otras propuestas, aprobación de la política de remuneraciones de los consejeros.

la publicación del acuerdo de cesión global limitando el derecho de los mismos para poder ejercitar los instrumentos de participación en la sucesión de la empresa que les dispensa la normativa laboral en su art. 44 ET.

Se debía haber anticipado este derecho antes de la aprobación del acuerdo de cesión global trasladándolo al art. 265.5 PCM procurando de este modo la participación de los representantes de los trabajadores a partir de la información que deberían tener sobre el proyecto de cesión.

FASE DE PENDENCIA:

- el derecho de oposición de los acreedores de la sociedad cedente y los acreedores del cesionario o cesionarios, se sigue remitiendo a la operación de fusión

Son todas ellas competencia de la sociedad cedente.

El cesionario o cesionarios son tratados y desconsiderados igualmente en la regulación actual de la LMESM y en la Propuesta donde solo aparecerán formalmente al finalizar la operación cuando el cesionario o cesionarios, junto al cedente, tengan que otorgar escritura pública. Es solo en este momento cuando tendrán que intervenir por lo que podría ser factible que se produjera con anterioridad el abandono injustificado de la operación en cualquier momento sin mayores consecuencias.

Así pues, en la Propuesta de Código Mercantil continua la desprotección de los intereses de los socios de la posible sociedad cesionaria pero al mismo tiempo tiene lugar una simplificación en la realización de una operación que pretende transmitir en definitiva una empresa. La transmisión de una empresa es un cometido de suficiente relevancia como para ignorar en la regulación procedimental requisitos imprescindibles en el desarrollo del procedimiento. Esto puede provocar un “trampeo” en el que la realización de esta operación puede resultar más atractiva para conseguir una más fácil y pronta realización de la transmisión de la empresa prevista evitando así ciertos trámites o requisitos que son ineludibles en las operaciones de fusión o escisión. Todo ello acompañado siempre de la merma producida en la defensa de los dignos intereses de los socios de la sociedad o sociedades cesionarias.

Hubiera sido deseable la adopción por parte de nuestro legislador en la Propuesta de Código Mercantil de un régimen procedimental similar al regulado para la operación de fusión o de la escisión. Era la oportunidad de evitar la gran indefensión, falta de

protección o garantías necesarias para cubrir los derechos de los socios o acreedores afectados por la realización de la operación.

Podemos concluir, coincidiendo con el profesor Jiménez Sánchez, que la pretensión de la Propuesta revela un afán compilatorio tratando de reunir y recoger en el futuro Código Mercantil parte de la materia mercantil que se encuentra actualmente regulada fuera del mismo en diferentes leyes mercantiles especiales o leyes extravagantes, tal como él mismo las refiere. Ello es debido al arcaísmo de nuestro Código de Comercio de 1885 que ha motivado un justificado y progresivo vaciamiento del mismo que se va a tratar de corregir en el futuro Código Mercantil. Pero no es su objetivo fundamental el “reparar” estos múltiples defectos técnicos que aún siguen quedando pendientes, a pesar de manifestarlo así en la Exposición de Motivos.



**Tercera parte:**

**La cesión global de activo y pasivo de  
sociedades en liquidación o en situación  
concursal**





# I

## INTRODUCCIÓN: LA PROBLEMÁTICA DE LA CESIÓN GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO ANTE LA LIQUIDACIÓN SOCIETARIA Y PROCEDIMIENTO CONCURSAL

Iniciamos el estudio de la tercera parte de la tesis con una reflexión que refiere la consideración y funcionalidad que adquiere la operación de cesión global de activo y pasivo como mecanismo para dar salida a sociedades mercantiles que proceden a su liquidación. Mediante la operación de cesión global de activo y pasivo se posibilitará la liquidación de dichas sociedades (art. 81.2 LMESM). También se estudia aquel supuesto en el que la sociedad mercantil, encontrándose en estado de liquidación societaria, lleva a cabo una operación de cesión global de activo y pasivo para tratar de conseguir mejor cuota de liquidación para los socios (art. 83 LMESM).

El escenario se modifica a continuación pues procede el estudio de la operación en el procedimiento concursal y bajo el desarrollo de su correspondiente normativa: fundamentalmente la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Dicha Ley no estará exenta de ciertas fricciones con la LMESM, que se tratarán de resolver y que convierten en complejas determinadas cuestiones, que, como se propondrá, deberían ser objeto de modificación en próximas reformas legislativas para lograr la coherencia necesaria entre la LMESM y la LC, logrando así conferir mayor seguridad jurídica a los sujetos involucrados en el concurso. La cesión global de activo y pasivo se articula ahora, en el concurso de acreedores, como una operación que tiene cabida y da solución, tras las últimas modificaciones legislativas acaecidas, a distintas situaciones tanto en el pre-concurso como una vez se haya iniciado el procedimiento concursal. Resulta de especial interés abordar la realidad práctica que adquiere la cesión global de activo y pasivo como herramienta posibilitadora de solución al concurso de acreedores, aspecto escasamente tratado por la doctrina hasta el momento actual y que adquiere gran relevancia debido a los numerosos concursos de acreedores acaecidos durante estos últimos años de crisis económica.





## **Capítulo 1:**

### **Consideraciones generales en torno a la cesión global de activo y pasivo de sociedades en liquidación**

A continuación vamos a estudiar la operación de cesión global de activo y pasivo en el entorno de sociedades en liquidación. Se incluyen aquí aquellas operaciones destinadas a satisfacer los pagos pendientes a los acreedores para, posteriormente, pasar al reparto de la cuota de liquidación entre los socios.

#### **I**

### **LA CESIÓN GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO Y LA LIQUIDACIÓN DE SOCIEDADES**

#### **1. La posición de la sociedad en liquidación en el procedimiento de cesión global de activo y pasivo**

Antes de la entrada en vigor de la LMESM, la cesión global de activo y pasivo se encontraba regulada únicamente en sede de liquidación de la sociedad disuelta por el artículo 117 de la LSRL siendo la extinción de la sociedad cedente algo esencial en la operación. El artículo 117 LSRL era el único referente a dicha operación. En el sistema de la LSRL, la cesión global de activo y pasivo se regulaba en sede de liquidación so-

cietaria debido a que esta cesión iba ligada necesariamente a la extinción de la sociedad cedente. Se trataba de una forma abreviada de liquidación del patrimonio social, pero no excluía la existencia de la fase de liquidación y de determinadas garantías de los socios propias del régimen general de liquidación de una sociedad de capital.

Tras la entrada en vigor de la LMESM la operación ha ampliado notablemente su funcionalidad siendo investida del rango de modificación estructural, como una genuina y diferenciada operación de modificación estructural, con sus propios requisitos y procedimiento. Pero a partir de este momento, la extinción de la sociedad cedente ya no es algo esencial en la cesión global de activo y pasivo sino solo una posibilidad. Nuestra operación ya está desvinculada de los procesos de disolución y liquidación. Por ello la LMESM regula como una posibilidad el hecho de que la cesión global pueda ser utilizada dentro del proceso de extinción de la sociedad cedente y lo hace así en dos supuestos distinguidos por la Ley que observamos a continuación.

### **1.1. Liquidación de sociedad mediante cesión global de activo y pasivo: artículo 81.2 LMESM**

La liquidación abreviada de la sociedad cedente era la única finalidad que entonces presidía la operación de cesión global antes de la publicación de la LMESM, regulada entonces concretamente, como hemos dicho (supra), en el art. 117.4 LSRL. De esta manera, y en todo caso, siempre se extinguía la sociedad cedente, no dándose otra opción por la derogada LSRL.

Actualmente la LMESM regula en el artículo 81.2 la posibilidad de una liquidación abreviada de la sociedad cedente, manteniendo así la misma finalidad que tenía entonces la operación cuando se reguló en el art. 117 LSRL. Solo que ahora se trata solamente de una posibilidad que nos ofrece la regulación legal de la operación de cesión global, no precisándose en todo caso que se llegue siempre a la extinción de la sociedad, como ya hemos señalado en varias ocasiones.

La finalidad del art. 81.2 LMESM es liquidatoria: ahora nos centramos en el supuesto de liquidar una sociedad mediante una cesión global y esa liquidación pretendida se lleva a cabo mediante la operación de cesión global de activo y pasivo: la contraprestación será recibida total y directamente por los socios de la sociedad cedente, y tendrá

como consecuencia que la sociedad quedará extinguida de forma automática sin que sea necesaria la apertura de un período de liquidación recibiendo cada socio la contraprestación conforme a las normas que rigen la cuota de liquidación<sup>410</sup>. La contraprestación la reciben directamente los socios de la sociedad cedente como cuota de liquidación: se trata de un precio que será la cantidad a repartir entre los socios en lo que sería el concepto de cuota de liquidación. Por lo tanto, a partir de esta modalidad se extingue la sociedad mercantil sin ningún procedimiento liquidatorio. Es preferible para los socios el poder transmitir la empresa mediante una cesión global que estar inmersos en un proceso de disolución y liquidación societario siempre que los cesionarios estén de acuerdo con la procedencia de esta posibilidad que les ofrece la Ley.

Sin embargo, es susceptible de confusión o de errónea interpretación la expresión contenida en el apartado 2º del artículo 81 al referir que “(...) *en todo caso, la contraprestación que reciba cada socio deberá respetar las normas aplicables a la cuota de liquidación*”. Esto no significa que se vaya a abrir el período de liquidación de la sociedad sino que el legislador, de forma poco afortunada, trata de expresar el respeto que cada uno de los socios merecerá y que presidirá la recepción de cada una de las contraprestaciones a los socios correspondientes. Por lo tanto, en este supuesto que estudiamos ahora, la sociedad no se encuentra en período de liquidación; se utiliza el concepto de cuota de liquidación solamente para aclarar que se respetará el derecho que corresponda a cada socio y que merezca en base a las normas aplicables a la cuota de liquidación.

## **1.2. Sociedad en situación de liquidación societaria que realiza una cesión global de activo y pasivo: art. 83 LMESM**

Ahora, a diferencia del supuesto anterior, estudiamos la situación de una sociedad que se encuentra en un estado actual de liquidación societaria, pues aprobó previamente su acuerdo de disolución, pretendiendo la extinción de la sociedad y acuerda una operación de cesión global de activo y pasivo con una o varias personas físicas o jurídi-

---

<sup>410</sup> CONDE TEJÓN, A., en *La cesión global de activo y pasivo...*” *Op.cit.* pg. 183, entiende que “*la opción de exigir la extinción de la sociedad cedente es lógica si tenemos en cuenta que el legislador español contempla la cesión global de activo y pasivo exclusivamente desde la perspectiva de operación de liquidación*”.

cas, con la intención de poder obtener mejor cuota de liquidación para los socios. Precisamente esta vía es contemplada como una forma que facilita la liquidación de sociedades<sup>411</sup> realizándose una transmisión patrimonial a un tercero.

Hemos de destacar el hecho de que el artículo 83 LMESM se está refiriendo claramente a la liquidación societaria, no haciendo alusión alguna en su contenido al supuesto de una liquidación concursal (que veremos más adelante). Así lo distinguió en numerosas ocasiones y a lo largo de una dilatada obra, el profesor Beltrán Sánchez, que recaló en la problemática de la liquidación concursal y societaria y en el estudio de la liquidación de sociedades como una alternativa al concurso de acreedores, analizando las relaciones entre liquidación y concurso<sup>412</sup>.

A diferencia de la situación anterior, ahora la contraprestación es recibida por la sociedad y no por los socios directamente, como sucedía en el supuesto anterior. Por ello, en este caso, serán los liquidadores de la sociedad lo que tendrán que iniciar los trámites de la operación de cesión global contactando con el cesionario o cesionarios y llevar a cabo las fases procedimentales establecidas.

El artículo 83 LMESM reconoce el derecho de las sociedades en liquidación a “...ceder globalmente su activo y pasivo siempre que no hubiera comenzado la distribución de su patrimonio entre los socios”. Hasta ese momento, será factible la realización de la operación de modificación estructural, incluso si ésta se acometiera después de la aprobación del balance final de liquidación. Esta es la única limitación que se impone por Ley a esta modalidad de operación. Por lo tanto partimos de este presupuesto y al mismo tiempo de esta limitación: nos encontramos ante sociedades que se encuentran en estado de liquidación con la limitación arriba impuesta.

---

<sup>411</sup> MADRID PARRA, A., y ALVARADO HERRERA, L., “Fusión, escisión y cesión global de activo y pasivo. Traslado internacional del domicilio social”, cap.21, vol.3º Las sociedades mercantiles en *Derecho Mercantil* de Jiménez Sánchez, G.J. y Díaz Moreno, A (Coords), 2014.

<sup>412</sup> BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “La liquidación de la sociedad y el concurso de acreedores”, en ROJO y BELTRÁN (Dirs.), *Disolución y liquidación de sociedades mercantiles*, 2009.

En el mismo sentido, BELTRÁN SÁNCHEZ, E., en “Las modificaciones estructurales y el concurso de acreedores”, conferencia, en *Anales, Academia matritense del notariado*, tomo I, curso 2009/2010 en *El notario del siglo XXI*, nº 31.

También en la Presentación del VI Congreso Español de Derecho de la Insolvencia (CEDIN), que le rindió homenaje: “a la memoria de un ilustre mercantilista y destacado concursalista, el profesor Emilio Beltrán”, Valladolid, marzo 2014.

La contraprestación se destina a la sociedad disuelta para que la misma proceda después a realizar la distribución de la misma entre los socios durante un período más sencillo y abreviado de liquidación que facilita la realización de la misma. Es la llamada liquidación simplificada o cesión global liquidatoria que evita la totalidad de las operaciones propias del período liquidatorio abreviando el mismo. Por lo tanto en este supuesto sí tiene lugar la liquidación si bien la misma está sujeta a un régimen especial: es la sociedad cedente la que percibe la contraprestación y los socios deciden extinguir dicha sociedad mediante una cesión global encontrándose bajo el presupuesto de la situación de liquidación societaria.

Al adoptar la decisión de liquidación mediante la cesión global de activo y pasivo, la liquidación se reducirá debido a las ventajas que entraña la sucesión universal en la simplificación del procedimiento. En este caso nos encontramos ante la realización de una liquidación abreviada por la vía utilizada de la cesión global que al mismo tiempo se está realizando con una finalidad de reestructuración empresarial pues, en este supuesto, hay un cesionario al que se le transmite la empresa. La sociedad mercantil se liquida mediante la realización de una operación de cesión global de activo y pasivo con el efecto de sucesión universal que facilitará mucho el procedimiento y a partir de ahí se procede a la extinción de la sociedad, que siempre es un objetivo perseguido en la liquidación societaria.

Alonso Ureba habla en este sentido de la plurifuncionalidad<sup>413</sup> de la cesión global como una modalidad de reestructuración empresarial que puede insertarse dentro del proceso de liquidación de la sociedad cedente.

Según Sánchez Calero<sup>414</sup>, *“permite sustituir las tareas singulares de liquidación por un único acto de enajenación global de todo el patrimonio con carácter previo al reparto del haber social entre los socios”*. La cesión global, que en este caso como en el siguiente implica siempre la extinción de la sociedad cedente, supone una ventaja respecto a la liquidación tradicional de los elementos patrimoniales por separado porque es una operación procedimentalmente más sencilla, y porque el precio a obtener por la transmisión, en principio, debería ser superior a la venta separada de los elementos que

---

<sup>413</sup> ALONSO UREBA, A., en “Comentario al proyecto de ley sobre modificaciones estructurales...”, *Op.cit.* pg. 74.

<sup>414</sup> SÁNCHEZ CALERO, F., en “Principios...”, *Op.cit.* pg. 408, 2012.

constituyen la empresa. Debido a estos dos motivos fundamentales, los socios cedentes de una sociedad en estado de disolución prefieren transmitir la empresa mediante una cesión global antes que abrir el proceso tradicional de disolución y liquidación, mucho más complejo y peor retribuido, siempre que cuenten con cesionarios interesados en este tipo de operación. Y transmitir la totalidad del patrimonio durante el período de liquidación significa la cesión de la totalidad del activo (créditos) y pasivo (deudas) societarios que lo integran, sin la realización de las operaciones propias de una liquidación tradicional<sup>415</sup>, y teniendo como único objetivo la verificación y constatación del patrimonio resultante.

El legislador trata de mantener la empresa e impedir su extinción haciéndose eco, a través del final del artículo 83 LMESM, de un principio general que preside toda la regulación del derecho mercantil: la conservación de la empresa<sup>416</sup>, también aquí presente. Esto es así porque si ya se hubiera comenzado la distribución de su patrimonio entre los socios, tal como expresa el final del artículo, la empresa quedaría extinguida y no se podría proceder a la transmisión de la misma si se procediera a la liquidación individual de todos los bienes de la misma

Cuando se realiza una cesión global por una sociedad en liquidación a un solo cesionario, no se va a plantear ningún problema cuando se trate de hacer líquido ese patrimonio que va a ser objeto de cesión. Precisamente ese es el cometido de la operación de liquidación: convertir en líquido el patrimonio, para que a partir de ese momento se puedan satisfacer las deudas contraídas con los acreedores y, en segundo lugar y siempre que haya remanente, se entregue la cuota de liquidación correspondiente a cada socio. Es decir, nos estamos refiriendo al hecho de que la LMESM no exige cuando la transmisión se realiza a un solo cesionario que el patrimonio que se cede esté formado por unidades económicas. Sin embargo, será mucho más complicado el poder realizar la actividad de liquidación cuando se trate de una cesión global plural, en la que hay varios cesionarios y según se desprende del artículo 82 cada parte de ese patrimonio ha de constituir una unidad económica. Este extremo contradice frontalmente el contenido de

---

<sup>415</sup> Cuando se lleva a cabo la cesión global a modo de operación de liquidación simplificada, se evita, por ejemplo, la realización de operaciones que estén pendientes con terceros acreedores.

<sup>416</sup> RUBIO, J., trata este principio general de derecho mercantil y su justificación en "El principio de la conservación de la empresa y la disolución de sociedades mercantiles en derecho español" en *RDP*, T. XXII, enero-diciembre, pgs. 288-306.

la operación de liquidación en el que se tendrán que convertir en líquidas las distintas unidades económicas que componen el mismo, pues esto forma parte del propio proceso liquidatorio.

El problema se plantea a nivel conceptual pues dependiendo del carácter más o menos abierto del contenido de las operaciones de liquidación, se podrán mantener o no dichas unidades económicas<sup>417</sup>.

El contenido del artículo 83 LMESM se mantiene completamente idéntico en el nuevo artículo 265-3 de la Propuesta de Código Mercantil.



---

<sup>417</sup> Esta cuestión es abordada por ANSÓN PEIRONCELY, R., en “Cesión global de activo y pasivo” en *La reestructuración empresarial...*, *Op.cit.* pg. 250. El autor establece que si la liquidación se reduce únicamente a las operaciones liquidatorias, paralizándose en su totalidad cualquier otro tipo de actividad, entonces no pueden tener cabida las unidades económicas que deben cederse en el supuesto de que hayan varios cesionarios. En cambio, la postura doctrinal mayoritaria (GIRÓN, URÍA) estima que durante la liquidación la sociedad puede seguir realizando su objeto social, continuando con sus actividades para tratar de mejorar la cuota de liquidación, por lo que sería factible en atención a esta actividad empresarial, poder mantener ciertas unidades económicas.





## **Capítulo 2:**

### **La cesión global de activo y pasivo en el entorno del concurso de acreedores**

#### **I**

#### **MODIFICACIONES ESTRUCTURALES DE SOCIEDADES Y CONCURSO DE ACREEDORES**

Procedo ahora al estudio de la operación de cesión global en un nuevo escenario: ante una situación concursal. De ello ya se infiere que vamos a sumar al estudio de las modificaciones estructurales, el análisis del procedimiento concursal en la medida en que la cesión global se puede realizar durante el desarrollo de un concurso de acreedores pudiendo constituir la solución al mismo. Por lo tanto se van a interrelacionar en este contexto dos procedimientos legislativos diferenciados en sus respectivas leyes: LMESM y la Ley 22/2003 de 9 de julio, Ley Concursal<sup>418</sup> (LC) que persiguen distintos objetivos. Ya sabemos las pretensiones de la LMESM en cuanto a la reestructuración empresarial posibilitando operaciones que afectan a la estructura patrimonial de la empresa y que son concebidas como instrumentos de transmisión y adquisición de empresas o unidades productivas. En ellas, se transmite el activo y pasivo que conforma el patrimonio empresarial. Centrándonos en la cesión global, ésta supone la transmisión en bloque de todo el patrimonio por sucesión universal (art.81 LMESM), es decir, la transmisión del activo y pasivo patrimonial de una sociedad mercantil, que, en este

---

<sup>418</sup> La Ley 38/2011, de 10 de octubre, reforma la Ley Concursal. De reciente publicación es el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal que supone la sexta modificación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, tras su entrada en vigor en fecha 1 de septiembre de 2004.

supuesto, es objeto de concurso y que debe ser entendida como una transmisión de bienes que merma la masa activa (activo empresarial) y deudas concursales (pasivo) que conforman la masa pasiva del concurso<sup>419</sup>

En cambio, el concurso de acreedores tiene una finalidad primordial solutoria: la satisfacción de los acreedores remediando la insolvencia patrimonial del deudor. La prioridad es el pago a los acreedores que deberá hacerse, cuando el patrimonio del deudor sea insuficiente, de acuerdo con los criterios y orden establecidos por la LC. Por ello, la conservación de la empresa no es un fin sino un medio para hacer posible la generación de rentas con que pagar los créditos<sup>420</sup> Es coincidente el “interés del concurso” con la función que debe cumplir todo concurso, que se concreta en la satisfacción de los créditos de los acreedores de la forma más eficiente posible. Declarado el concurso, se paralizan las acciones individuales de los acreedores que quedan constituidos como masa de acreedores o masa pasiva del concurso e igualmente se constituye la masa activa formada por los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor en el momento de la declaración del concurso y por todos aquellos que se puedan reintegrar en el mismo hasta que finalice el procedimiento. De entrada, el principio de conservación y administración de la masa activa impone hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la fase de liquidación, la indisponibilidad de los bienes y derechos que la integran. A partir de este punto observamos que entre la modificación estructural y el concurso podrían generarse ciertas fricciones porque no coinciden plenamente en el aspecto referente a la transmisión de los activos patrimoniales, que deben quedar totalmente inamovibles por interés del concurso tal y como establece el artículo 43.2 LC. Mientras, la modificación estructural tratará de conservar la empresa ante todo.

Sin embargo, y también en interés del propio concurso y para poder dar solución al mismo, resultará útil que dicha empresa sea conservada, que se encuentre en funcionamiento, para poder realizar una transmisión más eficaz de la misma cuando una cesión global de activo y pasivo sea la vía propuesta para la solución del concurso. De esta manera quedan entrelazados ambos objetivos que en este contexto van a ser coinciden-

---

<sup>419</sup> BELTRÁN. E., en “Las modificaciones estructurales y concurso de acreedores, *Op.cit.*, pg.171.

<sup>420</sup> CABANAS TREJO, R. y BONARDELL LENZANO, R., en “Modificaciones estructurales en el concurso de acreedores”, *RCP*, nº 18, 2013, pg. 93.

tes en todo caso ante una situación de insolvencia. González Navarro<sup>421</sup> argumenta las diferentes funciones que cumplen los concursos de acreedores y las modificaciones societarias estructurales. Evidentemente, estas últimas no están destinadas a lograr la satisfacción de los derechos de créditos concurrentes sobre la sociedad deudora, pero pueden servir de eficaz instrumento para lograrlo y al tiempo garantizar que uno de los principales fines del concurso, que es garantizar la continuidad de la actividad de la empresa, se haga realidad. Los diferentes momentos del concurso habrán de coordinarse con el paralelo despliegue de las fases sucesivas que se desarrollan en toda modificación estructural y en este sentido no somos partidarios de que los objetivos propios del concurso de acreedores acaben siendo arruinados por la interferencia de una operación societaria como la cesión global de activo y pasivo por lo que en cada uno de esos momentos concursales deberemos reflexionar y valorar la posibilidad de realización de la operación de modificación estructural<sup>422</sup>.

Ambos objetivos: la satisfacción de los acreedores y la conservación de la empresa son pretendidos no solo por la legislación concursal española sino que conforman las pretensiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNDMI) en su Guía Legislativa sobre el régimen de la insolvencia<sup>423</sup>, que en sus dos primeras partes, aprobadas el 25 de junio de 2004, fija ambos como definitorios de la función que debe cumplir el concurso de acreedores. Los objetivos fundamentales de un régimen de insolvencia que pretende ser eficaz y eficiente, son, a partir de las Recomendaciones efectuadas por la CNDMI, aglutinadores de ambos.

Beltrán<sup>424</sup> explica que modificaciones estructurales y concurso de acreedores son instituciones autónomas y compatibles. Las relaciones entre el concurso de acreedores de una sociedad insolvente y la modificación estructural en la que pueda participar la propia sociedad solo puede afrontarse partiendo de la función que cumplen las dos insti-

---

<sup>421</sup> GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., en “La rescisión de las modificaciones estructurales societarias”, en *La reintegración de la masa*, Congreso de Antequera, IV Congreso español de Derecho de la Insolvencia, VII Congreso de Derecho Mercantil y Concursal de Andalucía, 19-21 abril de 2012, BELTRÁN. E. y SANJUAN.E., (direct.).

<sup>422</sup> En este sentido, CABANAS TREJO, R. y BONARDELL LENZANO, R. *Op.cit.*, pg. 94

<sup>423</sup> La Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia está compuesta por cuatro partes. La tercera parte fue publicada en 2010 y la cuarta parte en 2013. Se encuentra disponible en <http://www.uncitral.org>.

<sup>424</sup> BELTRÁN. E., en “Modificaciones estructurales y concurso de acreedores”, en *El notario del siglo XXI*, n° 31, pg.140.

tuciones: el concurso es el instrumento legislativamente previsto para la satisfacción -lo más eficiente y equitativa posible- de los acreedores de un deudor insolvente, a través del medio que resulte más adecuado, mientras que la modificación estructural es una técnica jurídica para favorecer la transmisión y la adquisición de empresas y la constitución, modificación y extinción de sociedades. En el mismo sentido se manifiesta Fernández Seijó<sup>425</sup> argumentando que, pese a la distancia que el legislador ha fijado entre la LMESM y la LC, “...son textos legales que están llamados a encajarse y a convivir con armonía dado que una sociedad en concurso puede acudir a las modificaciones estructurales como un instrumento eficaz bien para superar las situaciones de insolvencia, si se abordan las modificaciones en la fase común, o bien como elemento definidor de un convenio con los acreedores”. No coincido con el autor en su opinión sobre la inconveniencia de la realización de las modificaciones estructurales en la fase de liquidación concursal. Según Fernández Seijó, en los procedimientos concursales abocados a la liquidación no parece en principio útil acudir a estas figuras en la medida en la que los requisitos formales de la liquidación concursal-arts. 142 y siguientes-, como los efectos de la liquidación hacen más atractivos los mecanismos concursales de transmisión de activos a terceros que no los de la LMESM. Desde nuestro parecer, un plan de liquidación concursal acometido mediante la cesión en bloque del patrimonio con el efecto de sucesión universal<sup>426</sup>, puede resultar favorable para la sociedad si bien, será necesario para ello que el valor del patrimonio neto de la sociedad no sea negativo, algo muy improbable en esta fase del procedimiento concursal y que dificultará la realización de la modificación estructural.

La LMESM realiza una única referencia a las sociedades declaradas en concurso de acreedores en el art. 93.2, en sede del traslado internacional del domicilio social refiriendo que no podrán trasladar el domicilio al extranjero las sociedades que se encuentren en concurso de acreedores. La prohibición adquiere su sentido a la hora de evitar una posible conexión con otro ordenamiento que pudiera resultar más ventajoso, se trata

---

<sup>425</sup> FERNÁNDEZ SEIJÓ, J.M., “Los posibles escenarios concursales de la Ley de Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, en [www.elderecho.com](http://www.elderecho.com), 2010.

<sup>426</sup> La LC se muestra a favor de la enajenación de la completa unidad productiva en vez de la enajenación aislada de sus elementos (arts. 148.1 y 149.1 LC).

del llamado “fórum shopping”<sup>427</sup>. En cambio, si se refieren disposiciones en materia de liquidación, p.e. el art. 83 LMESM, en sede de cesión global. Por su parte, la LC refiere las modificaciones estructurales también de forma escasa admitiendo, tras las últimas reformas efectuadas, su realización en dos momentos concretos del desarrollo del concurso, es decir, sumida la sociedad mercantil en situación de concurso de acreedores en los que la cesión global se plantea como una solución al concurso: el primero refiere la posibilidad recientemente incorporada por la Ley 38/2011 de que una modificación estructural pueda acometerse ya en la fase común del concurso (art. 43.3 LC). En segundo término, la LC admite que la misma modificación estructural pueda ser el contenido de un convenio concursal (art. 100.3LC).

También debemos añadir dos situaciones factibles: en un primer supuesto la realización de una modificación estructural que pueda evitar la apertura del procedimiento concursal (aun en la fase pre-concursal) con una finalidad preventiva del concurso, y, en otro supuesto, se puede producir otra situación relativa a la posibilidad de que una sociedad, que se encontrara realizando una modificación estructural, fuera declarada en concurso de acreedores (arts. 1 y 5 LC).

Otro extremo más que debemos “volcar” en este nuevo escenario es la posición que puede ocupar la sociedad concursada ya que puede desempeñar el papel de sociedad cedente o transmitente de la cesión global o bien puede ser la sociedad cesionaria y ahora incluso, en ambos supuestos, desde la fase común del concurso, como ha dispuesto la reforma legislativa del pasado 2011 (Ley 38/2011), que, como novedad, ya autoriza la realización de las operaciones de modificación estructural en esta fase procedimental. El estudio que a posteriori se realiza se centra sobre todo en la sociedad concursada como transmitente de la operación de cesión global de activo y pasivo.

De esta forma vamos a proceder al estudio de la cesión global en un nuevo escenario: el concursal, analizando la problemática que plantea esta operación societaria cuando la misma trata de ser la solución a una situación de insolvencia, fundamental-

---

<sup>427</sup> [www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu): “Forum shopping” o búsqueda del órgano jurisdiccional más ventajoso. El “forum shopping” es un concepto propio del Derecho internacional privado. La persona que toma la iniciativa de una acción judicial puede verse tentada a elegir el tribunal en función de la ley que éste aplicará. La persona que inicia la acción puede verse tentada a elegir un foro no porque sea el más adecuado para conocer del litigio, sino porque las normas sobre conflictos de leyes que este tribunal utilizará llevarán a la aplicación de la ley que más le convenga.

mente en el contexto del convenio y la liquidación concursal. Es aquí cuando se habrán de resolver e integrar las interferencias que se produzcan entre ambos procedimientos: societario y concursal. No existe ninguna norma que articule las conexiones entre el proceso societario y el proceso concursal ni que pueda solucionar las colisiones que se producen entre ambos, por lo que deberemos acudir a la interpretación cuando estos hechos se produzcan. Pero no debemos dudar que desde la apertura del procedimiento concursal, la modificación estructural tendrá que someterse a una nueva legislación: la legislación concursal. La falta de conexión entre ambos procedimientos tiene lugar fundamentalmente en el ámbito de la tutela de los acreedores que se articula en la LMESM, como sabemos, a través del derecho de oposición de los acreedores (art. 88LMESM) y de la responsabilidad solidaria de todas las sociedades que participen en la operación y que no se hubieran extinguido como consecuencia de la cesión global. Esta tutela garantizada por la LMESM se suma a una situación concursal en la que el objetivo fundamental es la satisfacción del crédito de los acreedores lo cual puede originar una contradicción inicial de propósitos.

## II

### LA CESIÓN GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO EN SOCIEDADES EN SITUACIÓN PRECONCURSAL

En Derecho Concursal nacional y de nuestro entorno<sup>428</sup> se impone en los últimos años la tendencia a que las empresas en crisis utilicen mecanismos preventivos y desjudicializados para evitar la incoación del procedimiento judicial del concurso de acreedores. Las últimas iniciativas legislativas se muestran a favor del llamado: “*derecho de la prevención concursal*” que, mediante la utilización de unos mecanismos jurídicos y económicos de prevención de la crisis, pretende el diagnóstico oportuno de las dificul-

---

<sup>428</sup> La Insolvency Act de 1986 regula dos figuras de Derecho preconcursal en el Reino Unido: los Company Voluntary Arrangement (CVA) y los Individual Voluntary Arrangement (IVA). Los primeros sirven para pactar esperas y quitas, en cambio los segundos son para los trabajadores autónomos (self-employees). Por otra parte, los llamados Scheme of Arrangement (acuerdo de refinanciación en España) si que requieren la aprobación judicial.

tades empresariales con el objeto de evitar la insolvencia y la apertura del procedimiento concursal. La Recomendación de la Comisión Europea, de 12 de marzo de 2014, sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial<sup>429</sup> aboga por evitar la insolvencia y garantizar al deudor la continuación de sus actividades empresariales mediante un marco de reestructuración que permitiría a los deudores hacer frente a sus dificultades financieras en una etapa temprana impidiendo la insolvencia y garantizando la viabilidad de la actividad empresarial. Pulgar Ezquerro<sup>430</sup> justifica la “monitorización legislativa” de nuestro modelo por la comúnmente denominada Troika: (Banco Central Europeo (BCE), Fondo Monetario Internacional (FMI) y Comisión Europea (CE), que ha recomendado reformas legales y estructurales necesarias para afrontar la superación de la crisis económica.

Se examinará la conveniencia en la adopción de medidas para la superación de la crisis empresarial recurriendo bien a la reestructuración empresarial o a la realización de acuerdos de refinanciación o renegociación de las deudas con los distintos operadores implicados, tratando de alcanzar acuerdos convenientes para sanear las dificultades. Situados en un contexto pre-concursal, se proporcionarán herramientas a la sociedad mercantil que tenga dificultades económicas para que evite la apertura de un procedimiento concursal que es el que, casi de modo exclusivo, y a lo largo de muchos años, ha

---

<sup>429</sup> Recomendación de la Comisión Europea, de 12 de marzo de 2014, sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial, DOUE núm. 74, de 14 de marzo de 2014, páginas 65 a 70.

<sup>430</sup> PULGAR EZQUERRA, J., en “Ley 17/2014 de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-Ley 11/2014 de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas”, en *RDCP*, 2014 expone que la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014, sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial, coincidente en el tiempo con el RDL 4/2014 podría suponer un primer paso hacia la necesaria armonización de los Derechos concursales europeos. La Recomendación contiene las líneas básicas a las que los estados miembros deberían adaptar sus Derechos concursales hasta el 14 de marzo de 2015, sobre la base de un nuevo paradigma. De un lado, la Comisión recomienda la introducción y potenciación de mecanismos que ofrezcan una «segunda oportunidad» a empresarios personas físicas sometidos a concurso de acreedores, introducidos por primera vez en nuestro Derecho en virtud de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización, pero en un modo más formal que material, con importantes carencias, que nos alejan de la recomendación de la Comisión Europea, no habiendo sido ello, en un modo cuestionable, objeto de modificación en las últimas reformas aprobadas. Por otro lado, la autora refiere que La Comisión prima la reestructuración de empresas viables con dificultades financieras anteriores a la insolvencia, a través de soluciones negociadas y extrajudiciales de carácter preconcurso, aspecto éste en el que, como se analizará, sí se ha avanzado en las últimas reformas aprobadas.

tratado de solventar y dar solución a la insolvencia, sin demasiado éxito<sup>431</sup>. Actualmente es bienvenida por todos los operadores la llegada de una mayor flexibilización en las soluciones de crisis empresarial, hecha realidad a través de las últimas medidas legislativas adoptadas que apoyan las soluciones preconcursales en aras a evitar una excesiva judicialización de la insolvencia en España. Es en este estadio donde se concede una importancia significativa a la conservación de la empresa dada la situación de preinsolvencia en la que nos encontramos y en la que tratamos de evitar la apertura del procedimiento concursal en el que ya sabemos que el primer interés jurídico protegido será la satisfacción de los créditos de los acreedores.

Las reestructuraciones serán, en primer lugar, una herramienta fundamental, si bien, ya no observadas desde la vertiente societaria, sino desde la concursal. Tratarán de ampliar el contexto pre-concursal proporcionando herramientas a la sociedad mercantil que tenga dificultades económicas para que evite la apertura de un procedimiento concursal que es el que, casi de modo exclusivo, y a lo largo de muchos años, ha tratado de solventar y dar solución a la insolvencia, sin demasiado éxito. Las modificaciones estructurales aparecen en la fase pre-concursal como un instituto preventivo del concurso tendente a dar salida a una situación de insolvencia sin necesidad de apertura del procedimiento concursal. La sociedad mercantil que se encuentre en una situación de mera iliquidez puede tratar de evitar la apertura del procedimiento concursal mediante la realización de negociaciones con los acreedores constituidas por acuerdos extraconcursales que podrían consistir en una operación de cesión global. Precisamente la LC otorga al deudor un plazo para solicitar la apertura del concurso durante el cual podrá considerar la conveniencia de la realización de una cesión global de activo y pasivo con la intención de evitar el mismo. Esto se recoge en el art. 5.1 LC, según el cual el deudor no está obligado a solicitar la declaración de concurso de forma inmediata sino que dispondrá de dos meses para hacerlo desde que hubiese conocido o debido conocer su estado de insolvencia. Si durante este período se concluyera con éxito la operación,

---

<sup>431</sup> Con la llegada de la crisis económica, desde el año 2008, la dramática escalada de procedimientos concursales y la consiguiente saturación de los juzgados de lo mercantil, ha provocado la necesidad de continuas reformas de la legislación mercantil que se siguen sucediendo hasta hoy dejando constancia a los operadores jurídicos y económicos de la inoperancia del procedimiento concursal y de la conveniencia de modificar su articulado.



se dará por finalizada la situación de insolvencia del deudor y la cesión global habría cumplido con su función preventiva del concurso. La cesión global de activo y pasivo puede ser parte de un acuerdo con acreedores que evite la situación planteada en el art. 2 LC en la que al deudor ya le resulta imposible el cumplimiento regular de las obligaciones exigibles.

A partir de aquí, se pueden plantear dos situaciones distintas que abordamos a continuación:<sup>432</sup> puede suceder que, a pesar de la realización de una cesión global, la sociedad no consiga superar la situación de insolvencia o bien que esté desarrollando la operación de modificación estructural y se declare a la sociedad en concurso de acreedores durante el transcurso de la misma.

En el primer supuesto, nos encontramos ante una situación compleja en la que la LC brinda a la administración concursal dos vías para tratar de solventar la problemática originada: la administración concursal podrá impugnar la operación de cesión global realizada en base al art. 90 LMESM (remitido al art. 47 como ya vimos) y siempre por causas que vulneren las previsiones legales establecidas para la realización de la operación. La administración concursal también estará legitimada para la realización de la acción rescisoria concursal (se verá más adelante) establecida en el art. 71 LC siempre y cuando se cumplan los presupuestos para poder ejecutarla: indudablemente partimos de la realización de una cesión global dos años antes de la declaración del concurso y al mismo tiempo es necesario que ésta haya causado un perjuicio a la masa que se plasmará en la ausencia de equilibrio entre las contraprestaciones efectuadas en las que la sociedad objeto de concurso muestra un claro perjuicio patrimonial. Este supuesto se plantea únicamente en los supuestos de cesión global en que la contraprestación hubiera sido recibida por la propia sociedad y no por los socios (también se admite el otro supuesto: que sea la sociedad objeto de concurso la cesionaria, y no la cedente).

En el otro supuesto en el que aún no ha concluido la cesión global iniciada antes de la declaración de concurso, continuará la tramitación de la misma sumándose al procedimiento concursal iniciado quedando bien delimitadas las responsabilidades de la

---

<sup>432</sup> Dichas posibilidades son también consideradas por BELTRÁN SÁNCHEZ, E., en “Las modificaciones estructurales y el concurso de acreedores...” *Op.cit.* pág. 141, curso 2009/2010 y por GUTIERREZ GILSANZ, A., en “Cesión global de activo y pasivo y concurso de acreedores”, en *RDCP*, nº14, pg. 4.

administración concursal, que intervendrá o sustituirá a la sociedad objeto de concurso dependiendo de cómo haya quedado limitada en el ejercicio de sus facultades. En esta segunda situación también podría plantearse por parte del cesionario resolver la modificación estructural debido a la declaración del concurso de acreedores de la sociedad cedente siempre y cuando el juez autorice su resolución. Sin embargo, en virtud del art. 62.3 LC, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento de la cesión global a pesar de que exista esa causa de resolución.

En segundo término, destacamos la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial<sup>433</sup>, tiene como finalidad, en el período pre-concursal del deudor, la introducción de medidas que permitan el saneamiento de aquellas empresas que, aun teniendo capacidad de generar beneficios en su negocio ordinario, se hayan tornado inviables desde el punto de vista financiero. La reforma se centra, atendiendo a la Exposición de Motivos, en una mejora del marco legal pre-concursal sobre los acuerdos de refinanciación con el objeto de sanear las empresas en dificultades desde el punto de vista financiero, por medio de acuerdos entre el deudor y sus acreedores. Dichos acuerdos pretenden la maximización del valor de los activos evitando el concurso de la entidad y la reducción o aplazamiento de los pasivos<sup>434</sup>.

Uno de los inconvenientes por los que acreedores y deudor concursal desestimaban la realización de dichos acuerdos preconcursales residía en la existencia de su alto riesgo de rescindibilidad, algo superado en esta reciente reforma de 2014, siempre que se cumplan los requisitos previstos por la Ley. Dichos requisitos se relacionan en el

---

<sup>433</sup> La Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, convalida el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, sobre medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración si bien introduce alguna novedad en materia de administradores concursales. Puede resultar llamativo que se esté legislando la reforma concursal vía Real Decreto-Ley, pero ello es debido al contexto actual de crisis económica que provoca la necesaria y urgente adaptación de nuestros institutos preconcursales lo cual supone una merma pues se evita el debate correspondiente al trámite parlamentario necesario en cualquier reforma.

<sup>434</sup> También en esta línea, la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, abordó una serie de medidas destinadas a beneficiar a todo tipo de empresas mediante la introducción de un previo acuerdo extrajudicial de pagos de deudas de empresarios, ya fueran personas físicas o jurídicas.

artículo 71 bis LC y su cumplimiento conlleva que el acuerdo de refinanciación sea irrevocable.

La renegociación de las deudas empresariales con los diversos operadores implicados (Hacienda Pública, Seguridad social, proveedores, entidades de crédito...) es otra vía fundamental, junto a la reestructuración, para poder salvar a una empresa de la insolvencia. Se pretende superar las dificultades económico-financieras que tienen muchas sociedades actualmente por medio de la refinanciación<sup>435</sup>, gracias a la cual la empresa podrá continuar en funcionamiento beneficiando así los intereses de todas las partes intervinientes en el mercado.

Las modificaciones estructurales, concretamente la cesión global, podrían ser parte de un acuerdo de refinanciación<sup>436</sup> y constituir así el contenido de una negociación extrajudicial que evitara la apertura del concurso de una sociedad mercantil<sup>437</sup>.

Pérez Troya<sup>438</sup> aclara que una cesión global de activo y pasivo no supone *necesariamente* una refinanciación pero ésta puede formar parte de un acuerdo de refinanciación siendo incluso su contenido único. También, en sentido amplio, puede decirse que la realización de una cesión global puede causar el efecto de refinanciación por la sociedad mercantil deudora, produciendo como efecto una ampliación del crédito o una

---

<sup>435</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., en “Reflexiones sobre las soluciones preconcursales” en RDCP, núm. 16, 2012, pág. 121 aclara que las refinanciaciones son una modalidad de lo que más genéricamente se denomina reestructuraciones empresariales. Las reestructuraciones financieras atienden básicamente a estructurar el pasivo financiero y a corregir los desequilibrios financieros que se pueden producir en el desarrollo de una actividad.

<sup>436</sup> Se consideran acuerdos de refinanciación aquellos por los que el deudor adquiere una ampliación significativa del crédito disponible o la modificación de sus obligaciones, bien mediante la prórroga de su plazo de vencimiento, bien mediante el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquellas, y que responden, en todo caso, a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad del deudor en el corto y medio plazo. Así lo refiere RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A., en “El Derecho Preconcursal. Los acuerdos preconcursales con trascendencia concursal”, en *Derecho Mercantil*, vol. 10, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. Y DÍAZ MORENO, A., (coords.), 2014.

<sup>437</sup> GARCÍA VILLARUBIA, M., refiere en “Los acuerdos de refinanciación homologados y el riesgo de su rescisión, en El Derecho” en *RDM* nº 15, 2014, que *acciones rescisorias y acuerdos de refinanciación constituyen un binomio que viene siendo objeto de constante atención por todos los que de una u otra manera intervienen en las situaciones de crisis empresarial. Esa atención ha determinado que su regulación haya experimentado modificaciones en las distintas iniciativas legislativas promovidas en los últimos años para mejorar la normativa concursal.* ARANGUREN URRIZA, F.J. en “Modificaciones estructurales y concurso de acreedores”, *Op.cit.* pg.452 expone que *las modificaciones estructurales pueden ser el contenido de un acuerdo de refinanciación, pues por su propia naturaleza la modificación estructural afecta a los acreedores de las sociedades implicadas y puede tener una finalidad preventiva del concurso.*

<sup>438</sup> PÉREZ TROYA, A., en “Modificaciones estructurales”, en BELTRÁN Y GARCÍA CRUCES (direct.), en *Enciclopedia de Derecho Concursal*, tomo II, 2012, pgs. 2067-2093.

disminución de la deuda financiera de la empresa. Se añade a todo ello la importancia de la intervención notarial en la fase preconcursal de cualquier situación de insolvencia empresarial como determinante para que no pocas variables de estas negociaciones consigan eludir el concurso<sup>439</sup>.

En un entorno de crisis como el actual, que se ha llevado por delante miles de puestos de trabajo, no cabe duda de que la solución preferible a la situación antedicha no es un procedimiento concursal abocado a la liquidación, sino el saneamiento financiero y operativo de la empresa, de manera que ésta pueda seguir haciendo frente a sus compromisos en el tráfico económico –mediante reestructuración de deuda- y manteniendo los puestos de trabajo. Así, la Ley 17/2014, se centra principalmente en la aprobación de medidas destinadas a la mejora y ampliación del marco legal pre-concursal de los acuerdos de refinanciación en nuestro ordenamiento jurídico<sup>440</sup> flexibilizando el régimen de los convenios pre-concursales. El Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal abordará, en cambio, la extensión de esas cuestiones al contexto del convenio concursal<sup>441</sup>.

El art. 5 bis LC, que versa sobre la comunicación al juez del inicio de negociaciones para la realización de una modificación estructural -la cesión global p.e.-, ha sido recientemente reformado por La Ley 17/2014 permitiendo que la presentación de la comunicación al juez pueda suspender durante el plazo previsto para llevarla a cabo, las ejecuciones judiciales de bienes que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, al igual que ya posibilitaba, antes de la reforma, que no se diera curso a ninguna solicitud de declaración de concurso a instancia de los acreedores. De esta manera, se mejora la redacción que hizo del artículo la anterior reforma concursal, Ley 38/2011, que resultó muy escasa en este aspecto.

---

<sup>439</sup> El Consejo General del Notariado celebró en julio de 2012 el seminario sobre “Los acuerdos preconcursales de refinanciación” en el marco de los Cursos de Verano de El Escorial.

<sup>440</sup> CONDE FUENTES, J., “El Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo: refinanciación y reestructuración de deuda empresarial” en RDC, nº2 (abril-junio 2014), pgs.171 y 172.

<sup>441</sup> Actualmente se encuentra en tramitación el Proyecto de Ley de medidas urgentes en materia concursal (procedente del Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre). (121/000117). Presentado el 25/09/2014, calificado el 30/09/2014.

Dicha comunicación judicial no supone en ningún caso la judicialización del acuerdo de cesión global que pudiera ser adoptado, sino una protección añadida para los intervinientes en la operación.

Es necesario, como se deduce del actual art. 5 bis, que durante la negociación de una cesión global, quede inalterado el patrimonio de la sociedad mercantil deudora para poder posibilitar la conclusión de la misma. Además, es preferible la realización de una cesión global en un contexto preconcursal y asistida por una solvencia que, tras el inicio del concurso, se torna, la mayor parte de las ocasiones como inviable.

### III

#### LA CESIÓN GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO DE SOCIEDADES EN SITUACIÓN CONCURSAL

Ahora planteamos el supuesto de que una sociedad mercantil se encuentre en concurso de acreedores, ya sea por concurso voluntario o necesario, y en esa situación se plantee la realización de una operación de modificación estructural como es la cesión global de activo y pasivo. Dicha operación, en estas circunstancias, podrá realizarse, una vez declarada la sociedad en concurso, y tendrá dos cometidos distintos: conseguir un convenio con los acreedores a través de la misma o bien su finalidad será la de proceder a la liquidación de la sociedad objeto de concurso.

Será el deudor el que decidirá en que momento quiera acometer dicha modificación estructural para poder dar una solución al concurso a través de la misma: en el convenio (por medio de una propuesta anticipada o mediante el convenio ordinario) o ya en la fase de liquidación, cuya apertura podrá solicitar el deudor en cualquier momento (art. 142.1 LC). Si el convenio no llegara a buen fin, porque no se cumplieran las obligaciones que derivan de la realización de la operación de cesión global (art. 91 LMESM) o el mismo convenio resultara nulo, aun se posibilita el acceso a la fase de liquidación y la realización aquí de la operación de cesión global de activo y pasivo. Esto es algo absolutamente implantable, a sensu contrario, cuando la sociedad deu-

dora realiza la apertura de la fase de liquidación, pues ya no podrá volver y plantear un convenio con los acreedores.

En el caso de que la cesión global tenga lugar en la fase de liquidación de la sociedad, la liquidación concursal tratará exclusivamente de organizar de la mejor manera un patrimonio que siempre será insuficiente para poder satisfacer las deudas con sus acreedores. Así, mediante la utilización de la cesión global de activo y pasivo, se tratará de dar una solución al concurso que incremente el valor de los activos del deudor para poder satisfacer en mayor medida a los acreedores. Existe una realidad práctica que constata la realización de esta operación para dar salida al concurso, si bien no se utilizan en el ámbito concursal otro tipo de modificaciones estructurales como son la escisión o la fusión de difícil cabida por la necesaria transmisión de socios que suponen las mismas.

La realidad nos muestra que es más factible y supone una mejor solución el llevar a cabo por parte de la sociedad “*in bonis*”<sup>442</sup> una operación de modificación estructural antes del inicio del procedimiento concursal pues una vez que la sociedad sea declarada en concurso de acreedores, ésta se dificultará más en determinados aspectos. Inmersa ya la sociedad en el desarrollo del procedimiento concursal, será más difícil que ésta tenga un balance neto positivo y comenzarán a complicarse las situaciones que afectan a la misma pues, p.e. habrá nuevos acreedores (acreedores de la masa: aquellos a los que se destina la cesión global del patrimonio) que se antepondrán a acreedores sociales existentes anteriormente a la declaración del concurso, algo que no será de su agrado pues van a ver reducida su posibilidad de cobro. A este respecto será igualmente de aplicación el principio de comunidad de pérdidas que preside el desarrollo del concurso. Resultará entonces más oportuno y conveniente para la sociedad que, antes del inicio del concurso, cuando pudiera preverse un concurso inminente, sus administradores acometieran la operación de cesión global, pues así se evitarían esas desventajas relacionadas arriba<sup>443</sup>. Si bien, también es cierto que aquella cesión global de activo y

---

<sup>442</sup> *In Bonis*: expresión latina cuyo significado es dueño de sus bienes. Se dice del deudor que aun es dueño de sus bienes, por oposición a aquel que será privado de sus facultades de administración en la fase de liquidación, p.ej.

<sup>443</sup> En este sentido, ARANGUREN URRIZA, F. J., en “Modificaciones estructurales...” *Op.cit.* pg. 475, 2013, refiere que una operación de modificación estructural podrá provocar la responsabilidad societaria de los administradores de la sociedad solvente e incluso la de los administradores de la socie-

pasivo que se acometa una vez iniciado el procedimiento concursal, también presentará determinadas ventajas nada desestimables entre las que destaco el hecho de que habrá ya un control judicial del cumplimiento de un posible convenio cuyo contenido fuera dicha operación de cesión global de activo y pasivo, e igualmente cesaría el derecho de oposición de los acreedores de la sociedad pues, en el concurso, se vería sustituido por el principio de acuerdo mayoritario.

Un tercer supuesto distinto a contemplar sería aquel en el que una sociedad mercantil se hallara inmersa en el procedimiento de una cesión global y que, hallándose en cualquiera de sus fases, se planteara una situación concursal por cualquiera de las dos partes intervinientes: sociedad cedente o bien sus socios y cesionario. En este supuesto será de interés determinar en qué fase del procedimiento de cesión se encuentra la operación y si la declaración del concurso fue voluntario o necesario. Se trata en estos casos de establecer un régimen que tendrá que relacionar la LMESM con la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal y el conjunto de modificaciones legislativas posteriores que han procedido a su reforma como la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de Reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, y el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal y el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social<sup>444</sup>.

---

dad insolvente debido a que han afrontado demasiado tarde la reestructuración empresarial. Ésta debía haber sido iniciada antes de la declaración del concurso, en lo que supondría un ejercicio de administración diligente.

<sup>444</sup> Según el apartado I de la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, se introduce un mecanismo efectivo de segunda oportunidad para las personas físicas destinado a modular el rigor de la aplicación del artículo 1911 del CC. El mecanismo de segunda oportunidad diseñado por este real decreto-ley establece los controles y garantías necesarios para evitar insolvencias estratégicas o facilitar daciones en pago selectivas. Se trata de permitir que aquél que lo ha perdido todo por haber liquidado la totalidad de su patrimonio en beneficio de sus acreedores, pueda verse liberado de la mayor parte de las deudas pendientes tras la referida liquidación. Y se trata igualmente de cuantificar la mejora de fortuna que, eventualmente, permitirá revocar dicho beneficio por razones de justicia hacia los acreedores. Con ello se alcanza el debido equilibrio y la necesaria justicia que debe inspirar cualquier norma jurídica. Además de la regulación del mecanismo de segunda oportunidad este real Decreto-ley regula la mejora de ciertos institutos pre o paraconcursoales.

## **1. La cesión global de activo y pasivo en la fase común del concurso**

La fase común del concurso abarca las operaciones que han de desarrollarse en todo procedimiento concursal y que pretenden establecer las masas activa y pasiva del concurso. Para la consecución de este objetivo, solamente se podrán acometer acciones conservativas no siendo consideradas como tales, hasta la llegada de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de Reforma de la Ley Concursal, las operaciones de modificación estructural, entre ellas la cesión global de activo y pasivo, que quedaba relegada a la fase de la solución del concurso. Hasta la reforma de la Ley Concursal del año 2011, (y con ella de su art. 100LC), solo se admitía la realización de la cesión global y del resto de operaciones de modificación estructural a partir de la conclusión de la fase común del concurso. De hecho, en la fase común solo se podía acometer la realización de una cesión global en que la sociedad concursada fuera la cesionaria, pero no transmitente. Del mismo modo sucedía en el resto de operaciones reguladas en la LMESM. La cesión global, antes de la reforma solo podía realizarse como contenido de un convenio o ya en la fase de liquidación. Sin embargo, la Ley 38/2011<sup>445</sup> pretende, entre sus objetivos, favorecer la solución conservativa del concurso admitiendo la posibilidad de realizar modificaciones estructurales durante la fase común de éste. Ello queda reflejado en la modificación que sufre el artículo 43 LC en su apartado 3º, si bien ha de valorarse en su justo término. Dicho artículo, bajo el título “*Conservación y administración de la masa activa*” confirma que la posibilidad de realización de operaciones de modificación estructural constituirá en todo caso una excepción al régimen general de indisponibilidad y conservación de la masa activa según el cual la administración concursal, en el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa, atenderá a su conservación del modo más conveniente para los intereses del concurso, solicitando al juzgado el auxilio que estime necesario. Por ello y hasta la apertura de la fase de convenio o apertura de la liquidación, “...no se podrán enajenar o gravar los bienes y derechos que integran la masa activa sin autorización del juez” (art. 43.2 LC). En consonancia con el

---

<sup>445</sup> El Preámbulo de la Ley expone esta idea en el apartado V, refiriendo que *otro de los vectores de la reforma concursal es el que pretende favorecer la solución conservativa del concurso. Así se plasma en el reforzamiento de la posibilidad de realizar modificaciones estructurales durante el concurso de acreedores.*



art. 43.2 LC, se pronunciaba Beltrán Sánchez<sup>446</sup>, un año antes de la reforma de 2011 manifestando que la modificación estructural, en terminología concursal, “*implica enajenación de bienes y transmisión de deudas concursales, o lo que es igual, afecta necesariamente a la masa activa y a la masa pasiva*”. Y, precisamente, hay que recordar que el concurso de acreedores tiene como efectos fundamentales la formación de la masa activa (art. 76 LC), y la formación de la masa pasiva (arts. 49 y 84 LC).

Pues bien, como excepción a dicho principio establecido en el art. 43.2 LC, desde la reforma de 2011, la realización de la cesión global de activo y pasivo en la fase común del concurso podría encajarse en los tres supuestos que a modo de excepción aparecen detallados del apartado 3 del art. 43LC. Estos tres tipos de actos se ajustan a la función conservativa de las operaciones de modificación estructural en relación con el interés del concurso. De forma excepcional y en aras a esa función conservativa pretendida, no será necesaria una autorización judicial para realizar este tipo de actos de enajenación de bienes y derechos que integran la masa activa. Los administradores sociales promoverán dichos actos que serán evaluados y aprobados por la administración concursal sin ser necesaria la autorización del juez, al que solo se le comunica el acto realizado o la oferta que se haya recibido. En el primer supuesto (art. 43.3.1LC) parece factible poder realizar una cesión global pues su redacción refiere que la administración concursal podrá acometer actos de disposición de bienes necesarios para garantizar la viabilidad de la empresa y dicho plan de viabilidad es exigido para la realización de las modificaciones estructurales en el procedimiento concursal. Del art. 43.3.2 LC se extrae que los administradores podrán realizar actos de disposición de bienes, en este caso no necesarios para la continuidad de la actividad, cuando se obtenga una contraprestación que se considere adecuada. En el último supuesto (art. 43.3, 3º) también podría encajar la realización de una cesión global de activo y pasivo pues refiere actos de disposición inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor. Son todos ellos supuestos excepcionales que, pretendiendo la conservación de la empresa, permiten la realización de modificaciones estructurales, en este caso, la realización de una cesión global de activo y pasivo en la fase común del concurso como soluciones

---

<sup>446</sup> BELTRÁN SÁNCHEZ, E., en “Las modificaciones estructurales y el concurso de acreedores”, conferencia, en *Anales...Op.cit.* pg. 125 y también en *El notario del siglo XXI, Op.cit.* pg. 87.

conservativas de la masa activa atendiendo del modo más conveniente al interés del concurso: al pago a los acreedores (art. 43.1. LC) siendo el mismo un principio informador de necesaria observancia tanto para el administrador concursal<sup>447</sup> como para la autoridad judicial. Estos tres tipos de actos de enajenación, en los que puede quedar subsumida una cesión global, son, a pesar de constituir excepciones de la indisponibilidad de bienes y derechos, compatibles con el interés del concurso, con la conservación y continuidad de la empresa, permitiendo su viabilidad. Por ello debemos entender que si se persigue favorecer la solución conservativa del concurso a través de la realización de una cesión global, la ejecución de la misma, en aras al interés del concurso, nunca podrá perjudicar el mismo, de lo contrario no se admitiría su realización.

Del mismo modo sucederá con los acreedores de la sociedad concursada, que no podrán oponerse a la realización de la cesión global como sucedía en el ámbito societario, pues ahora cambian los presupuestos y nos hallamos ante una sociedad que ya ha sido declarada en concurso y que tratará únicamente de satisfacer los distintos créditos de los acreedores a partir de un orden establecido en la LC y en base a la comunidad de pérdidas. Ya no se trata, como en el ámbito societario, de garantizar determinados créditos que no estaban suficientemente garantizados y que se tutelaban mediante el derecho de oposición de los acreedores. Ahora, esto ya no tiene ningún sentido en el ámbito de la LC una vez que se han modificado las bases que lo sustentaban.

Desarrollándose la operación de cesión global en la fase común del concurso, será preceptiva, según el art. 48.3LC, la intervención de la administración concursal, a quien corresponderá autorizar o confirmar los actos de administración y disposición que realicen los administradores societarios. Por esta razón, tendrán que estar presentes en el otorgamiento de escritura pública de la modificación estructural autorizando su inscripción en el Registro Mercantil. Si finaliza satisfactoriamente el procedimiento, se habrá concluido el concurso de acreedores por el cumplimiento de una de las causas de conclusión del concurso referida en el art. 176.1.4º LC, según la cual cuando se comprobara el pago o la consignación de la totalidad de los créditos reconocidos o la íntegra satisfacción de los acreedores, o bien que ya no existe la situación de insolvencia, se dará

---

<sup>447</sup> Desde la reforma de 2011 se concibe la administración concursal como un órgano unipersonal de modo que estará integrada por un único miembro, a pesar de que dicho órgano fue concebido inicialmente como colegiado.

por concluido el concurso, en cualquier estado del procedimiento. De esta manera, como consecuencia de la realización de una cesión global en esta fase común del concurso, en la sociedad concursada puede producirse una solvencia sobrevenida que será causa de conclusión del concurso sin necesidad de una aprobación judicial del convenio o apertura de la fase de liquidación.

Concluimos pues que es absolutamente positivo el avance producido en la cultura concursal desde la reforma producida por la Ley 38/2011 anticipando a la fase común del concurso, mediante la utilización de modificaciones estructurales: operación de cesión global de activo y pasivo, el cumplimiento de funciones que presiden el Derecho mercantil moderno: la solución del concurso y la conservación de la empresa

## **2. Las soluciones dadas al concurso mediante el recurso a la cesión global de activo y pasivo**

Tras la fase común del concurso, iniciamos el desarrollo de las soluciones que se pueden dar al concurso que son fundamentalmente dos: el convenio y la liquidación concursal. La operación de cesión global de activo y pasivo se incorpora pues a ambas soluciones constituyendo el contenido de las mismas. Empezamos con el estudio del convenio pues por medio de éste, el legislador ofrece al deudor la posibilidad de terminar el concurso sin necesidad de ejecutar su masa activa. Ello se logrará mediante un acuerdo entre el deudor y sus acreedores por medio de un procedimiento establecido en la LC que necesita de la autorización del juez del concurso para poder adquirir plena eficacia jurídica. Sin embargo, el convenio de masa no necesita la unanimidad de todos los acreedores sino solo del voto de la mayoría de ellos. Ese es precisamente el significado de un convenio de masa: el consentimiento de la mayoría de los acreedores vinculará a la totalidad de los mismos. La Exposición de Motivos de la Ley pretende que el convenio sea la “solución normal” del concurso a pesar de que la práctica mercantil revela que la solución que se da a la gran mayoría de los concursos es la ejecución del patrimonio del deudor debido sobre todo a que la empresa no puede “salir a flote” o

bien por un posible incumplimiento de ese convenio que conducirá indefectiblemente a la liquidación y ejecución del patrimonio del deudor.

La solución del convenio siempre es conveniente para la sociedad pues aporta beneficios para las partes intervinientes en el mismo: a los acreedores les aporta mayor seguridad en el cobro de sus créditos, aunque les establezca una quita o espera en los mismos (art. 100.1 LC)<sup>448</sup>. De este modo, conseguirán cobrar sus créditos con mayor seguridad que en el caso en que se abriera la liquidación con la consiguiente ejecución del escaso patrimonio. El deudor, por su parte, puede continuar desarrollando su actividad empresarial, obtener beneficios y así posibilitar el pago de sus acreedores y evitar también la liquidación y ejecución de su empresa.

En definitiva, todo el procedimiento concursal no tiene otro objeto que pagar a los acreedores mediante la cesión global de activo y pasivo, en el supuesto que estudiamos, ya sea a través de un convenio con dicho contenido o bien con la liquidación del activo.

## **2.1. La cesión global de activo y pasivo como contenido de una propuesta anticipada de convenio**

Analicemos ahora el supuesto en el que la operación de cesión global va a pretender una finalidad conservativa consiguiendo un convenio con los acreedores, concretamente mediante una propuesta anticipada de convenio. La tramitación anticipada del convenio es una posibilidad admitida por el art. 5 bis LC según el cual *“el deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio en los términos previstos en esta Ley”*. *“Esta comunicación podrá formularse en cualquier momento antes del vencimiento del plazo establecido en el artículo 5”* (dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia) y la legitimación corresponde únicamente al deudor que podrá plantear la propuesta en la misma

---

<sup>448</sup> El artículo 100.1 LC establece que la propuesta de convenio deberá contener proposiciones de quita o de espera, pudiendo acumular ambas. Los apartados 1, 2 y 3 del artículo 100 han sido objeto de nueva redacción por el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal.

solicitud del concurso voluntario (art. 106.2 LC) o en la declaración judicial del concurso necesario. El art. 105 LC establece unas prohibiciones a determinados deudores impidiéndoles la presentación de la propuesta anticipada de convenio (haber sido condenado en sentencia firme por delito contra el patrimonio, haber incumplido en alguno de los tres últimos ejercicios la obligación del depósito de las cuentas anuales) con el único objeto de no poner en riesgo las garantías de los acreedores en la realización, en este caso, de la cesión global. La misma podrá ser propuesta por deudores que se encuentren en estas circunstancias pero ya en fase de convenio (pero no de modo anticipado).

La propuesta anticipada de convenio que presente el deudor ante el juez revela que la modificación estructural propuesta, en este caso la cesión global de activo y pasivo, se encuentra ya en su fase de proyecto y la operación de cesión global que propone el deudor como contenido del convenio se plantea pues como una salida frente al concurso ya que en estos momentos el valor del patrimonio es positivo. Para la admisión a trámite por el juez de una propuesta anticipada de convenio, es necesario que el deudor la presente acompañada de adhesiones de acreedores de cualquier clase y siempre que sus créditos superen la quinta parte del pasivo presentado por el deudor. En cambio cuando la propuesta de la cesión global se presente con la propia solicitud de concurso voluntario, será suficiente que las adhesiones alcancen la décima parte del mismo pasivo. Debemos diferenciar el modo de aprobar una propuesta anticipada de convenio de masa, que necesitará de esas determinadas adhesiones de los acreedores<sup>449</sup> y no del sometimiento de los acreedores a un régimen de mayorías necesario en la celebración de una junta general (supuesto de aprobación del convenio cuando se tramita propiamente ya en la fase de convenio).

Una vez que se den todas las condiciones necesarias, el juez resolverá sobre la admisión a trámite de la propuesta mediante auto motivado (art. 106 LC) y se dará tras-

---

<sup>449</sup> En este sentido, BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F. en “Los presupuestos del concurso, declaración y órganos”, en *Manual de Derecho Mercantil*, vol. II, Op. cit. pg. 589, refieren que es posible que el procedimiento concursal se desarrolle en su integridad sin que la junta de acreedores se llegue a constituir, si una propuesta anticipada de convenio recibiera las suficientes adhesiones escritas para ser aprobada, sistema permitido por la LC que refiere la Exposición de Motivos, sub IV, simplificando de este modo la estructura orgánica del concurso ya que el legislador considera que solo el juez y la administración concursal constituyen órganos necesarios en el procedimiento, detallando que la junta de acreedores únicamente habrá de constituirse en la fase de convenio cuando no se haya aprobado por el sistema de adhesiones escritas una propuesta anticipada.

lado a la administración concursal para que proceda a su evaluación. Pues bien, para poder dar cumplimiento al convenio, se prevé contar con los recursos que genera la continuación de la actividad empresarial por lo que es necesario que en este supuesto, la propuesta de convenio contenga un plan de viabilidad en el que se especifiquen los recursos necesarios, los medios y las condiciones de su obtención (art. 100.5 LC). Igualmente, en la propuesta también deberá figurar el plan de pagos previsto.

Todo ello será valorado por la administración concursal que podrá evaluarlo favorablemente, en cuyo caso se unirá al informe de la administración concursal. Si no fuera así: si la evaluación sobre la realización de la cesión global fuera desfavorable o contuviere reservas, se presentará en el más breve plazo al juez, quien podrá dejar sin efecto la admisión a trámite de la propuesta anticipada (art. 107.2 LC).

Para la aprobación judicial del convenio por el juez, se sigue el sistema de las adhesiones necesarias, de modo que cuando el juez verifique que ha recibido las necesarias (por posibles revocaciones) y una vez concluido el plazo de presentación de impugnaciones, se procederá a la aprobación judicial del convenio mediante sentencia. De esta manera, la cesión global dará satisfacción al conjunto de acreedores procediendo a la satisfacción de sus créditos por medio del activo empresarial transmitido. El efecto de sucesión universal, que preside la cesión global como modificación estructural, facilitará el cobro de los distintos créditos.

Si no se aprobara judicialmente la propuesta de convenio, el juez abrirá la fase de convenio o de liquidación dependiendo de que el deudor opte por mantener esa propuesta de anticipada de convenio para su sometimiento a la junta de acreedores o bien desee solicitar la liquidación (arts. 109 y 110 LC).

## **2.2. La cesión global de activo y pasivo como contenido del convenio concursal ordinario**

A partir de aquí, tras el estudio de la fase común del concurso, referimos como se articula la cesión global de activo y pasivo como medio de solución del concurso, tanto en la fase de convenio como ya en la liquidación concursal.

## 2.2.1. POSIBILIDAD DE QUE EL CONTENIDO DEL CONVENIO DE LA SOCIEDAD MERCANTIL CONCURSADA CON LOS ACREEDORES SEA UNA OPERACIÓN DE CESIÓN GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO

Debemos recordar que en el Derecho español, la finalidad esencial del concurso es la satisfacción de los acreedores del deudor insolvente. La Ley permite que esa finalidad se realice a través de dos soluciones, el convenio y la liquidación, para cuya respectiva tramitación se articulan específicas fases en el procedimiento. Aunque en la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, el legislador manifestó su preferencia por la solución convenida, que la normativa trata de fomentar, la liquidación sin embargo se ha impuesto en la práctica como la solución “normal” del concurso<sup>450</sup>.

Una vez finalizada la fase común de concurso, puede que la sociedad opte por la propuesta de convenio establecida en los arts. 99 y siguientes LC. Dada esta situación, nos planteamos si el contenido del convenio de la sociedad mercantil concursada con los acreedores concursales podría consistir en una operación de cesión global para poder lograr así la continuidad de la empresa.

Actualmente<sup>451</sup> esta posibilidad es aceptada a tenor de lo establecido en el artículo 100.3LC modificado en dos ocasiones: recientemente por el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal<sup>452</sup> y anterior-

---

<sup>450</sup> VI Congreso Español de Derecho de la Insolvencia (CEDIN), In Memoriam Profesor Emilio Beltrán, “La Liquidación concursal”, 6 a 8 de marzo 2014, facultad de Derecho de Valladolid.

<sup>451</sup> Antes de la reforma del precepto por la Ley 38/2011 de 10 de octubre, determinados autores como PULGAR EZQUERRA, J. en “Modificaciones estructurales de sociedades en liquidación y en situación concursal”, en AA.VV., “*Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*”, pg. 739, 2009 y LARGO GIL, R. en “El convenio concursal mediante la modificación estructural de la sociedad concursada” en RCP nº 9, pg. 96 (en este caso antes de la aprobación de la LMESM) ya consideraban que la cesión global podía preverse dentro del convenio de acreedores concursales.

<sup>452</sup> El Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal (BOE 6 de septiembre) completa la reforma introducida por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y ambos igualmente modifican la Ley 38/2011 de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio. El RD ley 11/2014, de 5 de septiembre extiende al propio convenio concursal y al período de liquidación las premisas establecidas por la Ley 17/2014 en materia de acuerdos de refinanciación en el pre-concurso. El Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, introduce modificaciones que tratarán de facilitar en la mayor medida posible la continuación de la actividad empresarial beneficiando así a la empresa, a sus empleados, acreedores y economía en general. Se refuerza el principio concursal del *favor conveni*, y se introducen medidas que para posibilitar la continuación de la actividad económica del concursado en sede de convenio.

PULGAR EZQUERRA, J., destaca en “Ley 17/2014 de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial...” *Op.cit.*, que “*lo que resulta paradójico es que, habiéndose optado por un modo expedito de legislar vía Reales Decretos-Ley, que desde el momento en que se*

mente por la Ley 38/2011, de 10 de octubre. Establece el aptdo. 3º del importante art. 100 LC que “*en ningún caso la propuesta de convenio podrá consistir en la liquidación global del patrimonio del concursado para satisfacción de sus deudas, ni en la alteración de la clasificación de créditos establecida por la ley, ni de la cuantía de los mismos fijada en el procedimiento, sin perjuicio de las quitas que pudieran acordarse y de la posibilidad de fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo de la persona jurídica concursada*”. Así pues, la LC admite expresamente la posibilidad de que el contenido del convenio de una sociedad concursada pueda ser una modificación estructural que tendrá el único cometido hacer efectivo el pago correspondiente a los acreedores. Normalmente el convenio incluirá junto a la propia modificación estructural: la cesión global de activo y pasivo, objeto de nuestro estudio, quitas o esperas, la cuales serán necesarias para que la operación de canje que se va a acometer tenga un resultado positivo.

El art. 101LC establece que “*la propuesta que someta la eficacia del convenio a cualquier clase de condición se tendrá por no presentada*”. Beltrán<sup>453</sup> aclara que “*en la mayoría de los casos una modificación estructural aun no consentida por los respectivos participantes, no constituirá una condición*”, es decir, no es un suceso futuro o incierto recogido por el art. 113.1 CC, de cuya concurrencia se haga depender el nacimiento de una obligación. La modificación estructural constituye en realidad el contenido mismo del convenio, no es ninguna condición impuesta al mismo, de modo que si no llegara a completarse porque no se aprueba en la junta o no se inscribe, se produciría el incumplimiento del convenio, lo cual es totalmente distinto al hecho de pensar que la modificación estructural es la condición impuesta al convenio<sup>454</sup>.

---

*convalidan entran en vigor y tienen fuerza de ley, lo que, de otro lado, tiene precedentes en el ámbito concursal en nuestro Derecho (RDL 5/2009 (LA LEY 7227/2009)) y también en el marco del Derecho comparado, al mismo tiempo se opte por tramitar como ley ordinaria dichos Reales Decretos-Ley. Aconteció en relación al RDL 4/2014 (LA LEY 3207/2014), cuya tramitación como ley ha concluido seis meses después de su convalidación y entrada en vigor y ha vuelto a acontecer ahora de nuevo en relación al RDL 11/2014, de 5 de septiembre (LA LEY 13852/2014), de medidas urgentes en materia concursal”*

<sup>453</sup> BELTRÁN SÁNCHEZ, E., en *Las modificaciones estructurales...*, op.cit. pgs.143-144.

<sup>454</sup> El auto del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid, de 23 de julio de 2008, no admitió a trámite la propuesta de convenio presentada por Fórum Filatélico S.A. en referencia a una escisión de la concursada. En el concurso de Fórum Filatélico el juez no admitió a trámite la propuesta entre otras cosas por entender que el hecho de que la operación tuviera que pasar por la junta, que podía o no aprobarla, era condicionar la propuesta. Sin embargo, en la mayoría de los casos tal cláusula no constituirá una condición en sentido técnico-jurídico.



Antes de la publicación de la Ley 38/2011 de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, la redacción del artículo 100 obviaba la referencia a la cesión global de activo y pasivo en su aptdo. 3º debido a que en el año 2003 todavía no había recibido la operación de cesión global el carácter autónomo que recibiría posteriormente como operación de modificación estructural en la LMESM del año 2009. La Ley concursal sólo se refería a la fusión y a la escisión. Por ello, ya no hay ninguna duda desde la reforma legislativa de 2011 de que la cesión global pueda constituir el contenido de una propuesta de un convenio con los acreedores concursales. De este modo, la Ley 38/2011 conseguirá armonizar la LMESM y la LC en este extremo, que hasta entonces no había referido la operación de cesión global de activo y pasivo.

El aptdo. 2 del art. 100 LC refiere la importancia que tiene para el legislador concursal el hecho de que se produzca la continuidad de la actividad empresarial cuando el contenido de las proposiciones de convenio verse sobre enajenaciones del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional. En este supuesto se incluirá necesariamente la asunción por el adquirente de *“la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a las que afecte (...)”*. La exigencia expresa que se extrae de este artículo en sede concursal no tiene realmente su reflejo en el ámbito de la LMESM, donde la operación de cesión global se regula sin hacer referencia expresa a las obligaciones que tendrá el cesionario en este sentido de mantenimiento de la actividad empresarial (entre otras razones porque la figura del cesionario es obviada a lo largo de todo el desarrollo del procedimiento de realización de dicha modificación estructural, siendo únicamente referida al finalizar el mismo en el momento del otorgamiento de escritura pública, en la que ya intervendrá el cesionario o cesionarios junto a la sociedad cedente). Igualmente se expresa por el citado artículo la asunción por el adquirente del pago de los créditos de los acreedores, en los términos expresados en la propuesta del convenio.

Normalmente el cesionario que adquiera el patrimonio de la sociedad concursada, no será el acreedor de la sociedad cedente. La sociedad cedente concursada recibirá una contraprestación y el cesionario recibirá su patrimonio por sucesión universal y, debido a ello, responderá el cesionario frente a los acreedores de la sociedad cedente de

todas las deudas pendientes. Es él el que satisfará los créditos de los acreedores de la sociedad cedente concursada del modo que se disponga en el contenido del convenio. De este modo el concurso finalizará cuando desaparezcan las masas.

La Ley 38/2011, de 10 de octubre<sup>455</sup>, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, introduce un nuevo apartado 2º en el artículo 190 LC a partir del cual “*el juez podrá también aplicar el procedimiento abreviado cuando el deudor presente una propuesta anticipada de convenio o propuesta de convenio que incluya una modificación estructural por la que se transmita íntegramente su activo y su pasivo*”. Dicho procedimiento está orientado a tratar de resolver aquellos concursos que sean de menores dimensiones, bien afecten a personas físicas o a personas jurídicas. Así lo expresa el aptdo.1º del art.190 LC refiriendo el ámbito de aplicación del procedimiento abreviado a aquellos concursos, que el juez considere, no revisten especial complejidad. Por lo que a partir de aquí podríamos concluir que el legislador pudiera entender de poca complejidad aquella propuesta de convenio que incluya una cesión global de activo y pasivo. Esto es algo absolutamente criticable por la real complejidad que entraña el desarrollo del procedimiento societario de una operación de cesión global de activo y pasivo en el que se suceden insuficiencias en su regulación legal (a diferencia de lo que sucede en otras operaciones de modificación estructural como la fusión o la escisión). Por ello, el legislador solo podría argumentarlo en aras a haber considerado únicamente el efecto de la sucesión universal que facilita enormemente la transmisión de la totalidad del activo y del pasivo poniendo fin al concurso sin mayores dilaciones o complicaciones referidas a la transmisión de los diferentes elementos patrimoniales que integran tanto el activo como el pasivo patrimonial. De todos modos, la adopción del procedimiento abreviado no tiene carácter obligatorio pues se deja libertad al juez para escogerlo o no, e igualmente, en base al art. 190.4 LC, a la vista de la modificación de las circunstancias previstas y atendiendo a la mayor o menor complejidad del concurso, el juez podrá transformar en cualquier momento el procedimiento abreviado en ordinario o viceversa.

---

<sup>455</sup> Por medio de la Ley 38/2011 de 10 de octubre, se introduce una regulación exhaustiva del procedimiento abreviado en la Ley Concursal

## 2.2.2. RELEVANCIA DEL MOMENTO DE LA ADOPCIÓN DEL ACUERDO DE CESIÓN GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO POR PARTE DE LOS SOCIOS

La segunda cuestión a resolver versa sobre el momento en el que debe adoptarse el acuerdo de cesión global de activo y pasivo. Hay distintas opiniones doctrinales al respecto: la primera versa sobre la conveniencia de que el acuerdo de cesión global deba adoptarse en junta de socios antes de la posterior aprobación judicial del convenio con contenido de modificación estructural y previa aceptación del mismo por los acreedores. La segunda considera conveniente que el acuerdo de cesión global se adopte después de que los acreedores hayan aceptado el convenio y se haya producido la aprobación judicial del mismo.

Pulgar Ezquerro<sup>456</sup>, refiere la conveniencia de la primera opción apoyada en el fundamento jurídico del artículo 101 LC que establece que *“la propuesta que someta la eficacia del convenio a cualquier clase de condición se tendrá por no presentada”*. Por ello expone que es preferible la opción de un acuerdo de los socios sobre la modificación estructural previo a la aceptación del convenio concursal por los acreedores y a su futura aceptación por el juez. Así pues, la modificación estructural deben aprobarla los socios de la sociedad concursada cedente. De esta manera, los acreedores podrán conocer de antemano el contenido que tendrá el convenio, que será en definitiva una operación de modificación estructural: la cesión global de activo y pasivo que ya ha sido adoptada en junta de socios. La autora defiende que se anteponga la adopción del acuerdo social sobre la modificación estructural a la aceptación por los acreedores. Del otro modo, en la segunda opción, sin realizar aun la aprobación del acuerdo de adopción de la cesión global, el convenio quedaría condicionado a ese posterior acuerdo vulnerando por tanto el artículo referido, es decir, nos encontramos ante un convenio condicionado que contradice el artículo 101 LC.

Pero también hay argumentos en contra de la primera solución y entre ellos destacamos la aportación de Fernández Seijó<sup>457</sup> que no es partidario de que forme parte del

---

<sup>456</sup> PULGAR EZQUERRA, J., en “Modificaciones estructurales de las sociedades en liquidación...”, *Op.cit.* pg. 759.

<sup>457</sup> FERNÁNDEZ SEIJÓ, J.M., BLAZQUEZ MARTÍN, R. y RODRÍGUEZ ACHUTEGUI, E., *Guía visual de la Ley concursal*, 2004

contenido del convenio una modificación estructural debido a que va a implicar un riesgo importante de impago a los acreedores ante el posible fracaso del procedimiento societario. En la misma línea que Fernández Seijó, se sitúa Largo Gil<sup>458</sup> que mantiene que, adoptando esa solución referida, el acuerdo social de cesión, sería un acuerdo condicionado: “*habría de prosperar la propuesta de convenio concursal (su aprobación por los acreedores y por el juez del concurso), de lo que dependería en nuestro caso, la realización de la modificación estructural vinculada al convenio*”. Lo que procede, explica la autora, es que el acuerdo de cesión global (así como los distintos acuerdos de fusión o escisión) se adopte por la junta de socios de la sociedad cedente una vez que el juez del concurso haya aprobado antes el convenio sobre la modificación estructural proyectada, tras ser aprobado antes por los acreedores, porque de este modo ya se cuenta con la aceptación de los acreedores, sobre la base de una propuesta de convenio que incluye un proyecto de cesión global (o de fusión o escisión) legalmente suscrito por los administradores sociales que no podrá ser modificado por la junta de socios posteriormente. De este modo, la modificación estructural posterior está al servicio del convenio concursal y al aprobarla, en cierto modo, los socios están aprobando el convenio (el convenio concursal deben aceptarlo mayoritariamente los acreedores concursales) y conocen, de esta forma, mejor los términos de la propuesta de convenio (que versa sobre propuesta de cesión global) teniendo ellos absoluta competencia societaria sobre la toma de esta decisión de adopción de la cesión global<sup>459</sup>. Siguiendo esta postura, la intervención de los acreedores precede al consentimiento de los socios. Por ello, sin el convenio concursal en el que se ha incluido la propuesta de la modificación estructural, la cesión global decaería. Es el convenio el que prevé la modificación estructural de la sociedad concursada que se va a acometer.

Por otra parte, el cumplimiento o no del convenio dependerá de la aprobación e inscripción o no de la operación de cesión global, que constituirá por si misma el contenido esencial del convenio. El convenio deberá formalizarse mediante escritura pública

---

<sup>458</sup> LARGO GIL, R., en “El convenio concursal mediante la modificación estructural de la sociedad concursada: (algunas consideraciones a los cuatro años de la entrada en vigor de la Ley concursal)”. *RDGP*: n.º.9, 2008, pg.107.

<sup>459</sup> *Ibidem* LARGO GIL, R., *Op. cit.*, pg 113.

de la cesión global por parte de la sociedad deudora y el cesionario o cesionarios y tras ello se realizará la inscripción en el Registro Mercantil.

Gutierrez Gilsanz<sup>460</sup> considera que ninguna de las dos posturas relacionadas es satisfactoria y ello se debe a que no contemplan adecuadamente la protección de los acreedores sociales y de los concursales, y porque también se mezclan y confunden “*en alguna medida, tanto en el fondo como en el sentido, los dos mecanismos de oposición: el societario y el concursal, que aunque deben confluir, no son coincidentes*”. Para el autor, no es relevante el hecho de que preceda la aprobación por los socios de la cesión global a la aceptación del convenio por los acreedores o que suceda al revés. Es decir, no es problemático que se altere el orden procedimental societario y que se anteponga la intervención de los acreedores al consentimiento de los socios al igual que no supone ningún problema el hecho de que el convenio pueda contener solo el proyecto de cesión global elaborado y suscrito por la administración societaria.

Coincidimos con esta postura flexible expresada por el autor deseando se realice una reforma necesaria que delimite determinados aspectos imprecisos de la Ley sobre los que se sustentan las distintas posturas doctrinales referidas. Creo que se ha de establecer el momento exacto de la adopción de los acuerdos referidos a las modificaciones estructurales (acuerdos de cesión global de activo y pasivo, objeto de nuestro estudio) adoptados por las juntas generales de socios tras la celebración de un convenio concursal que ya previó esta medida y que ha sido aprobado (dicho convenio) por la junta de acreedores y por el juez.

También resulta deseable, y denotará mayor cultura concursal, destacar del mismo modo la ventaja que supone acometer una modificación estructural sin que sea necesario llegar a la fase de liquidación del concurso, dando una salida al mismo de forma conservativa que siempre va a beneficiar al conjunto de colectivos relacionados con dicha empresa. Ambos aspectos deberían concretarse de forma puntual en dos legis-

---

<sup>460</sup> GUTIERREZ GILSANZ, A., en “Cesión global de activo y pasivo y concurso de acreedores”, *RDCP*, nº14, pg. 8.

laciones que actualmente colisionan y no establecen siempre medidas coherentes: la LMESM y la LC.

Según Beltrán <sup>461</sup> el concurso de acreedores y la modificación estructural son instituciones autónomas, y, por tanto, han de ser compatibles, pero es claro también que existen evidentes interferencias cuando una sociedad concursada participa en una operación de modificación estructural. Las interferencias derivan sobre todo de la adquisición y la transmisión de activos y pasivos que quedarán sujetos a las reglas concursales.

La última reforma legislativa llevada a cabo por el Real Decreto Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, ha introducido medidas flexibles que potencian la continuación de la actividad económica del concursado en la fase de convenio, a través de modificaciones introducidas en la misma.

### 2.2.3. EL DERECHO DE OPOSICIÓN DE LOS ACREEDORES A LA CESIÓN GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO DENTRO DE UN PROCEDIMIENTO CONCURSAL

La cuestión referida al derecho de oposición de los acreedores fue tratada en el ámbito del desarrollo societario del procedimiento en el art. 88 LMESM. Se establecía como vimos un derecho de oposición únicamente para aquellos acreedores cuyos créditos hubiesen nacido antes de la fecha de publicación del proyecto de cesión global y que no estuviesen suficientemente garantizados y no vencidos. Su justificación venía dada por el cambio de deudor que se iba a producir y sabemos, sustituía al consentimiento individual que exige el cambio de deudor en el art. 1205 CC. Y lo que pretende dicho derecho de oposición es la obtención para los acreedores de unas garantías adecuadas a sus créditos pero en ningún caso este derecho de oposición va a poder suspender el acuerdo de modificación estructural. Solo se realizará una suspensión cautelar del proceso hasta que los créditos queden garantizados. Por ello, en el ámbito del Derecho societario, el derecho de oposición se articula como un derecho individual que asiste a cada uno de los acreedores.

Es bien distinto el contenido del derecho de oposición al convenio por parte de los acreedores ahora en sede de la Ley Concursal, donde la protección de los acreedores

---

<sup>461</sup> BELTRÁN SÁNCHEZ, E., en *Las modificaciones estructurales... Op.cit.* pg. 161.

se configura de modo colectivo pues el convenio se somete a la aprobación de la junta de acreedores (estamos ante un convenio de masa)<sup>462</sup>. Según el art. 127 LC, en el mismo día de conclusión de la junta o en el siguiente hábil, el secretario elevará al juez el acta y, en su caso, someterá a la aprobación de éste el convenio aceptado. Podrá formularse oposición a la aprobación judicial del convenio y la misma solo podrá estar fundada en la infracción de normas legales sobre el contenido del convenio, la forma y el contenido de las adhesiones, las reglas sobre tramitación escrita y la constitución de la junta o su celebración (art. 128.1 LC). “*Estarán activamente legitimados para formular dicha oposición la administración concursal, los acreedores no asistentes a la junta, los privados ilegítimamente del voto y los que hubieran votado en contra de la propuesta de convenio aceptada por mayoría (...)*” (art.128.1LC). La oposición se resolverá mediante sentencia en la que el juez aprobará o rechazará el convenio aceptado por mayoría, sin que en ningún caso pueda modificarlo (art. 129 LC). Si el juez aprobara el convenio, todos los acreedores concursales quedarán vinculados por el mismo y no está sometido dicho convenio a ninguna condición para conseguir su eficacia.

Tras ello, y ya en el ámbito de la ejecución del convenio<sup>463</sup>, la operación de cesión global pasará a ser aprobada por los socios de la sociedad concursada, que serán previamente informados, tal como determina la LMESM, cumpliendo con las garantías que les asisten<sup>464</sup>. Cuando la cesión global de activo y pasivo sea aprobada por los socios de la sociedad concursada, entonces surgirá, tal como defiende la LMESM, el derecho a que los acreedores de la sociedad concursada cedente y los acreedores del cesionario o cesionarios, puedan oponerse a la cesión mientras no les sean garantizados sus créditos, tal como establece el art. 88.2 LMESM. La peculiaridad que debemos destacar en este momento del procedimiento concursal es el hecho de que al tratarse de una ce-

---

<sup>462</sup> Hemos de tener en cuenta la diferenciación existente entre acreedores de la masa y acreedores concursales a estos efectos pues los primeros no están sometidos al convenio al igual que los acreedores concursales privilegiados. En cambio, si quedan sometidos, los acreedores concursales con créditos ordinarios y subordinados.

<sup>463</sup> Al situarnos ahora en el ámbito de ejecución del convenio, sería absolutamente improcedente afirmar que la aprobación del convenio concursal queda sometido a esta condición, pues no es tal condición el hecho de que se realice, tras la aprobación del convenio concursal, una aprobación de la cesión global por parte de los socios de la sociedad cedente insolvente, salvaguardando así el cumplimiento riguroso de la LMESM.

<sup>464</sup> GUTIERREZ GILSANZ, A., *Op.cit.* pg. 9.

sión global que ya formó parte de un convenio concursal en el que estaban vinculados los acreedores concursales: tanto los acreedores ordinarios como los subordinados no pudieron ejercitar el derecho de oposición al convenio. En cambio, los acreedores privilegiados que no hubieran prestado su consentimiento al convenio al igual que los acreedores de la masa y los acreedores del cesionario o cesionarios, si pudieron ejercitar el derecho de oposición al convenio<sup>465</sup>.

Ahora, en este supuesto concreto estamos refiriendo un derecho de oposición societario que efectúan dichos acreedores sobre la realización de la operación de cesión global hasta que sus créditos no estén suficientemente garantizados (art. 88 LMESM). De esta manera, según Gutiérrez Gilsanz, quedan integrados los procedimientos de cesión global y de convenio concursal amparándose tanto los derechos de oposición al convenio concursal como a la cesión global.

Una vez aprobado el convenio, éste adquiere eficacia desde la fecha de la sentencia que lo apruebe (art. 133 LC) y, por tanto, se procederá a la realización de la cesión global. La aprobación judicial del convenio no finaliza el procedimiento concursal que se dará por concluido cuando se cumpla íntegramente el contenido del convenio. Cesarán todos los efectos de la declaración de concurso quedando sustituidos por los que en su caso se establezcan en el propio convenio (art. 133 LC). La sociedad podrá recuperar sus facultades patrimoniales (art. 133.2 LC) siempre que el propio convenio no disponga lo contrario estableciendo medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades de administración y disposición del deudor (art. 137.1 LC).

Habrà de tenerse muy en cuenta que, a consecuencia de la realización de la cesión global de activo y pasivo, puede desaparecer la sociedad objeto de concurso. De esta manera ya no tiene ningún sentido que se pudiera reconocer posteriormente a todo ello, un derecho de oposición de los acreedores en base a la LMESM porque, respaldan-

---

<sup>465</sup> Podemos distinguir dos categorías de acreedores propias del concurso: los acreedores de la masa o acreedores extra-concursales que no se someten al convenio y se rigen por las normas generales y los acreedores concursales, que son aquellos que quedan sometidos al concurso y por lo tanto al convenio o liquidación que se adopte. Entre ellos, los acreedores privilegiados conservan su derecho de abstención (art. 123 LC) por lo que si no votan a favor del convenio, no quedarán afectados por éste. Sólo quedarán vinculados al contenido del convenio si hubieren votado a favor de la propuesta (art. 134.2LC). Los acreedores ordinarios y subordinados quedan en cambio obligados (art. 134.1 LC)



do la postura mantenida por Largo Gil,<sup>466</sup> *“la aprobación del convenio concursal por los acreedores concursales, determinará la desactivación del derecho de oposición de los acreedores concursales contra los acuerdos sociales relativos a la modificación estructural vinculada al citado convenio”*. Ello es debido a que *“...se trata de un derecho individual al que no puede “ni debe” subordinarse la solución negociada de la crisis, conforme a la voluntad de la mayoría de acreedores y superado el control de legalidad del juez del concurso”*. De hecho, *“...el último recurso de los acreedores concursales es la oposición a la aprobación del convenio por el juez”*.

Coincidimos igualmente en este extremo con Largo Gil, si bien es necesario clarificar en una próxima reforma legal con criterios legales seguros, que, desde la celebración del convenio concursal, se desactivará ya el derecho de oposición referido a los acreedores concursales.

#### 2.2.4. CUMPLIMIENTO E INCUMPLIMIENTO DE UN CONVENIO CONCURSAL CON MODIFICACIÓN ESTRUCTURAL

Planteamos ahora la particular problemática sobre el cumplimiento o incumplimiento del convenio de acreedores que contiene el acuerdo de cesión global.

Para llegar a un cumplimiento total del convenio, es condición esencial que el cesionario o cesionarios procedan a pagar a los acreedores del modo en que se estableció en el propio convenio, en base a la eficacia novatoria del convenio en las obligaciones del deudor. En base a ello, el art. 139 LC establece que *“el deudor, una vez que estime íntegramente cumplido el convenio, presentará al juez del concurso el informe correspondiente con la justificación adecuada y solicitará la declaración judicial de cumplimiento”* que declarará el juez mediante auto, transcurridos quince días desde la puesta de manifiesto, si estimare cumplido el convenio. De esta manera, firme el auto de declaración de cumplimiento, una vez se hayan resuelto, si las hubiere, las acciones de declaración de incumplimiento del convenio, el juez dictará auto de conclusión del concurso. Por lo tanto, siendo la cesión global de activo y pasivo el contenido exclusivo del convenio, y habiéndose consumado la operación al subrogarse la sociedad cedente en sus deudas, se pondrá entonces fin al concurso. No es óbice para ello el hecho de que se

---

<sup>466</sup> LARGO GIL, R., *Op.cit.* pg. 16.

hubiese extinguido o no la sociedad cedente porque podría seguir existiendo (en el caso de no ser una cesión global extintiva) y concluirse el procedimiento concursal igualmente. Sin embargo, si el contenido del convenio incluyera otras medidas impuestas a la sociedad concursada, como esperas, entonces continuaría el procedimiento con dicha sociedad concursada hasta su cumplimiento íntegro o bien se podrían haber trasladado, por subrogación o por las condiciones que pudiera establecer el convenio al tercero cesionario, lo cual ocurrirá siempre en el supuesto de que ya no existiera la sociedad objeto de concurso debido a que se tratara de una cesión global extintiva de la sociedad cedente<sup>467</sup>. Por medio de la sucesión procesal, la sociedad adquirente pasará a convertirse, pues, en sociedad concursada<sup>468</sup>. El juez declarará concluido el concurso por cumplimiento íntegro del convenio (art. 141 LC) pero la inscripción y publicación de la cesión global no produce la conclusión del concurso.

Sin embargo, en base al artículo 140 LC, “*cualquier acreedor que estime incumplido el convenio en lo que le afecte, podrá solicitar del juez la declaración de incumplimiento*” del mismo. El apartado 4º de este artículo<sup>469</sup> expone que la declaración judicial de incumplimiento supondrá la resolución del convenio y la desaparición de los efectos sobre los créditos, sobre todo en las quitas y esperas referidas en el artículo 136 LC.

El incumplimiento del convenio no afectará a aquella modificación estructural inscrita, es decir a la eficacia de la cesión global de activo y pasivo, contenido esencial del convenio. Una vez que la cesión global haya sido inscrita, mantendrá su eficacia, según versa el artículo 89.2 LMESM pues la eficacia de la cesión global se producirá con la inscripción de la misma en el Registro Mercantil. Si se declarara judicialmente la nulidad del convenio (art.143.1.4ºLC), el concurso continuará y se abrirá de oficio la fase de liquidación y seguirá siendo sociedad deudora, la sociedad que fue objeto de concurso, debido a que dicha nulidad del convenio conlleva la nulidad de la eficacia

---

<sup>467</sup> ARANGUREN URRIZA, F.J., *Op.cit.* pg. 495.

<sup>468</sup> Las personas jurídicas suceden por fenómenos de fusión o de absorción, pues la liquidación de la sociedad extingue su personalidad (art. 395 LSC) sin que exista una transmisión de derecho alguno. En tales supuestos, la sucesora será la nueva sociedad fusionada o la absorbente.

<sup>469</sup> El apartado 4º del art. 140 de la LC ha sido objeto de modificación por el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal. El anterior apartado refería la rescisión del concurso en vez de la resolución del mismo.

novatoria de la cesión global realizada, desvinculando por completo al tercero, que en su momento fue el cesionario y volviendo a asumir todos los pagos pendientes la sociedad deudora frente a sus acreedores. Así la cesión global quedará sin efecto

El artículo 143.1.5º LC expone también que una vez se haya declarado por resolución judicial firme el incumplimiento del convenio, procederá de oficio la apertura de la fase de liquidación como alternativa al convenio. Sin embargo, esto debe tener dos lecturas explicativas según el supuesto ante el que nos encontremos: en primer lugar es totalmente exacto en el supuesto de la realización de una cesión global de activo y pasivo, en la que siga existiendo la sociedad deudora cedente tras la realización de la cesión global. La misma sociedad sería objeto de la liquidación, y, efectivamente, se abriría la fase de liquidación.

Pero en el caso de una cesión global de activo y pasivo extintiva de la sociedad cedente objeto de concurso, ya no existirá dicha sociedad cedente (que fue objeto de concurso y se ha extinguido) y no podrá entonces abrirse la fase de liquidación sin la existencia de ningún deudor concursal. En este caso el incumplimiento del convenio no deberá dar lugar a una apertura automática de la fase de liquidación. Bien es cierto que existe un nuevo deudor, un tercero cesionario, pero no es deudor concursal en este caso, por lo que no se le puede abrir la fase de liquidación aunque haya adquirido el patrimonio de dicha sociedad cedente, deudora concursal y ahora ya extinta. Este tercero no entra, de ningún modo, en el procedimiento concursal ya abierto, si bien tendrá que hacerse responsable de todas aquellas obligaciones incumplidas tal como se desprende del contenido del convenio. Así pues, el tercer asumptor mantiene su responsabilidad en los términos que recoge el convenio conforme a la LMESM y por ello los acreedores podrán exigirle responsabilidades fuera del concurso

Algo bien distinto sería que ese tercero: nuevo deudor o *asumptor* de los acreedores concursales, incurriera en estado de insolvencia, en cuyo caso se iniciaría un nuevo procedimiento concursal en el que él ya sería el deudor concursal pero en ningún caso podría introducirse en el procedimiento ya abierto cuyo convenio está integrado por una modificación estructural incumplida<sup>470</sup>.

---

<sup>470</sup> Así lo expresa FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., *Op.cit.* pg. 76.

Finalmente, “*firme el auto de declaración de cumplimiento y transcurrido el plazo de caducidad de las acciones de declaración de incumplimiento o, en su caso, rechazadas por resolución judicial firme las que se hubieren ejercitado, el juez dictará auto de conclusión del concurso al que se le dará la publicidad prevista...*” (art. 141 LC).

### **2.3. La cesión global de activo y pasivo de sociedades en situación de liquidación concursal o como mecanismo de liquidación concursal**

La liquidación concursal se presenta como una solución alternativa al convenio o bien como una consecuencia de la no realización del mismo, consistente en la enajenación de los bienes que integran la masa activa para satisfacer a los acreedores por el orden legalmente establecido.

La operación de cesión global va a pretender aquí una finalidad solutoria liquidativa orientada a la liquidación de los bienes existentes dentro de un proceso de liquidación concursal con o sin la extinción de la sociedad concursada. Se trata de acometer una modificación estructural: concretamente la cesión global de activo y pasivo, en una sociedad que se encuentra en situación de liquidación concursal. El concurso de acreedores tiene por objeto la realización del activo del deudor para proceder al pago de sus deudas, según el orden que establece la Ley Concursal. El momento al que nos estamos refiriendo es aquel en el que se abre la fase de liquidación, posterior a la declaración de disolución de la sociedad mercantil (que si no estuviese acordada, tendría que contenerse en la resolución judicial que abra la fase de la liquidación en el concurso), y se cesan a los administradores o liquidadores, que van a ser sustituidos por la administración concursal (art. 145.3 LC, referido concretamente a las sociedades mercantiles objeto de concurso de acreedores). La apertura de la liquidación producirá el vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados (art. 146 LC).

Nos preguntamos, pues, si es viable realizar la propuesta de liquidación (plan de liquidación) de una sociedad concursada mediante una cesión global de activo y pasivo. Concretando: la operación de cesión global de activo y pasivo, ¿puede ser el contenido de un plan de liquidación de aquella sociedad que haya sido declarada en concurso?, o, planteado de otro modo, la cesión global, ¿puede ser una forma de liquidación concursal? Esta propuesta de liquidación incluirá pues la totalidad del patrimonio social, es

decir su activo y pasivo, destinado conjuntamente al pago de los acreedores correspondientes poniendo fin a la liquidación. Por ello es necesario que exista un equilibrio entre las contraprestaciones que tienen lugar en esta operación y que el patrimonio social objeto de cesión tenga un valor positivo. La modificación estructural será de inviable realización si nos encontráramos ante un patrimonio que desprendiera un valor negativo. Por ello, debido a que en esta fase del procedimiento concursal, el valor del patrimonio neto de la sociedad será normalmente negativo, se hará inviable la realización de una cesión global.

La Ley Concursal, efectivamente, aborda esta situación en el capítulo II del título V, bajo el título: “*De la fase de liquidación*”, con la única finalidad de tratar de dar cumplimiento a los créditos pendientes de los acreedores, y como objeto de nuestro estudio, mediante la realización de la cesión global. Por lo tanto se admite la posibilidad de que una sociedad que se encuentra sumida en un proceso de liquidación concursal, pueda realizar una modificación estructural: una cesión global de activo y pasivo, con el objeto primordial que preside toda liquidación: pagar a los acreedores: pago ordenado de los créditos contra la masa activa.

El artículo 372 LSC establece la remisión a la legislación concursal para aquellas situaciones en las que se produce la apertura de la fase de liquidación dentro del desarrollo del procedimiento concursal. Dispone así dicho artículo que “*en caso de apertura de la fase de liquidación en el concurso de acreedores de la sociedad, la liquidación se realizará conforme a lo establecido en el capítulo II del título V de la Ley Concursal*”. Ello es debido a que ambos regímenes difieren: el de la liquidación societaria y el de la liquidación concursal. De entrada, la liquidación societaria exigía finalmente la extinción de la sociedad mercantil, que ahora no va a ser necesaria en el supuesto que estamos tratando de liquidación concursal, pues esta liquidación, que ya no está regulada en el ámbito de la LMESM sino por la LC no se necesita de la extinción de la sociedad concursada, que podrá o no podrá producirse. La liquidación concursal no supone que haya de desaparecer la empresa y que se deban liquidar sus bienes de modo individual porque el legislador prefiere en todo caso que la empresa se liquide mediante una transmisión global de los mismos realizada a través de una cesión global de activo y pasivo.

A partir de la remisión clara que se hace desde la LSC (art. 372) a la legislación concursal, expresando la especialidad de la liquidación concursal para aquellos supuestos de apertura de la fase de liquidación en el concurso de acreedores de la sociedad, la liquidación concursal la concretamos ahora en la realización de una operación de cesión global que tratará de hacer efectivo el patrimonio de la sociedad cedente concursada para poder llegar a satisfacer a los acreedores considerando que, para el pago de esas deudas, se extiende la responsabilidad al cesionario o cesionarios de la cesión global.

La sociedad concursada también podrá realizar una transmisión patrimonial global, una cesión global, (como medio o instrumento de liquidación concursal) algo que no habrá de suponer necesariamente su extinción. La sociedad concursada puede, mediante la realización de una operación de cesión global proceder a realizar la liquidación concursal en la que está inmersa con el sólo objeto de efectuar el pago ordenado de los créditos contra la masa activa, objetivo primordial a conseguir en este período liquidatorio. Por lo tanto, podrían darse las dos posibilidades: se podría dar por finalizado el concurso<sup>471</sup> sin desaparecer la sociedad concursada, cuando una vez que se acometa la operación de cesión global de activo y pasivo, se pudiera producir una situación de solvencia en la sociedad concursada (art. 176.1.4 LC). Esto supondría la recepción por parte de la sociedad cedente concursada de una contraprestación para la propia sociedad. La otra situación sería la desaparición de la sociedad concursada mediante la extinción de la misma: resulta factible que pueda extinguirse la sociedad concursada debido a la inexistencia de bienes y derechos (art. 176.1.3º) del concursado. En este segundo supuesto, el adquirente de la cesión global no va a asumir la condición de concursado, concluyendo el concurso por inexistencia de bienes y derechos.

La Ley Concursal apoya en su articulado (arts. 148.1 LC y 149.1 LC) las soluciones conservativas que se plasmen en un plan de liquidación que deberá presentar la administración concursal al juez (tras la notificación que éste haga de la resolución de apertura de la fase de liquidación) para la realización de los bienes y derechos integra-

---

<sup>471</sup> GUTIERREZ GILSANZ, A., *op. cit.* en relación con la conclusión del concurso, expone que la ejecución de un plan de liquidación con una cesión global podría suponer la conclusión del concurso por pago de los acreedores (art. 176.1.3ºLC) o por inexistencia de bienes y derechos (art. 176.1.4º LC), no estando previsto el cumplimiento del plan de liquidación como causa de tal conclusión.

dos en la masa activa del concurso y que, *“siempre que sea factible”, deberá contemplar la enajenación “unitaria” del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado*” y que, en el supuesto de la cesión global de activo y pasivo, se plasmarían en la realización de la transmisión global de la empresa con el único objeto de liquidación que persigue tal cometido: cubrir el pago de los créditos que existan contra la masa activa de la sociedad deudora (art. 148.1 LC). Del mismo modo, ha pretendido el legislador la transmisión de la empresa o de unidades productivas en las reglas supletorias de liquidación previstas en el art. 149.1.1ª LC estableciendo que aunque no se aprobara un plan de liquidación, las operaciones de liquidación se ajustarán a las reglas que traten de enajenar como un todo el conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes a la sociedad deudora, se enajenará como un todo.

La enajenación unitaria del conjunto patrimonial del deudor concursado establecida en los artículos relacionados debe de ser observada como un principio general que presida las operaciones de liquidación y de hecho es absolutamente coherente con la transmisión por sucesión universal que se realiza en las modificaciones estructurales, concretamente en la cesión global de activo y pasivo, y es lo que permitirá precisamente que pueda continuar existiendo la sociedad concursada y no sea necesaria su extinción tras la conclusión de la liquidación concursal.

A pesar de esta premisa de la que se deduce que no existe ninguna dificultad para realizar la operación de cesión global como contenido de un plan de liquidación, bien es cierto que en este contexto puede resultar muy improbable dicha cesión pues a pocos o a ningún cesionario le puede interesar adquirir un patrimonio negativo de la sociedad cedente.

Precisamente, en el RDL11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, el legislador establece como una de sus premisas básicas considerar que la continuidad de las empresas económicamente viables es beneficiosa no sólo para las propias empresas, sino para la economía en general y especialmente para el mantenimiento del empleo.

El Real Decreto Ley 11/2014, de 5 de septiembre, sexta modificación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, también pretende introducir medidas flexibles que potencien la continuación de la actividad económica del concursado no solo en la fase de convenio, sino también en sede de liquidación, favoreciendo la introducción de medidas que permitan flexibilizar las transmisiones de unidades productivas completas en esta fase del concurso. De esta forma el beneficio revierte no solo en la empresa sino también en el de la economía en general<sup>472</sup>.

La especialidad del contenido de este plan de liquidación radica en el hecho de que el contenido del mismo supone la realización de una modificación estructural. Mediante la cesión global se pretende abreviar la liquidación. Comenzará con la declaración de la disolución de la sociedad mercantil y la apertura de la liquidación en la que los administradores societarios son sustituidos por la administración concursal. Será ésta, según el art. 148 LC la que, al sustituir a los administradores sociales, presente la propuesta del plan de liquidación al juez. Tras ello se abrirá un plazo en el que los acreedores y el deudor puedan formular observaciones a dicho plan que la administración concursal comunicará al juez. El art.148.2 LC detalla a continuación que será el juez del concurso el que aprobará dicho plan de liquidación teniendo en cuenta el interés del concurso y realizando las modificaciones que considerara oportunas. También podrá dictaminar sobre la aplicación de las reglas supletorias contenidas en el art. 149 LC. En el supuesto en el que fuera el deudor el que solicitara al mismo tiempo la declaración de concurso y la apertura de la liquidación, con una propuesta de plan de liquidación anticipada, la administración concursal no estaría obligada a aceptar el proyecto de cesión global que hubiera sido propuesto por el deudor. El artículo 149.1 LC, que tiene por objeto la regulación de reglas legales supletorias, establece del mismo modo que, aunque no se aprobara un plan de liquidación, las operaciones de liquidación se ajustarán a las reglas que traten de enajenar como un todo el conjunto de establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes a la sociedad deudora. Observamos que el tenor legal de dicho artículo se adecua al pro-

---

<sup>472</sup> CUÉLLAR GÓMEZ, D., “Principales novedades introducidas por el RDL 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal”, *Elderecho.com*, sept. 2014.



pósito de la realización de una operación de cesión global en el contexto de la liquidación: la transmisión total de su patrimonio destinado a satisfacer a los acreedores.

Una vez que el juez haya aprobado el plan de liquidación o haya decidido la aplicación de las reglas supletorias correspondientes, estaremos ante un plan o propuesta que contendrá un proyecto de cesión global que estará suscrito por la administración concursal. Es decir, primero se procede a la aprobación judicial del plan de liquidación y tras ello tiene lugar la aprobación de la modificación estructural por los socios de la sociedad concursada que participa en la cesión global. Entonces, para coordinar correctamente los derechos y garantías de los socios y de la misma forma que se propuso en la fase de convenio, la administración concursal informará a los socios sobre el proyecto de cesión global y el informe que la misma adjunte y será cuando tenga lugar su aprobación por la junta general de la sociedad concursada cedente, se publicará el acuerdo y surgirá el derecho de oposición de los acreedores de la sociedad cesionaria, referido a observaciones y propuestas de modificación del plan de liquidación propuesto por la administración concursal (art. 148.2 LC). Este derecho de oposición no existe para los acreedores de la sociedad concursada pues ahora, encontrándonos en la fase de liquidación concursal, hay que tener en cuenta que el art. 146 LC dispone que la apertura de la fase de liquidación concursal produce el vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados. Cuando esto haya concluido, siguiendo la normativa societaria de la LMESM, se otorgará escritura de pública de la cesión realizada por la sociedad concursada cedente, y tras ello se inscribirá en el Registro Mercantil. Si los socios son los que reciben la contraprestación, la sociedad se extinguirá, siendo los cesionarios los que responderán solidariamente hasta el límite del activo neto atribuido. En cambio, si la sociedad no se extinguiera porque es ella misma la que recibe la contraprestación, quedará obligada por la totalidad (art. 91 LMESM). Decíamos que era poco probable este tipo de liquidación pues no será de interés de ningún cesionario o cesionarios intervenir en una operación de cesión global para dar solución a una liquidación concursal, ya que el cesionario, en virtud del artículo 91 LMESM, también ha de asumir solidariamente una responsabilidad junto a la sociedad cedente concursada, a no ser que se hubiera pactado una limitación de responsabilidad del cesionario ante esa situación.

La forma en la que se realizará el pago a los acreedores dependerá del tipo de cesión global que se lleve a cabo: cuando la contraprestación es recibida por la sociedad cedente, supuesto del art.81.1 LMESM, la sociedad concursada deberá hacer entrega de esa contraprestación recibida a los acreedores para que puedan resarcirse de sus créditos pendientes. Éste supuesto presenta menos dificultades en la práctica, que el que refiere la situación del art. 81.2 LMESM. Para la correcta realización del pago se deberá atender al orden establecido por la LC y a los distintos tipos de acreedores existentes. Solamente si, tras el pago efectuado, aun quedara remanente, éste correspondería a la sociedad y no a los socios, tal como mantiene Ansón Peironcely<sup>473</sup>, pues opinamos que contradiría la naturaleza del propio artículo 81.1LMESM.

Más complicada resulta sin embargo la liquidación mediante una cesión global cuando la misma supone la entrega de la contraprestación directamente a los socios (art. 81.2 LMESM) los que deberán hacer frente a sus acreedores.

A partir de aquí, únicamente referir que no será causa de conclusión del concurso el cumplimiento de un plan de liquidación pues efectivamente esta causa no está dispuesta en el art. 176 LC por lo que en este supuesto explicado, concluiría el concurso bien porque mediante la realización de esa modificación estructural se procede al pago de los acreedores (art.176.1.4 LC) o bien porque hay una insuficiencia de bienes y derechos (art. 176.1.3 LC)<sup>474</sup>.

---

<sup>473</sup> El autor expone que si quedara un remanente, se entregará a los socios en “Cesión global de activo y pasivo”, en *La reestructuración empresarial...*, pg. 255.

<sup>474</sup> GUTIERREZ GILSANZ, A., *Op. cit.* expresa la misma opinión a propósito de la realización de una cesión global en fase de liquidación. El autor argumenta que en el caso en que una liquidación concursal contenga una cesión global de activo y pasivo, la modificación estructural estará al servicio del concurso, y en concreto para su solución, la respuesta debe ser similar a la ofrecida para el convenio: en este caso debe preceder la aprobación judicial del plan de liquidación a la aprobación de la cesión por los socios de la sociedad cedente concursada.

## IV

### CONSIDERACIONES GENERALES EN TORNO A LA REALIZACIÓN DE UNA CESIÓN GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO CON POSTERIORIDAD A LA APROBACIÓN JUDICIAL DE UN CONVENIO CONCURSAL

#### **1. Realización de una cesión global de activo y pasivo por parte de la sociedad concursada tras la aprobación judicial de un convenio cumplido**

Del artículo 176.1.2 LC se desprende que una de las causas de conclusión del concurso es el cumplimiento íntegro del convenio y, en su caso, caducadas o rechazadas por sentencia firme las acciones de declaración de incumplimiento. Si bien hasta ahora hemos procedido al estudio de la inclusión de la cesión global de activo y pasivo en el contenido de un convenio, a partir de ahora vamos a contemplar aquel supuesto en el que se realiza la aprobación judicial de un convenio y posteriormente a la misma, se lleva a cabo una cesión global de activo y pasivo. Debido a que los administradores sociales recuperan sus facultades patrimoniales desde la eficacia del convenio (art. 133.2 LC), se dejará sin efecto la inalterabilidad que se produjo en el patrimonio del deudor tras la declaración de concurso y comenzarán entonces a producirse los efectos propios del convenio. Por ello, y salvo nuevas limitaciones patrimoniales impuestas en el convenio<sup>475</sup>, los administradores sociales ya podrán acometer una modificación estructural en esta fase del procedimiento: en nuestro caso una operación de cesión global de activo y pasivo. La realización de la misma en este momento procedimental parece más sencilla e idónea que cuando la misma forma parte de un convenio concursal pues por medio del cumplimiento del mismo se dará fin a la situación concursal y la sociedad, ahora

---

<sup>475</sup> El art. 137 LC establece la posibilidad de que el propio convenio pudiera establecer medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades de administración y disposición del deudor, p.e. una prohibición de realización de modificaciones estructurales, p.ej. de una cesión global de activo y pasivo. La infracción de estas medidas también supondrá otra causa de incumplimiento del convenio cuya declaración podrá ser solicitada al juez por cualquier acreedor.

solvente, podrá acometer una cesión global con el fin de realizar una reestructuración empresarial en la sociedad mercantil ya saneada.

## **2. Relación entre el incumplimiento del convenio y la cesión global de activo y pasivo realizada fuera del mismo**

El supuesto planteado arriba cambia cuando se produce un incumplimiento del convenio por parte de la sociedad objeto de concurso y se había dispuesto, tras la aprobación judicial del convenio, una operación de cesión global de activo y pasivo (fuera del convenio). Ante el incumplimiento del convenio, el deudor deberá pedir al juez del concurso la apertura de la fase de liquidación, y si el deudor no la solicitara, podrá hacerlo cualquier acreedor acreditando dicho incumplimiento (arts. 140 y 142 LC). La resolución judicial contendrá la declaración de disolución de la sociedad concursada si no estuviese acordada y, en todo caso, el cese de los administradores sociales, que serán sustituidos por la administración concursal (art. 145 LC). Toda esta vorágine de acontecimientos que modifican la solución del concurso no afectan al cumplimiento de la modificación estructural realizada que seguirá su curso produciendo los efectos establecidos en la LMESM. En este sentido, recordemos la inimpugnabilidad de la cesión global de activo y pasivo referida en el art. 90 y remitida al art. 47 LMESM en sede de fusión<sup>476</sup>.

---

<sup>476</sup> Así se pronuncia la DGRN en su resolución de 13 de octubre de 2011 afirmando que no podrán perjudicar a terceros aquellas disposiciones que incumplan las limitaciones impuestas en el convenio judicial. Se trata, en este caso, de proteger en todo caso la efectividad de la modificación estructural realizada, la cesión global.

### **3. Extinción de la sociedad concursada debido a una cesión global de activo y pasivo extintiva sin conclusión del procedimiento concursal (sin cumplimiento íntegro del convenio)**

La situación referida aún se podría complicar más si se realizara, una vez aprobado judicialmente un convenio, una cesión global de activo y pasivo extintiva de la sociedad cedente. Si no hay una prohibición en el contenido del convenio sobre la realización de la misma, es procedente que se pueda acometer a pesar de que la misma sea extintiva. De manera que se podría extinguir la sociedad cedente con anterioridad al cumplimiento íntegro del convenio. Ello es debido a que la contraprestación es obtenida directamente por los socios de la sociedad concursada, lo cual provocará su extinción.

El problema se plantea en el supuesto de que se incumpliera el convenio<sup>477</sup> y ya hubiera desaparecido la sociedad cedente concursada a consecuencia de la realización de la cesión global extintiva. Esta situación no pone fin, en ningún caso, al procedimiento concursal ya que no se ha cumplido íntegramente el convenio aunque el efecto que produce la modificación estructural que integra dicho convenio es el de la extinción inmediata de la sociedad si la contraprestación se obtuviera por los socios directamente. Pero no por ello, podemos pensar que la cesión global realizada (a pesar de su efecto extintivo de la sociedad cedente), es una causa de conclusión del concurso pues no está establecida como tal en el art. 176 LC que concreta las causas de conclusión del procedimiento concursal.

Podría, de esta manera, plantearse una situación en la que se incluyera una espera en el convenio. ¿Cómo continuaría el procedimiento concursal, para poder dar cumplimiento a esa espera, si la sociedad cedente ya ha sido extinguida? Gran parte de la doctrina (Beltrán)<sup>478</sup> considera que se plantea un problema de continuidad al que sería

---

<sup>477</sup> Cuando se extingue la sociedad cedente, se plantea una situación complicada que no existe de ningún modo cuando la cesión global de activo y pasivo constituye el contenido de un convenio entre el deudor y sus acreedores y se extingue, como consecuencia de la cesión global, la sociedad cedente. La inscripción y publicación de la cesión global implica el cumplimiento del convenio en este supuesto, finalizándose de esta manera el concurso.

<sup>478</sup> BELTRÁN SÁNCHEZ, E., en el desarrollo de *Las modificaciones estructurales... Op. cit.* comparte esta opinión doctrinal expresando que la modificación estructural que determinara la extinción de la sociedad concursada, obligará a plantearse la existencia de una sucesión procesal derivada de la sucesión universal.

aplicable la subrogación procesal del cesionario que subsiste. El cesionario sería el adquirente y el que asumiría la posición de la sociedad concursada poniéndose en su lugar en virtud de ese mecanismo, a través de la sucesión universal en la totalidad de las relaciones activas y pasivas de la sociedad transmitente. Se realizaría del mismo modo que sucede en el supuesto por muerte de persona física concursada, en el que prosigue el concurso de la herencia. Por lo tanto, en base a esta solución jurídica, sería el cesionario, que puede ser uno o varios socios o terceros, p.e. una sociedad o sociedades adquirentes, cesionarias, el que, a partir de la realización de la sucesión procesal, va a posibilitar la continuación del concurso convirtiéndose en el nuevo concursado o, concretamente, sociedades concursadas, como consecuencia del efecto de la sucesión universal, teniendo que hacerse cargo del cumplimiento íntegro del convenio: de la satisfacción de los acreedores concursales, y si no lo hiciera, indudablemente, el concurso no podría terminar así, constatando dicho incumplimiento. Por lo tanto, de aquí se infiere que el cesionario tendría que asumir su disolución y liquidación viéndose involucrado de algún modo en este procedimiento concursal que le ha “sobrevenido” y que pretenderá dar solución a los créditos pendientes de los acreedores de la antigua sociedad cedente objeto de concurso y ya extinta, conforme a la normativa establecida en la liquidación concursal (art. 372 LSC). Si el cesionario salva dicha situación mediante la liquidación de sus bienes procediendo al pago íntegro de los créditos, se procederá según el art. 370 LSC a la reactivación de la sociedad disuelta ya que ha desaparecido la causa de disolución. En este caso, la solvencia sobrevenida de dicha sociedad (entonces cesionaria y después concursada) supondría una causa de conclusión de ese concurso (que le está afectando). Dicha causa de conclusión del concurso la recoge la nueva redacción del apartado 4º del artículo 176 LC por la Ley 38/2011, según la cual en cualquier fase del procedimiento, cuando se comprobara el pago o la consignación de la totalidad de los créditos o la íntegra satisfacción de los acreedores o que ya no existe la situación de insolvencia (éste es el caso), se daría por concluido el concurso.

Sin embargo, esta construcción jurídica explicada que da solución a la continuidad del concurso mediante la herramienta jurídica de la subrogación, no es apoyada por toda la doctrina pues hay autores, como González Meneses y Álvarez Royo-Villa-

nova,<sup>479</sup> que no comparten esta posición por las consecuencias jurídicas que entraña para ese cesionario que no se encontraba en situación de concurso y va a verse inmerso en una situación de concurso sobrevenido.

Pero, de la situación inicial también se infiere otro posible escenario y es aquel en el que, si no hubiera bienes suficientes para realizar los pagos pendientes por parte del cesionario, éste sería declarado en insolvencia realizándose una reapertura del concurso<sup>480</sup> por aplicación analógica del art. 179 LC. Éste determina, siendo el cesionario persona física o persona jurídica, que la insuficiencia de masa activa sea declarada por el mismo juzgado que conoció de la situación de insolvencia de la sociedad concursada y desaparecida y que éste sea el que tramite esta nueva situación de insolvencia del cesionario en el mismo procedimiento<sup>481</sup>.

Debido a la complejidad que deriva de este supuesto no es recomendable la realización de una cesión global con carácter extintivo en esta fase procedimental.

---

<sup>479</sup> GONZÁLEZ MENESES, M., y ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, *Op.cit.*

<sup>480</sup> Según el art. 179 LC en los supuestos de conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de la masa activa, la Ley permite que se reabra el concurso, considerando que se trata de una continuación del procedimiento anterior. Esto sucede cuando el deudor es persona física y jurídica igualmente. En el primer caso, se considerará como reapertura del concurso la declaración en concurso de un deudor persona física dentro de los cinco años siguientes a la conclusión de otro procedimiento anterior, ordenándose la incorporación al procedimiento de todo lo tramitado en el anterior (art.179.1 LC). En cambio, el art. 179.2 LC no establece ningún tipo de limitación temporal para la reapertura del concurso en el caso de que el deudor sea una persona jurídica. En este supuesto la reapertura del concurso se limitará a la liquidación de los bienes y derechos que hubiesen aparecido con posterioridad a la conclusión del concurso, extinguida ya la sociedad.

<sup>481</sup> ARANGUREN URRIZA, F.J., *Op.cit.* pg. 505.

## V

### DECLARACIÓN DE CONCURSO DE ACREEDORES A LA SOCIEDAD CEDENTE O CESIONARIA: EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE REINTEGRACIÓN

Ahora nos planteamos otro supuesto consistente en el hecho de que, una vez realizada una operación de modificación estructural de carácter traslativo, concretamente, una cesión global de activo y pasivo, cualquiera de las dos partes interviniente en la misma, fuera declarada en concurso de acreedores dentro de los dos años posteriores a la realización de la cesión global. ¿Podría, en este supuesto, y durante esos dos años posteriores, ejercitarse una acción de reintegración<sup>482</sup> contra la cesión global de activo y pasivo que ya se perfeccionó en su momento? Es decir, nos preguntamos si las modificaciones estructurales pueden ser objeto de rescisión concursal.

Indudablemente, la cuestión planteada se centra en aquellas modificaciones estructurales en las que se realice una transmisión de activos y pasivos, por lo que quedan fuera de este supuesto la transformación y el traslado internacional de domicilio social, ciñéndose la cuestión a la fusión, escisión y cesión global de activo y pasivo. Actualmente, dentro del contexto de crisis en el que nos encontramos<sup>483</sup>, es factible que las empresas declaradas en concurso de acreedores puedan recurrir a este mecanismo rescisorio de las operaciones de modificación estructural siempre que se cumplan los requisitos legales establecidos. Si la empresa se declarara en concurso de acreedores antes del plazo de los dos años señalado por la Ley y se hubiera causado un perjuicio a la masa activa, la rescisión de la operación de cesión global será un extremo más tratado en el procedimiento concursal en el que se valorará la posibilidad de su ejercicio. Sobreviene pues, tras la realización de aquella cesión global que se realizó con el ánimo de favore-

---

<sup>482</sup> Las acciones de reintegración se encuentran reguladas dentro del Título III (“De los efectos de la declaración de concurso”), concretamente en el capítulo IV (“De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa”) de la Ley Concursal. Dichas acciones son calificadas por la Ley como rescisorias pues su objeto es rescindir determinados actos perjudiciales para la masa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración (art. 71.1LC)

<sup>483</sup> La práctica concursal muestra ejemplos que se suceden cada vez con más frecuencia referidos a escisiones totales en que una sociedad matriz es escindida en varias sociedades en las que, a causa de un mal reparto, se puede llegar al concurso de una de esas sociedades; también fusiones por absorción en las que prosigue una declaración de concurso de la sociedad absorbente.



cer una reestructuración empresarial, un nuevo escenario en el que se habrá de proteger a los acreedores

Empecemos diciendo que dichas acciones de reintegración son calificadas por la Ley como rescisorias porque el objeto pretendido mediante su ejercicio es rescindir determinados actos perjudiciales para la masa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso (art. 71.1 LC). Según este artículo, “*declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiese existido intención fraudulenta*”. De manera que la sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses (art 73.1 LC). Dos son las condiciones que impone el artículo 71 LC: que la modificación estructural se hubiera realizado durante los dos años anteriores a la declaración del concurso y que la realización de la misma sea un acto perjudicial para la masa activa agravándose la situación económico-financiera de la sociedad y como tal deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria (art. 71.4 LC).

Se trata de un artículo aséptico que no añade ninguna intención añadida fraudulenta en ninguno de sus supuestos. El artículo 71bis añade la salvedad de que el ejercicio de la acción de rescisión no se podrá realizar cuando la cesión global de activo y pasivo esté sumida en un acuerdo de refinanciación. También es necesario, en la cesión global, que la sociedad cedente objeto de concurso no se haya extinguido tras la realización de la cesión global

La legitimación activa corresponde de forma principal a la administración concursal y de modo subsidiario a los acreedores, ambos deberán valorar la conveniencia o no de emprenderla. Espigares Huete<sup>484</sup> concluye que, como regla general, solo debe interponerse la demanda rescisoria cuando la administración concursal haya presentado al juez el informe del art. 75 LC, para que sobre la base de éste, se pueda realizar un juicio de valor y oportunidad sobre el ejercicio de la acción en términos de viabilidad, riesgos y costes.

---

<sup>484</sup> ESPIGARES HUETE, J.C., *La acción rescisoria concursal, Estudios de Derecho Concursal*, 2011, pg. 202.

Sin embargo, como hemos estudiado anteriormente, el artículo 90 LMESM mediante su remisión al artículo 47 LMESM en sede de fusiones, establece la inimpugnabilidad de la cesión global tras su inscripción y siempre que se haya realizado de conformidad con las previsiones de esta Ley. Eso sí, quedarán a salvo, en su caso, los derechos de los socios y de los terceros, al resarcimiento de los daños y perjuicios causados. Por ello, podemos percibir que hay una contradicción existente en ambas disposiciones legales pues difiere la regulación ofrecida por la LC y por la LMESM. Ello ha provocado una división doctrinal en las que los autores se posicionan sobre la rescindibilidad concursal o no de una modificación estructural. Vicent Chuliá<sup>485</sup> opina que el artículo 71 contiene una laguna legal pues no se consideran de forma expresa las modificaciones estructurales. Sin embargo, el problema deriva principalmente de la interpretación que se haga del artículo 47.2 LMESM, cuya redacción resulta contradictoria y confusa.

Delimitando la cuestión a la operación de cesión global, objeto de nuestro estudio, podemos decir que hay un sector doctrinal, con el que me muestro coincidente, que está a favor de la rescisión concursal de las modificaciones estructurales<sup>486</sup>. Beltrán estima que la posibilidad de ejercitar una acción rescisoria concursal solo tiene pleno sentido en los casos de concurso de la sociedad que se escindió parcialmente, que se hizo una segregación o se llevó a cabo una cesión global con contraprestación para ella misma, es decir, en todos aquellos casos en que la contraprestación fuera recibida por la propia sociedad preexistente y concursada. También debe concurrir (conforme al art.71 LC) un perjuicio para la masa activa, es decir, un desequilibrio entre las prestaciones y la realización de la operación dos años antes de la declaración del concurso.

El sector doctrinal<sup>487</sup> que se opone a la rescindibilidad de las modificaciones estructurales argumenta su postura en actos concluyentes que impiden tal rescisión como

---

<sup>485</sup> VICENT CHULIÁ, F., “La cesión global del activo y del pasivo. Las operaciones societarias de modificación estructural” en *Introducción al Derecho Mercantil*, tomo 2., 2013, pgs. 2156 y ss.

<sup>486</sup> ROJO, A., y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., en “Las modificaciones estructurales y el concurso de acreedores”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, nº 50, 2011, pgs. 159 y ss. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. Y DÍAZ MORENO, A., *Lecciones de Derecho Mercantil*, Sevilla, 2013, pgs.. 615 y ss. GARCÍA-VILLARRUBIA, M. , “A vueltas con las acciones de reintegración concursal. ¿Es posible rescindir una modificación estructural traslativa?”, en . *RDM*, nº 8, 2013. PÉREZ TROYA, *Op.cit.*, pgs. 2067-2093.

<sup>487</sup> CERDÁ ALBERO, F., “Modificaciones estructurales societarias y concurso de acreedores: acciones de impugnación y convenio concursal” en *El Derecho Mercantil en el umbral del siglo XXI*, VVAA, 2010, pg. 715 y ss. El autor refiere las operaciones de fusión y escisión en el extremo tratado si

son la eficacia que adquiere la realización de la cesión global como consecuencia de su inscripción en el Registro Mercantil (art. 89 LMESM) y la inimpugnabilidad de la misma. Como vimos, el art. 90, remite la inimpugnabilidad de la cesión global al art. 47 LMESM en sede de fusión y de ahí (art. 47.1) *mutatis mutandi* se infiere que ninguna cesión global podrá ser impugnada tras su inscripción siempre que se haya realizado de conformidad con las previsiones de esta Ley<sup>488</sup>. Dicho sector doctrinal fundamenta la inimpugnabilidad de la cesión global en el art. 90 remitido al 47 LMESM y no considerando el art. 71 LC. Quedan a salvo, en su caso, los derechos de los socios y de los terceros al resarcimiento de los daños y perjuicios causados. El art. 47 LMESM modifica así el régimen de impugnación contenido en el derogado art. 246 LSA garantizando la inatacabilidad judicial de la operación. El anterior artículo 246.1 LSA solo refería la acción de nulidad contra una fusión ya inscrita. De esta manera, la inimpugnabilidad es entendida ahora en la LMESM como un concepto integrador de nulidad, anulabilidad y rescisión propiamente dicha.

El aptdo.2 del art. 47 LMESM determina, de modo contradictorio con respecto al apartado 1º, que el plazo para el ejercicio de la acción de impugnación caduca a los tres meses, contados desde la fecha en que la cesión global fuera oponible a quien invoque la nulidad. Entendemos, para superar esta contradicción en la que se habla de caducidad para la acción de nulidad, que cabe el ejercicio de la impugnación solamente cuando la cesión no se haya realizado de conformidad con las normas imperativas de esta Ley, es decir, se incluyen estos supuestos: cuando no se hayan cumplido las exigencias impuestas por la LMESM, ya sea por vicios procedimentales o por vicios en los acuerdos adoptados, por ser abusivos, y que no fueron advertidos por el registrador, en cuyo caso la cesión global deviene impugnabile. Pero una vez transcurrido el plazo de caduci-

---

bien *mutatis mutandis* considero extensiva su argumentación jurídica a la operación de cesión global de activo y pasivo objeto de nuestro estudio. También GONZÁLEZ NAVARRO, B.A, *Op.cit.*, pgs. 199 y ss.; BELTRÁN SÁNCHEZ, E. y SANJUAN y MUÑOZ, E. La reintegración de la masa (dir), *RdS*, nº 39, 2012, pg.199-208, y SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, J. en “Fusiones apalancadas, asistencia financiera y concurso (oportunidad y acierto del artículo 35 LMESM)”, en *RDCP*, nº14, 2011, *La Ley*, pgs. 109 y ss.

<sup>488</sup> CERDÁ ALBERO, F., *Op. cit.* pg.716 pone de manifiesto que el actual efecto convalidante o sanatorio de la inscripción registral persigue la seguridad jurídica siempre que la operación de modificación estructural se haya realizado siguiendo las prescripciones legales. De esta forma el art. 47.1 LMESM sigue el criterio introducido por el ordenamiento alemán (art.20.2 Umwandlungsgesetz de 28 de octubre de 1994) e italiano (art. 2504 quater Codice civile), y que también ha sido seguido para la sociedad anónima europea (art.30 del Reglamento comunitario 2157/2001, de 8 de octubre de 2001) y para la fusión transfronteriza (art.17 de la Directiva comunitaria 2005/56CE, de 26 de octubre de 2005).

dad de tres meses desde la oponibilidad de la operación, es decir desde su publicación en el BORME, la cesión global se convierte en definitiva habiéndose observado todas las garantías del proceso de cesión en cuanto a la información, posibilidad de oponerse los propios acreedores de la cesión. Es inatacable, difícil y ciertamente imposible que pueda ejercitarse una acción de rescisión sobre la base de un perjuicio que inicialmente no se apreció al no mediar oposición de los acreedores a la realización de la cesión global (art. 88 LMESM).

Esta postura doctrinal defiende la eficacia de la realización de la cesión global desde la inscripción de la misma en el Registro Mercantil, produciéndose desde la finalización del plazo brevísimo de tres meses para el ejercicio de la acción de impugnación judicial, la inatacabilidad de la misma. Es la inscripción de la cesión global en el Registro Mercantil la que dota de eficacia a la modificación estructural<sup>489</sup>. Si se admitiera la rescisión de la operación de cesión global, no tendría sentido la disposición del art.89, pues la inscripción registral devendría entonces ineficaz debido a una acción de reintegración de la masa activa. Se trata de defender la seguridad jurídica y garantizar que ninguna cesión global pueda ser declarada ineficaz, tras su inscripción registral habiéndose respetado previamente todas las prescripciones legales. Si la inscripción registral no hubiera subsanado defectos aun existentes, aun así la inatacabilidad de la operación se producirá si se cumple y transcurre el plazo de tres meses para el ejercicio de la acción de impugnación correspondiente, contados desde la fecha en que la fusión fuera oponible a quien invoca la nulidad (art. 47.2 LMESM por remisión).

También este sector añade otro argumento que fundamenta su negativa a la admisibilidad de una acción rescisoria sobre una modificación estructural. Entre ellos, Cerdá Albero, no solo considera como argumento formal en contra de una acción rescisoria concursal, la eficacia convalidante de la inscripción registral sino que añade otro de carácter material basado en el derecho de oposición de los acreedores (art. 88 LMESM). Según este autor y González Navarro, los acreedores ya tuvieron un mecanismo específicamente establecido por el ordenamiento societario para la protección de

---

<sup>489</sup> La LMESM mantiene el mismo criterio alemán e italiano con respecto a la eficacia de la inscripción registral superando el antiguo artículo 246.1 de la LSA. Éste artículo refería nulidades o anulabilidades a diferencia del actual artículo 47.1 de la LMESM que incluyó todos los tipos de posible ineficacia, ya sea por nulidad, anulabilidad o rescisión.

sus créditos pudiendo haber planteado en su momento la oposición a la operación y la exigencia de garantías para sus créditos. Efectivamente, el art. 88 bajo el título: derecho de oposición de los acreedores, remitiéndose al art.44 LMESM, protege a aquellos acreedores cuyos créditos hubieran nacido antes de la fecha de publicación del proyecto de cesión global, no hubieran vencido aún y no se encontraran suficientemente garantizados. Este derecho de oposición fue por lo tanto posibilitado a los acreedores durante el transcurso del procedimiento societario, para poder garantizar sus créditos y el mismo pudo o no pudo ser ejercitado a elección de los acreedores. Ya se otorgó a los acreedores, en el momento establecido para ello, el derecho a plantear su oposición a una cesión global que podía arriesgar sus derechos de crédito, por lo que poco sentido tiene ahora oponerse ahora a la cesión global realizada debido a hechos posteriores y en vía concursal.

De ahí derivan dos posibles situaciones a partir de las cuales se concluye del mismo modo defendiendo la inatacabilidad de la cesión global con este otro argumento que comparte el sector doctrinal referido arriba.

En primer lugar, si los acreedores no ejercitaron el derecho de oposición en aquel momento previsto para ello, ahora, en el escenario de un procedimiento concursal, no tiene ningún sentido ni coherencia, tras el transcurso de dos años, que se quieran valer de la vía jurídico-concursal de la acción rescisoria para impugnar esa cesión global. En este supuesto, los acreedores no se opusieron ningún porque consideraban que sus créditos estaban suficientemente garantizados o bien porque consideraban que la realización de la cesión global incluso les podía beneficiar. Por lo tanto, no constó en su momento la oposición de quienes eran acreedores en el momento de la realización de la cesión global, no se ejercitó en su momento el derecho de oposición previsto, por lo que se hace difícil e inviable que pueda ejercitarse una acción de rescisión sobre la base de un perjuicio que inicialmente no se apreció pues no medió oposición. Es decir, los acreedores no han hecho uso de ese mecanismo de tutela que les brinda la LMESM (art. 88). También es distinto el interés de los acreedores en el procedimiento concursal, en el que se protege el interés de la masa activa (formada por la totalidad de todos los bienes y derechos del concursado) frente al interés individual que se protege en el procedimiento societario para cada acreedor que de forma individual quiera realizar la oposición a la realización de la cesión.

Otra situación que deriva del ejercicio del derecho de oposición de los acreedores se refiere al hecho de que si se hubiera hecho uso de este derecho y el acreedor se hubiera opuesto en tiempo y forma a la realización de la cesión global. Entonces, habría adquirido así una garantía real a favor de su crédito. Por ello, resultaría muy complejo rescindir esas garantías otorgadas a aquel acreedor oponente que sí las exigió en el proceso de cesión. Por ello, resulta improcedente, durante los dos años posteriores a dicha obtención, rescindir la operación de cesión global y por lo tanto, rescindir también la constitución de dicha garantía en el posterior procedimiento concursal de la sociedad que realizó la operación de cesión global en su momento. Finalmente, también cabría preguntarnos, partiendo del mismo art. 88 LMESM, qué ocurriría en relación con los créditos que ahí no quedaron garantizados porque nacieron después de la publicación del proyecto de cesión global. En este caso, los acreedores o titulares de estos créditos conocerían cual era la situación jurídica y patrimonial del cesionario y no es justificable tampoco realizar ahora una rescisión de la reestructuración empresarial acometida justificando esta causa.

A estos dos argumentos se suma por parte del mismo sector doctrinal otro que trata de ser concluyente para confirmar su postura. Recordemos que *“la sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses”* (art. 73.1 LC). A partir de aquí, Espigares Huete<sup>490</sup> diferencia, en consecuencia el doble efecto restitutorio a favor de la masa y a favor de la contraparte del acto o del sucesor jurídico. En cuanto a la restitución a favor de la masa, se condenará a quien hubiera sido parte en el acto rescindido a entregar el valor de los bienes y derechos *“que tuvieran cuando salieron del patrimonio del deudor concursado, más el interés legal y también se le condenará a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa, si la sentencia apreciase mala fe en quien contrató con el concursado”* (art. 73.2 LC). Y con respecto a la restitución a favor de la contraparte, o del sucesor jurídico, el art. 73.3 LC precisa que *“el derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandado como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa y habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y de-*

---

<sup>490</sup> ESPIGARES HUETE, J.C., *La acción rescisoria concursal*, *Op.cit.*, pg. 223.

*rechos objeto del acto rescindido, salvo que la sentencia aprecie mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado” (art. 73.3 LC).*

Por ello, la obligación del demandado de realizar la devolución a favor de la masa estará condicionada a la igual satisfacción de su derecho a la restitución considerándose su crédito (adquirido) como crédito contra la masa teniendo que satisfacerse de forma simultánea al cumplimiento de su obligación de devolución.

De todo ello, se infiere la compleja dificultad real de llevar a cabo una acción rescisoria cuando no puedan reintegrarse a la masa los bienes y derechos salidos del patrimonio del deudor (art. 73LC) lo cual provocará la frustración de tal rescisión. Cerdá Albero<sup>491</sup> refiere lo extremadamente complicado que podría resultar deshacer en el curso del procedimiento concursal la modificación estructural realizada. González Navarro<sup>492</sup> sustenta la inviabilidad práctica de la rescisión (de una cesión global) como el argumento de mayor calado y peso por no poder hacer frente a las consecuencias restitutorias que, al amparo del art. 73 de la LC, llevaría consigo el éxito de la rescisión. Es el derecho concursal el que debe dar un paso atrás para que se pueda mantener la plena vigencia, a pesar del concurso, de las normas societarias generales. También, en la misma línea, Sánchez Calero Guilarte<sup>493</sup> considera que aunque la literalidad del art. 71 LC permite la rescisión, la imposibilidad del restablecimiento del status quo anterior así como las garantías con que previamente se ha desarrollado el procedimiento (de la cesión global) en cuanto a la información y posibilidad de oponerse los propios acreedores de la operación, lo hace difícil, sino imposible. Para el autor, no puede ejercitarse una acción de rescisión sobre la base de un perjuicio que inicialmente no se apreció pues no medió oposición.

El art.73 LC da soluciones al respecto pero no siempre lograrán la eficacia completa de la rescisión. Así se dispone que si los bienes y derechos salidos del patrimonio del deudor no pudieran reintegrarse a la masa por pertenecer a tercero no demandado y gozando de protección registral, se condenará a quien hubiera sido parte en el acto rescindido a entregar el valor que tuvieron cuando salieron del patrimonio del deudor concursado más el interés legal. Si, en cambio, en la sentencia se apreciase mala fe en quien

---

<sup>491</sup> CERDÁ ALBERO, F., *Op. cit.* pg. 719.

<sup>492</sup> GONZALEZ NAVARRO, B.A., *Op.cit.* pg. 205.

<sup>493</sup> SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, J. y FERNÁNDEZ TORRES, I., *Op.cit.* pgs. 109 y ss.

contrató con el concursado, se le condenará a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa.

Sin embargo y desde mi punto de vista, todos los argumentos arriba expuestos por este sector doctrinal (inimpugnabilidad por inscripción registral, ejercicio de derecho de oposición de los acreedores y dificultad para la reintegración) son criticables porque, coincidiendo con García-Villarrubia y siendo favorable a la realización de una acción rescisoria de la cesión global, la inimpugnabilidad establecida en el art. 47LMESM no es suficiente razón para impedir una rescisión de cesión global dentro de un procedimiento concursal. Cuando se realiza la acción de impugnación de una cesión global en el ámbito de la LMESM, ésta se refiere a vicios de ineficacia (nulidad, anulabilidad) en el procedimiento o en el propio acuerdo en el que se adopta la cesión global pero nada tiene que ver todo ello con que en un procedimiento concursal, que se desarrollara a posteriori, se estimara conveniente la realización de una acción rescisoria concursa (arts. 71 a 73 LC), que está sujeta ahora a presupuestos propios de la LC y totalmente independientes y diferenciados de los establecidos por el art. 90 LMESM, remitido al 47. Además, la práctica concursal nos muestra que la rescisión concursal también se realiza sobre otro tipo de actos que también tienen esa publicidad registral adquirida, como p.e. las hipotecas rescindibles, en este caso en el Registro de la Propiedad. Pero bien es cierto, que este segundo argumento no tiene suficiente fundamento, pues es mucho más concluyente la publicidad registral mercantil referida a una operación de gran calado como es una reestructuración societaria, es decir, una operación de cesión global.

Consideramos que es realizable la rescisión concursal de una cesión global siempre que la misma esté autorizada por el art. 71 LC cumpliendo las previsiones legales establecidas y dentro de un procedimiento concursal posterior aunque la LMESM haya concluido anteriormente y de modo válido y eficaz la realización de dicha operación de cesión global. Es decir, si se acredita en el procedimiento concursal posterior, que dicha operación de cesión global fue perjudicial para la masa activa, ésta será rescindible, a pesar de la eficacia que obtuvo en el ámbito de la legislación societaria. Esa eficacia adquirida por la legislación societaria no “blinda” a la cesión global en el transcurso de un posterior procedimiento concursal en el que la cesión global podría ser res-



cindida sin haber ningún tipo de contradicción entre ambos procedimientos ya que la LC no fundamenta la rescisión en la concurrencia de vicios de ineficacia como lo hace la LMESM para realizar la impugnación sino en una realidad verificada posteriormente en la que se califica dicha cesión global como perjudicial para la masa activa y es, por ello, susceptible de rescisión concursal según el art. 71 LC, habiéndose realizado la cesión global dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso.

No tiene sentido tampoco fundar la inatacabilidad de la operación aduciendo que no se hizo uso del derecho de oposición de los acreedores y que, entonces ahora, en el procedimiento concursal ya carece de sentido, habiéndose perdido este derecho. Esto no es riguroso porque antes nos encontrábamos ante un procedimiento societario de reestructuración en el que los acreedores, al no encontrarse la sociedad en concurso ni tener consciencia de ningún perjuicio, no creyeron conveniente ni necesario realizar el derecho de oposición. Ahora la sociedad está en concurso, las circunstancias han cambiado radicalmente y es cuando los acreedores sí pueden advertir ese perjuicio y ejercitar la acción de reintegración del art. 71 LC. Por lo tanto, han cambiado los escenarios, ahora nos encontramos ante el de la insolvencia que es el que propiamente contempla las acciones de reintegración y que justifica que actos válidos y normalmente inimpugnables sean ahora objeto de la acción de reintegración cuando la cesión haya supuesto un perjuicio a la masa activa del concurso. Pérez Troya considera que sí puede realizarse la acción concursal de rescisión ya que se parte de un presupuesto: el perjuicio de la masa activa, distinto al del ejercicio de la acción de impugnación en el procedimiento societario, debiendo los administradores del concurso ejercitarla en el caso en que la sociedad concursada hubiera realizado una cesión global con subsistencia de la sociedad cedente y siempre que se acredite el perjuicio producido en la expectativa de los acreedores por la enajenación de unidades saneadas.

Tampoco resulta solvente el argumento que justifica la oposición a la acción rescisoria por la dificultad que entraña la realidad del efecto de la misma: el ejercicio satisfactorio de la acción de reintegración. Ambos son conceptos distintos y hay que diferenciarlos así no debiendo ser afectada la validez y oportunidad de una rescisión por las inconveniencias que se planteen en la reintegración de las prestaciones para formar par-

te de la masa activa del concurso de acreedores como consecuencia de la rescisión declarada por el juez.

Serán los tribunales de lo mercantil los competentes para estimar o desestimar una demanda de rescisión contra una cesión global de activo y pasivo ya inscrita, caducada ya la acción de impugnación prevista en el art. 47.2 LMESM. Se trata, en definitiva, de una cuestión judicial que declarará la rescisión o no y consiguiente eficacia o ineficacia de la operación de modificación estructural acometida.

Si los tribunales resolvieran declarando rescindible la cesión global, se producirá la ineficacia de la cesión global por haber sido perjudicial su realización para la masa activa de la concursada. Fueron perjudiciales, en este caso, las valoraciones acordadas y por ende, mal atribuidas al cesionario/s en el proyecto de cesión y en la escritura de cesión global. Dichas valoraciones comportaron un exceso de atribución o deficiente adjudicación patrimonial al cesionario en perjuicio de la sociedad cedente por un determinado importe. Por ello, se deberá restituir a la sociedad concursada las prestaciones con la finalidad de conseguir la reintegración de la masa activa, es decir, el conjunto patrimonial en su totalidad se devolvería a la sociedad cedente y la misma devolvería la contraprestación recibida al cesionario o cesionarios. Se plantea de este modo una situación muy complicada ya que, como consecuencia de la ineficacia de la cesión global, se anularían de forma coherente el resto de negocios jurídicos que se hayan celebrado con posterioridad a la realización de la cesión global.

En cambio y no menos compleja sería la situación en la que los tribunales resolvieran la inimpugnabilidad de la cesión global fundamentándose en el artículo 90 LMESM remitido al 47 LMESM (observándose pues todos los mecanismos que tutelan a los acreedores como los relativos al proyecto de cesión, informe de administradores sociales, información a accionistas, adopción del acuerdo y publicación del acuerdo de cesión) y no considerando el art. 71 LC, en cuyo caso, no se podría realizar la restitución a los acreedores del deudor concursal, desestimándose una posibilidad ciertamente importante de hacer efectivos los créditos de los acreedores. Además, el art. 49LC aboga por el derecho que tienen todos los acreedores del deudor de estar integrados en la masa pasiva del concurso una vez declarado éste.

En la práctica judicial, y tratándose de operaciones de escisión, considero relevante destacar varias sentencias pues *mutatis mutandi*, son igualmente valiosas y trasladables a situaciones en las que se pudiera plantear una rescisión de cesión global de activo y pasivo. La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Las Palmas de Gran Canaria de 12 de diciembre de 2011, relativa a una acción de rescisión de una escisión total, desestimó la demanda entendiendo el juez que no cabía rescindir modificaciones estructurales en sede concursal. El juez entendió que no resultaba posible ejercitar acciones rescisorias en impugnación de operaciones de reestructuración de capital sin entrar al estudio de otras cuestiones.

Sin embargo esta sentencia fue recurrida ante la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 4ª)<sup>494</sup> que sí estudió los hechos y fundamentos de derecho que asistían al demandante, siendo estimado el recurso de apelación interpuesto y declarando la rescisión y consiguiente ineficacia de la rescisión realizada, por ser perjudicial para la masa activa de la concursada. Procede pues la acción de reintegración, ordenándose reparar el perjuicio causado por la operación de escisión, y quedando acreditado el perjuicio sufrido por la masa activa de la concursada ya que ese perjuicio se produjo mediante un acto que comportó la gratuidad del exceso de atribución patrimonial que recibió la codemandada.

El 6 de marzo de 2014, el juzgado de lo Mercantil núm.1 de La Coruña<sup>495</sup> juzgando en primera instancia, desestimó la demanda promovida por la administración concursal y declaró la improcedencia de una acción de reintegración a partir de una escisión parcial por ausencia de perjuicio para la masa activa y entonces no pudiendo fundar de ningún modo la acción de reintegración.

---

<sup>494</sup> Sentencia núm.389/2013 de 29 de octubre. JUR 2013/377976. Concurso: acciones de reintegración: estimación: reparación del perjuicio causado por la operación de escisión: ha quedado acreditado el perjuicio sufrido por la masa activa de la concursada y ese perjuicio se ha producido mediante un acto que por su naturaleza comporta la gratuidad del exceso de atribución patrimonial que recibió la codemandada.

<sup>495</sup> Sentencia de 6 de marzo de 2014. AC 2014/356. Concurso (Ley 22/2003, de 9 de julio): acciones de reintegración: improcedencia. No existe perjuicio que sea posible enlazar con la defectuosa valoración de un conjunto patrimonial cuyo contravalor son las participaciones sociales que reciben los socios de la sociedad beneficiaria; que no se considera operación perjudicial para la masa activa el hecho de que la sociedad escindida quede responsable de las obligaciones asumidas por la sociedad beneficiaria que resulten incumplidas, en los términos del art. 80 LMESM y tampoco cabe fundar una acción de reintegración en el daño, de momento hipotético, que pueda concretarse en la determinación de nuevos créditos concursales de naturaleza fiscal.

Estas dos últimas sentencias son reveladoras de una actitud más abierta en cuanto a la posible estimación de la rescisión de operaciones de modificación estructural siempre que se cumplan las previsiones legales establecidas en el ámbito del procedimiento concursal, entrando a valorar las mismas.



## Conclusiones

El trabajo desarrollado me ha permitido alcanzar las siguientes conclusiones:

**PRIMERA:** La entrada en vigor de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles es valorada positivamente pues adecuó la legislación española a las directrices europeas sobre modificaciones estructurales identificando claramente esta categoría. La LMESM ha contribuido a superar los inconvenientes existentes anteriormente a la publicación de la Ley, entre los que podemos destacar la gran dispersión y confusión normativa. Reconocemos que la práctica mercantil mostraba la necesaria adaptación de las sociedades mercantiles a los constantes cambios del mercado por lo que era conveniente dotar al ordenamiento jurídico de una Ley general reguladora de modificaciones estructurales. Igualmente ha resultado muy oportuna su regulación teniendo en cuenta el contexto de crisis económica en el que se produjo la Ley, año 2009, y en el que todavía hoy nos encontramos inmersos, si bien iniciando ya un período de recuperación.

**SEGUNDA:** Se advierte la inexistencia de una conceptualización jurídica que defina a la totalidad de modificaciones estructurales reguladas por parte de la LMESM que reúne operaciones complejas que, como caracteres comunes, afectan a la estructura personal o patrimonial de la sociedad mercantil, comportan un cambio en la titularidad del patrimonio y poseen una finalidad de reestructuración empresarial tratando de dar continuidad y conservación a la empresa. Todas ellas: fusión, escisión, transformación, traslado internacional del domicilio social y cesión global de activo y pasivo, son reunidas en la LMESM dentro de una misma categoría, si bien la cesión global de activo y pasivo se encuentra más cercana a las operaciones de fusión y escisión pues fundamentalmente las

tres poseen un rasgo patrimonial común que se identifica en la realización de un traspaso patrimonial desde la sociedad cedente en virtud del efecto de sucesión universal.

La cesión global, ya plenamente identificada, no será totalmente coincidente con el resto de operaciones pues no supondrá nunca la integración de sus socios en la factible sociedad cesionaria que, además, en el caso de las operaciones de fusión o escisión, deberá ser indefectiblemente una sociedad a diferencia de la cesión global, que puede ceder la totalidad de su patrimonio a uno o varios socios o terceros.

Por otra parte y debido a la ausencia de conceptualización legal, no existe una unidad material entre todas las modificaciones estructurales dificultándose de este modo la aplicación analógica.

**TERCERA:** Antes de la entrada en vigor de la LMEMSM, la cesión global de activo y pasivo era una figura jurídica de contornos mal delimitados, escasamente recogida en la normativa y que se prestaba a variadas interpretaciones. La cesión global recibía una escueta referencia por parte del artículo 266 LSA. La reforma de la LSRL -con su novedoso art. 117- mejoró su regulación considerándola como un mecanismo especial de liquidación social que se concretaba en una liquidación abreviada, al margen de la liquidación en sentido estricto. La LSRL la dotó de eficacia traslativa *uno actu* de todos los elementos patrimoniales de la sociedad cedente si bien aún no era considerada como una operación de modificación estructural, categoría que obtendrá con la publicación de la LMESM. Hasta ese momento, la redacción dada a la cesión global de activo y pasivo por parte del artículo 117 LSRL concebía exclusivamente a la operación como un negocio que posibilitaba la liquidación abreviada de la sociedad mercantil (con rasgos definitorios poco claros) si bien al realizarse una transmisión en bloque del patrimonio social, la mayoría de la doctrina consideró que la cesión global gozaba del efecto de sucesión universal y que, por lo tanto, y en consecuencia, se podía obviar el consentimiento de los acreedores que exige el art. 1205 CC. para llevar a cabo una novación subjetiva por cambio de deudor.

**CUARTA:** Desde la publicación del RRM en 1996, el régimen jurídico correspondiente a la cesión global de activo y pasivo, siendo considerada ésta como un exclusivo meca-

nismo de liquidación en una sociedad de responsabilidad limitada, era el establecido por el ya conocido artículo 117 LSRL al que se sumaba también el 246 RRM. Mientras que el régimen jurídico aplicable a una sociedad anónima (insuficientemente regulado hasta entonces por parte del artículo 266LSA) correspondía igualmente a lo establecido en el artículo 117LSRL debido a la remisión que realizaba al mismo el artículo 246 RRM pero con un aumento de las cautelas legales y ajustándose la cesión global a los mecanismos de tutela establecidos por la LSA a favor de los intereses de socios y acreedores en los supuestos de fusión y de escisión.

El efecto de sucesión universal no solo se consideró para las sociedades de responsabilidad limitada sino para el resto de sociedades mercantiles en virtud de la extensión que estableció el artículo 246 RRM. Así fue mantenido en reiteradas resoluciones de la DGRN si bien no existía un reconocimiento legal expreso del efecto de la transmisión universal.

**QUINTA:** Consideramos determinante la resolución de la Dirección General del Registro y Notariado del año 2002 que marcó el necesario punto de inflexión para corregir la aplicación extensiva del artículo 117 de la derogada LSRL a las sociedades anónimas con el fin de facilitar o aligerar esas operaciones suponiendo mayor facilidad en su ejecución si eran consideradas como cesiones en vez de fusiones. Así venían siendo autorizadas por los registradores mercantiles desde la promulgación del RRM en el año 1996 hasta el año 2002. Dicha resolución estableció que se estaba vulnerando la III Directiva 78/855/CEE, de 9 de octubre de 1978, relativa a las fusiones entre sociedades anónimas por lo que se debía dejar de utilizar el procedimiento aligerado de la cesión global para la mayoría de la práctica de supuestos de extinción de una sociedad participada al 100% con traspaso de todo el patrimonio a la sociedad matriz en concepto de pago de su cuota de liquidación. A partir de la Resolución se tendrá que volver al más complejo procedimiento propio de las fusiones y con él al artículo 250 LSA, bajo el título “*Fusiones simplificadas*” que había dejado de utilizarse por la extensión indebida del artículo 117 LSRL. La Resolución igualmente dispuso que se siguiera utilizando la figura de la cesión global para las sociedades de responsabilidad limitada ya que el artículo 117 LSRL en absoluto vulneraba la III Directiva 78/855/CEE, de 9 de octubre de 1978, relativa a

las fusiones entre sociedades anónimas. La cesión global de activo y pasivo debía ser considerada, pues, como una operación diferenciada de la fusión.

**SEXTA:** Tras haber realizado una visión de conjunto y en profundidad de la operación de cesión global de activo y pasivo, con un exhaustivo estudio doctrinal sobre la materia, podemos concluir que la mayor parte de la doctrina aplaude la incorporación de esta nueva figura del Derecho societario y la nueva regulación normativa que recibe en la LMESM. Se trata de una auténtica modificación estructural de la sociedad cedente con un régimen mucho más completo que el anterior y con un carácter polivalente, pues también puede ser considerada como un negocio de transmisión de empresa en el que intervienen cedente y cesionario. La cesión global de activo y pasivo despierta interés por la asunción de la misma en la LMESM como nueva y atractiva operación de modificación estructural y de reestructuración empresarial que permite el mantenimiento de las empresas. Goza ya de unos rasgos definitorios precisos que la delimitan y amplían su funcionalidad más allá de su consideración como mecanismo para la realización de liquidaciones abreviadas, tal como disponía el artículo 117 de la derogada LSRL. La cesión global de activo y pasivo se concibe actualmente como un instrumento eficiente de transmisión de empresas societarias en funcionamiento dando respuesta a la necesidad de adaptación de éstas a los cambios, que con celeridad, se producen en el mercado actualmente.

La valoración doctrinal coincide en elogiar los aspectos positivos que presiden el régimen normativo vigente de la operación de cesión global de activo y pasivo, la cual supone un avance definitivo en seguridad jurídica con respecto a la regulación anterior a la LMESM. Por ello, se produce:

- una mejora en la tutela de los intereses en juego en dicha operación: hay mayor transparencia en la información que se proporciona sobre el desarrollo del procedimiento,
- hay también un régimen de responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones cedidas
- se mejoran las garantías para lograr el cumplimiento de las relaciones nacidas tras la realización de la cesión a través del mecanismo de la inimpugnabilidad de la cesión.



**SEPTIMA:** Reconocemos la doble naturaleza contractual y societaria que posee la operación de cesión global de activo y pasivo. El objeto de su inclusión en la LMESM es el tratamiento y regulación de la cesión global de activo y pasivo como operación societaria de modificación estructural para la sociedad cedente. Como tal, dicha operación conlleva una alteración sustancial en el patrimonio de dicha sociedad cedente y ésta afectará a colectivos que deberán ser adecuadamente protegidos.

Por otra parte, la operación de cesión global comporta un negocio de transmisión patrimonial y esto es lo que confirma la naturaleza contractual de la operación.

Dicha consideración es especialmente relevante como vía o herramienta para poder solucionar o completar desde el punto de vista contractual, las carencias existentes en el desarrollo del procedimiento societario. Esto se podría lograr con precisión mediante la inclusión de las cláusulas correspondientes en el contrato y a través de la asunción de los necesarios compromisos por ambas partes: cedente y cesionario, anticipándonos así al momento del otorgamiento de la escritura pública de la cesión global de activo y pasivo.

**OCTAVA:** La cesión global como instrumento de transmisión y liquidación de sociedades mercantiles presenta una ventaja destacable frente a otras transmisiones y que influye como un factor esencial en la realización de la misma. La cesión global de activo y pasivo cumple una función económica como instrumento eficiente para la transmisión de empresas pues permite que la empresa transmitida por la sociedad cedente pueda conservarse y continuar al haberse transmitido la misma en su totalidad o en bloque al cesionario quien podrá continuar desarrollando dicho negocio transmitido. Ello es factible pues la transmisión empresarial se realiza por medio de un efecto patrimonial crucial que conlleva la cesión global: la sucesión universal. La LMESM establece el mecanismo de sucesión universal para la realización eficaz de los traspasos patrimoniales entre sociedades. Resulta absolutamente idóneo para posibilitar la eficacia de una Ley (LMESM) que regula operaciones societarias muy complejas que difícilmente se podrían ejecutar sin dicho efecto. El “privilegio” de la sucesión universal es compartido por todas las modificaciones estructurales de carácter patrimonial (cesión global, escisión y fusión) y posibilita la transmisión conjunta de todos los elementos patrimoniales

de la empresa de la sociedad cedente facilitando así la continuidad del negocio y constituyendo, sin lugar a dudas, la herramienta clave que facilita el éxito de la operación. Su realización supondrá un menor coste económico además de la rapidez ya referida. Sin dicho efecto, se reduciría la realización de la cesión global por las muchas dificultades que conlleva la transmisión de los diferentes elementos patrimoniales por separado.

Sin embargo, las transmisiones de empresas atípicas no se pueden realizar de forma simplificada debido a que no se pueden acoger al efecto de sucesión universal propio de las operaciones de modificación estructural, lo cual supondrá la multiplicación de procedimientos de transmisión de cada uno de los elementos patrimoniales que integren dichas empresas.

**NOVENA:** Como contrapartida a las facilidades que otorga la ejecución de la operación mediante el efecto de sucesión universal, la cesión global tiene unos mecanismos específicos para poder proteger en mayor medida a los socios y a los acreedores dando debido cumplimiento al ejercicio de sus derechos e intereses en relación a la ejecución de la operación. De todos modos y como aspectos coincidentes en ambos casos, se pretende transmitir la empresa como objeto de negocios jurídicos como un todo unitario, con una consideración unitaria de la misma a pesar de que la misma esté siempre integrada por distintos elementos plurales y heterogéneos.

Al suponer la sucesión universal una simplificación en la transmisión patrimonial, este efecto conllevará intrínsecamente el reforzamiento de medidas tuitivas que protejan a los colectivos afectados (socios, acreedores y trabajadores) ante la facilidad que supone la realización de la transmisión mediante la operación de cesión global. Estas medidas son recogidas legalmente y se muestran necesarias y tranquilizadoras ante el efecto de la sucesión universal.

**DÉCIMA:** La sucesión universal va unida a las dos posibilidades que pueden afectar a la sociedad cedente tras la realización de la transmisión: su continuidad o su extinción. La sociedad cedente podrá optar por la iniciación de una actividad empresarial tras la realización de la cesión, aprovechando los recursos y estructura de los que ya disponía y con un nuevo patrimonio constituido básicamente por el contenido de la contraprestación

efectuada, o bien, podrá también liquidarse abreviadamente mediante la cesión global de forma más sencilla. Del mismo modo, la sociedad cedente, si se encontrara ya en estado de liquidación, también podrá extinguirse mediante la cesión global liquidatoria.

**DECIMOPRIMERA:** La LMESM articula un desarrollo procedimental semejante para todas las operaciones de modificación estructural reguladas en las que distinguimos distintas fases procedimentales continuas que se deben cumplir para el desarrollo eficaz de la operación. La cesión global de activo y pasivo consigue homogeneizarse en la Ley junto al resto de procedimientos que regulan las restantes operaciones de modificación estructural. La disposición de un procedimiento legislativo adecuado para su realización dividido en las diferentes fases (previa o de negociaciones, preparatoria o documental, decisoria, de pendencia y de ejecución o ejecutiva) con los requisitos necesarios para proteger a socios y acreedores (derecho de oposición para los socios de las sociedades participantes y publicidad necesaria de la operación) contribuye a la eficacia de la operación. La simplicidad en su desarrollo procedimental configura a la cesión global de activo y pasivo como un mecanismo necesario para que los operadores económicos logren la transmisión y conservación de empresas productivas y útiles para fortalecer nuestro tejido económico.

Destacamos el hecho llamativo de que en el régimen legal de la cesión global, a diferencia de lo que sucede en operaciones como la fusión y la escisión, solo cobre protagonismo la sociedad cedente, siendo ignorado en el régimen legal el cesionario hasta su alusión legal en la fase de ejecución o ejecutiva, con el otorgamiento de escritura pública. Esto supone un abandono injustificable en una operación de modificación estructural que debe mostrar la importancia que merece dicha parte y que es, de hecho, la que le otorgan el resto de operaciones de modificación estructural.

También es criticable que esté exenta de regulación legal la fase previa o de negociaciones que precede a la fase preparatoria. Sería conveniente que dicha etapa, carente de regulación normativa, a pesar del contenido legal diferente que la pueda conformar, fuera objeto de regulación legal (al igual que lo sería para el resto de operaciones de modificación estructural). Son muchos los extremos convenientes que se pueden negociar en esta fase de negociaciones y, debido a las insuficiencias legales que va a

mostrar la cesión global en fases posteriores, aun adquiere más sentido que esas carencias queden tratadas y superadas por cedente y cesionario antes del inicio de la fase preparatoria. Del mismo modo, en estas negociaciones previas que deberían articularse, se debería dejar constancia de los derechos, obligaciones y responsabilidades del cesionario, ignorado en la regulación actual, hasta la finalización de la operación.

**DECIMOSEGUNDA:** la operación de la cesión global aparece regulada como una auténtica operación de modificación estructural en la LMESM superando lagunas anteriores en su regulación jurídica si bien sigue carente de un marco legal completo en la regulación procedimental de la operación. La cesión global de activo y pasivo, posee en su regulación unas insuficiencias legislativas en comparación con otras operaciones como la fusión y la escisión. Determinados aspectos revelan una insuficiencia normativa, que podemos concretar en:

- el conjunto de silencios referidos al cesionario cuando sea una sociedad mercantil: este aspecto está repleto de variadas carencias a lo largo de todo el procedimiento.

- el anacronismo y falta de coherencia en la información que se debe proporcionar sobre el proyecto de cesión y el informe de los administradores a los representantes de los trabajadores, extremo regulado en el inciso final del segundo párrafo del art. 87.2 LMESM. Ésta es retrasada excesivamente cuando ya se conozca la adopción del acuerdo de cesión, a modo de olvido por parte del legislador.

- la remisión a la operación de fusión en determinados aspectos procedimentales: establecimiento de los requisitos necesarios para la adopción del acuerdo de cesión global (art.87.1), regulación del derecho de oposición de los acreedores (art.88) e impugnación de la cesión (art. 90). Por otra parte falta una remisión clara a la fusión en otros aspectos de su régimen legal, que no son nada satisfactorios, y que podrían haberse resuelto de este modo.

Dichas deficiencias en la regulación normativa de la cesión global podrían ser aun comprensibles por la novedad de su regulación y conversión a operación de auténtica modificación estructural en la LMESM del año 2009, ley en la que la cesión global de activo y pasivo pasa a configurarse como una nueva herramienta para el traspaso patrimonial del negocio o para la realización de una liquidación simplificada de las em-

presas que facilitará la actividad mercantil. La puesta en práctica de la cesión global por las sociedades mercantiles, por los despachos profesionales, por las notarías y por el propio Registro Mercantil evidencian, entre otros defectos, la necesidad de una mejora en su regulación legal.

**DECIMOTERCERA:** La existencia de lagunas legislativas procedimentales son superadas, en parte, gracias a una interpretación analógica que realiza la doctrina. La operación de fusión es considerada siempre como el referente a considerar en esa labor hermenéutica cumpliendo la función de completar la regulación de la cesión global. Ello se constata en el hecho de que la cesión global de activo y pasivo se remitirá a la operación de fusión en tres puntuales ocasiones a lo largo del desarrollo del procedimiento: en el momento de la adopción del acuerdo, en lo referente al derecho de oposición a los acreedores y en la posible impugnación de la cesión. Ello supondrá para la cesión global de activo y pasivo, en alguna ocasión, el verse también afectada, en virtud de la remisión a la fusión, por normativa dictada exclusivamente para la fusión y la escisión (p.e. por la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital) y que la dotará, a la postre, de mayor coherencia y de la integridad que merece en su regulación procedimental como operación de modificación estructural.

Con respecto a la posibilidad o no de la aplicación analógica de la LMESM a las transmisiones atípicas de empresas que también pretenden la reestructuración empresarial, concluimos que no es posible aplicar por analogía las normas de las operaciones reguladas en la LMESM a otras operaciones no reguladas en la Ley pero que también supongan una transmisión patrimonial. En principio, esto no parece posible observando el art.1 que delimita concretamente las operaciones de modificación estructural y que, en definitiva, ya estaban especificadas en el Preámbulo de la Ley cuando se definen las modificaciones estructurales con una relación exhaustiva de las mismas. Tampoco, atendiendo al art. 4 CC se produce una laguna legal en las transmisiones atípicas de empresas y finalmente la inclusión de la disposición adicional 3ª de la LMESM desdeña

claramente esa posibilidad al incluir un supuesto que impide la utilización de la analogía y extiende el ámbito objetivo y subjetivo de la Ley.

**DECIMOCUARTA:** El régimen legal de la cesión global no posibilita un derecho de separación para aquellos socios que no estén de acuerdo con la realización de la operación. Con la misma taxatividad se plantea la inimpugnabilidad de la operación de cesión global tras la inscripción de la misma en el Registro Mercantil de la sociedad cedente. Esa última circunstancia es la que sustenta el argumento para defender la no recindibilidad de la operación en un procedimiento concursal posterior, justificación que no compartimos.

**DECIMOQUINTA:** Resulta injustificable que la existencia de una naturaleza diversa en los distintos cesionarios (que pueden ser personas físicas, jurídicas, públicas o privadas, como vimos en su momento), pueda ser la causa de la ignorancia de los mismos en las fases preparatoria y decisoria de la operación de cesión global de activo y pasivo. Tanto en la fase de formación de voluntad como en la fase de adopción del acuerdo, el cesionario debe ser referido por la LMESM como parte integrante de la operación otorgándoseles la misma participación que adquiere la sociedad cedente en el procedimiento. Refiriéndonos a la deseable toma de decisión de la cesión global por parte de éstos cuando son cesionarios personas jurídicas, consideramos que será la concreta normativa que regule al cesionario, y no la LMESM, la que debería determinar el sujeto competente para adoptar dicha decisión.

Del mismo modo, no consideramos aceptable justificar las carencias normativas existentes en el régimen jurídico de la operación de cesión global en base a las diferentes realidades jurídicas que son reguladas por esta operación y por las operaciones de fusión o escisión. A pesar de que en la cesión global se da una ausencia de traspaso de socios a la sociedad beneficiaria, ésta no es razón que justifique la acusada merma existente en la cesión global de los mecanismos tuitivos necesarios para llevar a cabo una auténtica operación de modificación estructural que se sitúe al mismo nivel que el resto de operaciones de modificación estructural.

**DECIMOSEXTA:** Consideramos necesario reinterpretar el artículo 91 LMESM para que el régimen de responsabilidad solidaria por las obligaciones incumplidas sea extensivo al supuesto en el que en la operación de cesión global figure un único cesionario. A pesar de que de los términos literales del art. 91 LMESM, parece extraerse la necesidad de que nos hallemos ante la realización de una cesión global plural realizada a dos o más cesionarios, consideramos que es incorrecta la interpretación que se ha venido realizando, pues el contenido de esta responsabilidad debe ser extendido igualmente a aquellos supuestos en los que también figure un solo cesionario. Lo entendemos así porque la pretensión del legislador debe ser, ante todo, el reforzamiento de los derechos de los acreedores debiendo estar igualmente protegidos todos ellos con independencia del número de cesionarios existentes. Por otra parte es deseable cambie el régimen de responsabilidad que, de modo subsidiario, asume la sociedad cedente por las obligaciones incumplidas cuando no se realiza una cesión extintiva. Si no es así, la mayoría de cesiones globales que se lleven a cabo tratarán de ser extintivas, no ya por circunstancias de coyunturales de dificultades económicas, sino para evitar la dureza con la que es tratada la sociedad cedente.

**DECIMOSEPTIMA:** La realidad nos muestra que, de modo poco comprensible, no se rectifican todas las insuficiencias, incoherencias y lagunas existentes en la cesión global en la redacción de lo que será nuestro futuro Código Mercantil (actualmente en tramitación como Anteproyecto aprobado el mes de mayo de 2014). Permanecen idénticos muchos defectos técnicos a lo largo de los quince párrafos del artículo 265, dedicado íntegramente a la regulación de la cesión global de activo y pasivo. Se destaca una mejora relativa a la menor la interpretación analógica que deberá realizarse con respecto a la operación de fusión. Resulta llamativo que la propia LMESM no hiciera estas rectificaciones en el año 2009 dotando a la operación de una mayor precisión y rigor normativos. Ahora durante la tramitación de la Propuesta tiene menos sentido aun, pues se añade una segunda posibilidad de mejora desaprovechada por el legislador cuyas carencias se suceden a lo largo de la regulación procedimental.

Son muchos los extremos desatendidos por el legislador en la Propuesta que debieran haber sido rectificadas para mejorar la operación de cesión global de activo y

pasivo. Resulta desconcertante que el cesionario o cesionarios sigan siendo tratados y desconsiderados igualmente en la regulación actual de la LMESM y en la Propuesta de Código Mercantil donde solo aparecerán formalmente al finalizar la operación cuando el cesionario o cesionarios, junto al cedente, tengan que otorgar escritura pública. Continua pues la desprotección de los intereses de los socios de la posible sociedad cesionaria pero al mismo tiempo tiene lugar una simplificación en la realización de una operación que pretende transmitir una empresa. Todo ello acompañado siempre de la merma producida en la defensa de los dignos intereses de los socios de la sociedad o sociedades cesionarias.

Hubiera sido deseable la adopción por parte de nuestro legislador en la Propuesta de Código Mercantil de un régimen procedimental similar al regulado para la operación de fusión o de la escisión. Era la oportunidad de evitar la gran indefensión, falta de protección o garantías necesarias para cubrir los derechos de los socios o acreedores afectados por la realización de la operación.

Con todo ello, es cierto que se mejora sensiblemente la regulación de la cesión global de activo y pasivo, pues en determinados extremos se le otorga mayor autonomía en su regulación con menores remisiones a la operación de fusión.

**DECIMOCTAVA:** Los años que lleva en vigor la cesión global de activo y pasivo son coincidentes con el período de crisis económica que estamos atravesando siendo la misma un mecanismo extintivo de muchas empresas con dificultades económicas que realizarán con gran simplicidad en su tramitación una cesión de su patrimonio contribuyendo al saneamiento empresarial. Actualmente, creemos entender que el hecho de que se formalice más la cesión global extintiva responde a una situación coyuntural de dificultades económicas en el mercado nacional y supranacional. Se recurre de modo frecuente a esta operación en el ámbito de la liquidación y extinción de la sociedad cedente pues la misma transmite de modo rápido la empresa: la totalidad de su patrimonio o bien, fraccionándolo mediante unidades económicas. Otras veces, las menores, y sin su efecto extintivo generalizado (que ya no es necesario según la regulación actual), la cesión global será utilizada como una vía de depuración de la empresa, especialmente útil en un replanteamiento del objeto social de la sociedad mercantil cedente o bien, desarro-



lando su mismo objeto social, será válida solamente como mecanismo para optimizar sus recursos aprovechando todos los elementos existentes que conforman su estructura corporativa.

**DECIMONOVENA:** Hay un factor importante que ha influido e influirá en la utilización de la cesión global como instrumento de transmisión y liquidación de sociedades frente a otras transmisiones. El factor positivo radica en la menor rigidez formal del proceso de la cesión global en comparación con el observado en operaciones de modificación estructural reguladas en la LMESM como la fusión o la escisión. La realización de la cesión global conlleva una mayor flexibilidad y sencillez en su regulación respecto a estas otras operaciones de transmisión de empresas pues supone una menor exigencia de requisitos formales.

Podríamos tratar de justificar la menor exigencia de requisitos formales y control en la cesión global por las consecuencias estrictamente patrimoniales y no personales que conlleva la realización de la operación. Estamos refiriéndonos al hecho de que no se altera en ningún caso la cuota de participación en la sociedad adquirente, si el cesionario fuera una sociedad, como ocurre, sin embargo, en las operaciones de fusión y escisión que sí alteran y siempre la estructura no solo personal sino también patrimonial de la sociedad adquirente ya que la contraprestación que aquí se realiza consiste en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario. Indudablemente, el pago de una contraprestación en dinero o en especie no va a modificar la estructura personal o corporativa de las sociedades beneficiarias.

Otra posible razón para aligerar de requisitos procedimentales la operación de cesión global podría referir el hecho de que el legislador no pensara en su momento en la posibilidad de un cesionario con la forma de sociedad mercantil y el espíritu de la Ley se centrara únicamente en un cesionario persona física. De hecho, el art. 81.1 LMESM relaciona “*a uno o varios socios o terceros*”, pero en ningún caso refiere el término “sociedad”.

Del mismo modo entendemos que el hecho de que se presenten los requisitos procedimentales “aligerados” para la realización de la operación de cesión global de activo y pasivo, revela de forma suficientemente concluyente la exclusión de que la ce-

sión global de activo y pasivo constituya una operación asimilada a la fusión y, por lo tanto, no forme parte de la regulación dispuesta por el art. 30 de la Tercera Directiva.

Comparando la cesión global con otras transmisiones atípicas de empresas que no están reguladas en la LMESM, como p.e. la compraventa de empresa, consideramos que la cesión global también supone beneficios pues la misma aporta seguridad jurídica en virtud del procedimiento que la regula específicamente, algo que no sucede en esos negocios de transmisión de empresas que se articulan por el Derecho común. La regulación específica de la cesión global por la LMESM posibilita la transmisión de la empresa simplificando la misma y la va a convertir, gracias a la observancia de un procedimiento legal establecido, en inimpugnable.

**VIGÉSIMA:** Es concluyente para la realización de la operación por parte de los operadores económicos considerándolo como una ventaja más que añadimos a la anteriormente referida, el hecho de la flexibilidad que conlleva la operación en su ámbito subjetivo con respecto al sujeto cesionario. Éste podrá ser una persona física, una persona jurídica o sociedad mercantil. Esta posibilidad aparece como extraordinaria entre el elenco de operaciones de modificación estructural reguladas en la LMESM, ya que las demás se realizan exclusivamente entre sociedades mercantiles. La posibilidad de que siga subsistiendo la sociedad cedente y no necesite extinguirse flexibiliza en gran medida la operación.

**VIGESIMOPRIMERA:** Como contrapartida a la anterior conclusión, existe un factor negativo y de gran peso que dificulta la realización de la cesión global de activo y pasivo y que limita actualmente la ejecución de la misma a un 1% con respecto a la realización del resto de operaciones de modificación estructural en el mercado nacional. Este aspecto reside en la inaplicabilidad a la cesión global, excepto en un supuesto concreto, del régimen fiscal especial que establece el impuesto de sociedades para las fusiones, escisiones, aportación de activos y canje de valores. Se produce para la cesión global de activo y pasivo, un incremento del coste fiscal en la imposición directa que será concluyente a la hora de decidir si llevar a cabo o no una cesión global. La ansiada reforma

que pretendía la doctrina para tratar de equiparar así en su tratamiento fiscal a la cesión global con el resto de operaciones de modificación estructural y lograr así los mismos beneficios fiscales, no se ha conseguido tras la reciente publicación de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, en la que se mantiene el mismo tratamiento fiscal para dicha operación. Por ello, creemos conveniente reiterar la necesidad de mejora del régimen fiscal de la operación para lograr así una mayor utilización de esta figura societaria en la práctica mercantil.

Mientras el resto de operaciones de modificación estructural siguen siendo incentivadas en la reforma producida para favorecer la reestructuración empresarial a través de la exención en sus rentas, la renta que se obtiene en la operación de cesión global de activo y pasivo seguirá figurando en la base imponible y será objeto de gravamen en un 28%, según el tipo impositivo general del impuesto sobre sociedades, careciendo pues de cualquier ventaja fiscal.

Es indudablemente mejor el tratamiento fiscal que reciben las operaciones de fusión y escisión frente al otorgado a la cesión global de activo y pasivo, pues éstas tampoco serán gravadas por el impuesto indirecto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, mientras que la cesión global sí estará sujeta a este impuesto. La cesión global de activo y pasivo no disfruta, por lo tanto, de un régimen fiscal que posibilite la realización de la misma ejecutándose en menor medida que el resto de operaciones referidas. La cesión global de activo y pasivo no es susceptible de acogerse al régimen fiscal especial del capítulo VII de la LIS, puesto que la operación se caracteriza mercantilmente como una cesión global de activo y pasivo y no cumple los requisitos establecidos en el artículo 76 del LIS, no pudiendo incluirse en el mismo. Las operaciones reguladas en el artículo 81 de la Ley 3/2009, en las que la entidad cedente transmite todo su patrimonio por sucesión universal a cambio de una contraprestación, no se corresponden con ninguna de las operaciones establecidas en el artículo 76 del LIS.

Otra desventaja real con respecto a otro tipo de transmisiones atípicas de empresas es la limitada naturaleza del sujeto transmitente que en la cesión global queda referido exclusivamente a una sociedad mercantil (art. 81.1LMESM). En cambio, en el negocio de compraventa de empresa, que no es un contrato formal, podemos observar contratantes de cualquier naturaleza: tanto vendedor como comprador.

**VIGESIMOSEGUNDA:** Los colectivos implicados en la realización de una operación de cesión global de activo y pasivo: socios, acreedores y trabajadores mejoran ostensiblemente su posición en la regulación legal que les ofrece el articulado de la LMESM.

Ello es debido, en el caso de los socios, a la toma en consideración de su derecho de información concretado en nuevos requisitos a observar en el desarrollo del procedimiento legal: un derecho de información a los socios sobre el proyecto de cesión, la exigencia de un informe de los administradores y con respecto al acuerdo de cesión adoptado por la junta de socios de la sociedad cedente, se evidencian todo tipo de garantías remitiendo los requisitos para la adopción del acuerdo de cesión global a los propios de un acuerdo de fusión.

Por su parte, los acreedores gozan de un doble mecanismo tuitivo que se concreta en su derecho de oposición a la cesión global (art. 88 LMESM), reformado recientemente por la Ley 1/2012, y que no impedirá la realización de la cesión global aunque el crédito no haya sido satisfecho, aplazándose la obtención de las oportunas garantías tras la realización de la cesión global. La LMESM también refuerza la protección de los acreedores mediante otra herramienta fundamental: el régimen de responsabilidad establecido para garantizar el cumplimiento de las obligaciones cedidas (art. 91 LMESM). Gracias a estas dos medidas, el colectivo de los acreedores no verá mermada su protección ante la realización de la operación de cesión global.

En cambio, consideramos que los trabajadores implicados en la realización de una cesión global no gozan en el art. 87 LMESM de la misma protección que les otorga el art.44 ET, no hallándose coherencia entre dichas disposiciones legales a menos que entendamos que el precepto del art. 39 LMESM, en sede de fusión, es extensivo, como así lo es, a la operación de cesión global, en cuyo caso ya se logra una coherencia legal necesaria, que favorecerá a este colectivo.

**VIGESIMOTERCERA:** Concluimos en la disparidad existente entre los regímenes establecidos por la LSC y por la LMESM a la hora de regular la impugnación de la cesión global de activo y pasivo. Actualmente, la LSC (arts. 204 y ss.) regula la impugnación del acuerdo de cesión global adoptado por la junta general, bajo un único régimen

general de anulación (la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, hace desaparecer la distinción entre acuerdos nulos y anulables). La impugnación de la cesión global, como modificación estructural en sí, una vez inscrita en el Registro Mercantil, es objeto de regulación por la LMESM (por remisión del art. 90 al 47). Las divergencias las podemos constatar en diferentes aspectos que relacionamos a continuación:

Las causas de impugnación reguladas por la LMESM se ciñen a las que se opongan a esta Ley, mientras que la LSC extiende las causas no solo a las que contrarían esta Ley sino también a la Ley de Defensa de la Competencia o las que hacen referencia a la Contabilidad.

La legitimación activa para realizar una acción de impugnación está limitada en la LSC a los accionistas que reúnan una participación de minoría del 1% para las sociedades no cotizadas y del 0.1% para las cotizadas, en cambio la LMESM no establece nada al respecto.

El plazo para el ejercicio de la acción de impugnación se concreta en la LSC en un único plazo de un año procediendo desde la reforma a la concreción del inicio del cómputo del plazo para realizar la acción de impugnación y mejorando así la falta de exactitud de la anterior redacción.

El *dies a quo* es la fecha de su oponibilidad, es decir, desde su publicación en el BORME. En cambio la LMESM establece el plazo de tres meses para quien invoca la nulidad del acuerdo (art. 47.2 LMESM), desde que la cesión sea oponible a quien invoca la nulidad. La LMESM se refiere solo a la impugnación basada en la nulidad del acuerdo.

Por último, la LSC refiere que la nulidad de la adopción del acuerdo de cesión global se ciñe a lo establecido en la doctrina general de la nulidad de los negocios jurídicos mientras que la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, en su art. 47.3 LMESM establece que la sentencia que declare la nulidad no afectará por sí sola a la validez de las obligaciones nacidas después de la inscripción de la cesión global.

**VIGESIMOCUARTA:** Tras el estudio de la factible implicación de la operación de cesión global en un estadio concursal, concluimos que es difícil su implantación en este ámbito pues, en primer término, ambos escenarios: LMESM y LC no están armonizados por lo que se presentan dificultades añadidas a la hora de tratar de combinar el procedimiento societario en el marco concursal. Para facilitarlos, en ocasiones deberemos realizar una labor hermenéutica que facilite su entendimiento en extremos contradictorios. La integración debe procurarse entre ambas regulaciones legales siendo recomendable también, en segundo lugar, que la LC realice un tratamiento legal adecuado a las operaciones de modificación estructural, que son casi ignoradas por la LC.

La cesión global constituye una vía alternativa al concurso o para la solución del mismo, ya sea en la fase común, de convenio o de liquidación. Destacamos en este sentido la conveniencia de la adopción de la cesión global de activo y pasivo como modificación estructural solutoria en el desarrollo del procedimiento concursal poniendo fin al mismo mediante la realización de la misma y logrando así una función conservativa de la empresa concursada en la fase común del concurso. Por ello ha sido idónea la reforma acometida por la Ley 38/ 2011 a la hora de anticipar la posibilidad de adoptar una cesión global de activo y pasivo a la fase común del concurso (art. 100.3 LC) pues de este modo se da cumplimiento a funciones referidas esenciales que presiden el Derecho Mercantil Moderno como son la solución del concurso y la conservación de la empresa. Igualmente consideramos conveniente la realización de una cesión global como contenido principal del convenio del deudor con los acreedores tratando de evitar así la liquidación del concurso. En la fase de liquidación concursal también tiene cabida la cesión global y defendemos la conveniencia de la misma justificada por la sucesión universal de su patrimonio, si bien en este estadio ya tendrá unas consecuencias nada conservativas ni satisfactorias para la empresa, a pesar de las ventajas que puede suponer siempre la adopción de una cesión global liquidatoria o simplificada para dar término al concurso.

Añadimos también de modo concluyente que con respecto a la reciente incorporación de la cesión global de activo y pasivo a la fase común del concurso, a pesar de ser una medida absolutamente coherente y moderna, necesaria en la cultura concursal actual, la misma debería dejar de estar regulada como una excepción en el art. 43 LC siendo conveniente la consideración de la misma como una medida más de carácter so-

lutorio en el desarrollo de esta fase común. Se debería ahondar en la función conservativa de la empresa, algo bastante ignorado en esa fase del procedimiento en la que tiene actualmente un carácter excepcional e inapropiado.

También es deseable, y denotará mayor cultura concursal, destacar del mismo modo, la ventaja que supone acometer una modificación estructural en la fase común y sin que sea necesario llegar a la fase de liquidación del concurso, dando así una salida al mismo de forma conservativa que siempre va a beneficiar al conjunto de colectivos relacionados con dicha empresa. Ambos aspectos deberían concretarse de forma puntual en dos legislaciones que actualmente colisionan y que no establecen siempre medidas coherentes: la LMESM y la LC.

**VIGESIMOQUINTA:** En el contexto concursal referido, es recomendable también, tal como argumentábamos en su momento y en el ámbito del convenio concursal, delimitar determinados aspectos imprecisos de la Ley e integrar en sus disposiciones a la LMESM y a la LC para así poder defender la integridad del sistema. Por ello, se habría de fijar en una próxima reforma legislativa el momento exacto de la adopción de los acuerdos referidos a las modificaciones estructurales: acuerdos de cesión global de activo y pasivo, objeto de nuestro estudio.

Defendemos la conveniencia de que los acuerdos de cesión global de activo y pasivo sean adoptados por las juntas generales de socios tras la celebración de un convenio concursal, de cuyo contenido formó ya parte la cesión global. Dicho convenio fue aprobado por la junta de acreedores y por el juez y no se encuentra sometido a ninguna condición posterior no vulnerando entonces, ninguna disposición de la LC.

**VIGESIMOSEXTA:** Por otra parte, es conveniente también fijar y distinguir en una próxima reforma legislativa la realidad de los diferenciados derechos de oposición de los acreedores que regulan la LMESM y la LC respectivamente. Ambos se ejercitan y distinguen por sus actores, características y momentos de ejecución. Existe, por un lado, el derecho de oposición de determinados acreedores concursales al convenio concursal que debe aprobar el juez del concurso y que solo podrá fundamentarse en los motivos tasados en el art. 128 LC y que versan sobre la legalidad del convenio.

También se configura el derecho de oposición, en sede societaria, al acuerdo de cesión global, cuyos actores serán los socios de la sociedad concursada y cuyo contenido, según el art. 88LMESM, (que se remite al art. 44 en sede de fusión), se justifica siempre que los créditos de los acreedores nacidos antes de la publicación del proyecto, que no se encuentren vencidos y que no estuvieran suficientemente garantizados.

Como conclusión, es necesaria una regulación coherente e integradora de ambas legislaciones: LMESM y LC, en la regulación de estos extremos.

**VIGESIMOSEPTIMA:** Consideramos que es realizable la rescisión concursal de una cesión global siempre que la misma esté autorizada por el art. 71 LC dentro de un procedimiento concursal posterior aunque la LMESM haya concluido anteriormente de modo válido y eficaz la realización de dicha operación de cesión global. Es decir, si se acredita en el procedimiento concursal abierto con posterioridad, que dicha operación de cesión global fue perjudicial para la masa activa, ésta será rescindible, a pesar de la eficacia que obtuvo en el ámbito de la legislación societaria. Esa eficacia adquirida por la legislación societaria no “blinda” a la cesión global en el transcurso de un posterior procedimiento concursal en el que la cesión global podría ser rescindida sin haber ningún tipo de contradicción entre ambos procedimientos ya que la LC no fundamenta la rescisión en la concurrencia de vicios de ineficacia como lo hace la LMESM para realizar la impugnación sino en una realidad verificada posteriormente en la que se califica dicha cesión global como perjudicial para la masa activa y es, por ello, susceptible de rescisión concursal según el art. 71LC.

Tampoco tiene consistencia jurídica el argumento que impide una rescisión concursal por la dificultad que entraña la acción de reintegración, consecuencia de la declaración judicial de la misma, es decir, por los propios efectos de la rescisión. Ésta es una cuestión separada y una consecuencia propia de la rescisión que tendrá que tratar de solventarse, a pesar de su dificultad, por la Ley Concursal (art. 73 LC) pero que no es óbice para impedir declararla judicialmente.

Entendemos, pues, que no hay contradicción entre las legislaciones societaria y concursal a este respecto sino presupuestos distintos que tienen que ser claramente diferenciados.



**VIGESIMOCTAVA:** Es recomendable que el legislador revise la contradicción existente entre los apartados 1 y 2 del art. 47 LMESM al que se remite la operación de cesión global ya que el apartado 2° se determina que el plazo para el ejercicio de la acción de impugnación caduca a los tres meses, contados desde la fecha en que la cesión global fuera oponible a quien invoca la nulidad. Es por lo tanto absolutamente desconcertante que se hable de caducidad para la acción de nulidad. Para tratar de dar una coherencia al apartado 2° con respecto al 1° en el que se impide la impugnación de la cesión global, debemos realizar una interpretación correctora de la que inferimos que cabrá el ejercicio de la impugnación solamente cuando la cesión no se haya realizado de conformidad con las normas imperativas de esta Ley, es decir, se incluyan estos supuestos: cuando no se hayan cumplido las exigencias impuestas por la LMESM, ya sea por vicios procedimentales o por vicios en los acuerdos adoptados, vicios no subsanables en sede registral que por ser abusivos, no fueron advertidos por el registrador, en cuyo caso la cesión global deviene impugnabile. Por lo tanto, una interpretación sistemática sería en este caso inadmisibile dada la absoluta incoherencia que resulta de ambos párrafos, susceptibles de mejora en su redacción.



## Fuentes consultadas

### 1. Bibliografía

- ALONSO ESPINOSA, F.J., *El proyecto de escisión de sociedades anónimas, en Derecho de sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*. Vol.V, Madrid, 2002.
- ALONSO LEDESMA, C., *Algunas consideraciones en torno a la sucesión universal como rasgo caracterizador de la segregación frente a la aportación de rama de actividad, en Derecho de sociedades, Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Vol. V, Madrid, 2002.
- La transmisión de la empresa o de unidades productivas del empresario insolvente como contenido del convenio concursal*, en el VIII Seminario Harvard-Complutense de Derecho mercantil, en la Harvard Law School, con el patrocinio de Allen & Overy, Banco Santander, J & A Garrigues, Ilustre Colegio de Registradores de España e Ilustre Colegio Notarial de Madrid
- ALONSO UREBA, A., “Comentario al Proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: IV. Cesión global de activo y pasivo” en *Revista de Derecho de Sociedades*, nº.31, 2008, pgs. 69-81.
- “La cesión global de activo y pasivo: elementos de caracterización, clases y régimen”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm.33, 2009, pgs. 19-43.
- *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, vol. II. pgs 629 a 670, 2009.
- y RONCERO SÁNCHEZ, A., “La viabilidad de la aportación de una unidad económica tras la introducción de la segregación por la Ley de modificaciones estructurales”, en *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 34.

- ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., *Fusión apalancada y asistencia financiera: el art.35 de la Ley de Modificaciones Estructurales*, en *Anales, Academia matritense del notariado*, tomo I, curso 2009/2010.
- ANGWIN, D., *Mergers and acquisitions across european borders: National perspectives on preacquisition Due Diligence and the use of professional advisers*, en *Journal of World Business*, vol.36 Issue 1, 2001, pgs. 32-57.
- ANSÓN PEIRONCELY, R, BANACLOCHE PÉREZ, J, GARRIDO DE PALMA, V.M., *La ley 3/2009 de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, 2009.
- La reestructuración empresarial y las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, 2010
- Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, 2013.
- ARANGUREN URRIZA, F.J., “Modificaciones estructurales y concurso de acreedores”, cap. XI, en *Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, (coord. GARRIDO DE PALMA, V.M., ANSÓN PEIRONCELY, R., BANACLOCHE PÉREZ, J.), 2013.
- ARRIETA Y MARTÍNEZ DE PISÓN, J. (dir), COLLADO YURRITA, M.A. (dir), ZORNOZA PÉREZ, J.J. (dir), BÁEZ MORENO, A. (coord.), JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L’HOTELLERIE-FALLOIS (coord.). “La sucesión en el Derecho tributario: especial consideración de los supuestos de cesión global del activo y pasivo”, tomo 1 en *Tratado sobre la Ley General Tributaria: Homenaje a Álvaro Rodríguez Bereijo*, 2010, pgs. 895-916.
- ARROYO VENDRELL, T., “Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”. *Derecho de los Negocios*, 2009 oct, nº 229, pgs. 5-23.
- ÁVILA NAVARRO, P.; ÁVILA JARRÍN, F.J. y CARBALLO CASADO, C., *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: Ley 3/2009*, 2 vols., Barcelona, 2009.
- BATALLER GRAU, J., *Las operaciones societarias de modificación estructural: análisis de su tratamiento jurídico tributario y contable*, 2001, pgs 285-302.

- BATALLER GRAU, J., FERNÁNDEZ DEL POZO, L., MERCADES UGUINA, J.R.,  
*Disolución y liquidación de sociedades mercantiles*, Valencia, 2009.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, E. *La disolución de la S.A.*, Madrid, 1991.
- La extinción de la sociedad de responsabilidad limitada, en (AAVV): *La reforma de la sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid, 1994, pg. 881.
  - “Las modificaciones estructurales y el concurso de acreedores”, conferencia, en Anales, Academia matritense del notariado, tomo I, curso 2009/2010, en *El notario del siglo XXI*, núm. 31 y en [www.elnotario.com](http://www.elnotario.com)
- BELTRÁN SÁNCHEZ, E. y SANJUAN y MUÑOZ, E. (dir), “La reintegración de la masa”, *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 39, 2012, pgs.199-208.
- BENEYTO PÉREZ, J.M., LARGO GIL, R (DIR.), HERNÁNDEZ SAINZ, E (coord.),  
*Transmisiones de empresas y modificaciones estructurales de sociedades*, Madrid, 2010.
- BERCHE, E., “El principio de neutralidad fiscal”. En AA.VV.: *Las operaciones societarias de modificación estructural*, Valencia, 2001.
- BERCOVITZ RODRIGUEZ- CANO, A., “La fusión de sociedades”, en AAVV: *La reforma del derecho español de sociedades de capital* (coord. Alonso, Chico, Lucas), Madrid, Civitas, pgs. 631-661, 1987.
- Apuntes de derecho mercantil (Derecho mercantil, derecho de la competencia y propiedad industrial)* Madrid, 2013.
  - Y BARBA DE VEGA, J. Y BERCOVITZ ÁLVAREZ, R., *Sociedades Mercantiles*, Madrid, 2013.
- BLANQUER UBEROS, R., *Disolución, liquidación y reactivación de las sociedades anónimas y limitadas*, Madrid, 2001.
- BOQUERA MATARREDONA, J., “Modificaciones estructurales adoptadas por la junta universal”, en *La junta general de las sociedades de capital*, (coord. RODRIGUEZ, F., FARRANDO, I., GONZÁLEZ, F., TENA), Colegio notarial de Madrid, 2009.
- “La transformación de las sociedades mercantiles”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 309, (Ejemplar monográfico dedicado a: Ley de modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles), 2009.

- BROSETA PONT, M., MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de derecho mercantil*, Vols. I. y II. 21ª Madrid, 2014.
- CABANAS TREJO, R., en “Modificaciones estatutarias y estructurales de la sociedad de responsabilidad limitada. Disolución y liquidación”, *La Notaría*, nº 6, 1996.
- CABANAS TREJO, R. y BONARDELL LENZANO, R., “Modificaciones estructurales en el concurso de acreedores”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, nº. 18, 2013, pgs. 93 a 106.
- CALVO VÉRGUEZ, J., “Las operaciones de cesión global de activo y pasivo en el nuevo marco de las sociedades de capital”, *Diario La Ley*, nº. 7516, 2010.
- “Fusiones y escisiones de sociedades. Aspectos prácticos fiscales y contables”, *La Ley*, 2011.
- CAMACHO DE LOS RÍOS, J., *La cesión global de activo y pasivo como mecanismo de liquidación y como supuesto de modificación estructural*. Madrid, 2004.
- CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Comentarios del Código Civil*, 1981.
- Estudios de Derecho Mercantil*, vol.2º, Madrid, 1977, pgs. 388 y ss.
- CAMPS RUIZ, L.M., *Puntos críticos del cambio de titularidad de la empresa*. Valencia, 1997
- CARDENAL MURILLO, A, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L., *Estudios sobre la sociedad anónima*, tomo 2, Madrid 1993, pgs. 419-434.
- CARRASCO PERERA, A., *Las cartas de intenciones, en Régimen jurídico de las adquisiciones de empresas*, (dir. ÁLVAREZ ARJONA, J.M. y CARRASCO PERERA, A), Pamplona, 2001, pgs. 83-134
- CARRASCO PERERA, A. F., ÁLVAREZ ARJONA, J. M., *Adquisiciones de empresas*, Madrid, 2010, pgs. 581-609.
- CAVALCANTI, J. M., “El régimen legal de la cesión global de activo y pasivo. Consecuencias”, en *El Fisco*, nº. 158, 2009.
- CERDÁ ALBERO, F. *Escisión de la sociedad anónima*, Valencia, 1993.
- “Modificaciones estructurales societarias y concurso de acreedores: acciones de impugnación y convenio concursal”, en *El Derecho Mercantil en el umbral del Siglo XXI (Homenaje al Prof. Fernández Nóvoa)*, Madrid, 2010.

- “Segregación de la Sociedad anónima y de la sociedad de responsabilidad limitada”, *Revista de Derecho Mercantil* oct.-dic. 1994, pgs. 935-971.
- “Fusión y escisión de sociedades en liquidación y de sociedades en situaciones concursales”, *Revista General de Derecho*, julio-agosto, 1998, pgs.9331 y ss.
- CHULIÁ, VICENT., *Introducción al derecho mercantil*, Valencia, 2002.
- CISS, grupo Wolters Kluwer, *2000 soluciones sociedades mercantiles*, pg. 339, 2012.
- CONDE FUENTES, J., “El Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo: refinanciación y reestructuración de deuda empresarial”, *Revista de Derecho Civil* vol. I, núm.2, abril-junio, 2014.
- CONDE TEJÓN, A., “Las modificaciones comunitarias en materia de información de las operaciones de modificación estructural de las sociedades mercantiles”. *Revista de derecho de sociedades*, nº. 34, 2010-2011, pgs. 527-545
- “Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles como subtipo de operaciones de reestructuración empresarial caracterizadas por la sucesión universal. (Solución al régimen aplicable a la aportación de rama de actividad y a la cesión parcial de activo y pasivo)” *Revista de Derecho de Sociedades*, nº.35, 2011-, pgs. 65-90
- “La nueva regulación española sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. BOE nº. 82, de 4 de abril de 2009”. *Revista de Derecho de Sociedades*, nº. 33, 2009, pgs. 387-397.
- *Cesión global de activo y pasivo como operación de modificación estructural (Procedimiento aplicable, sucesión universal y protección de acreedores)*, Colegio de registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles de España, Madrid, 2004.
- “Cesión global de activo y pasivo: caracteres, naturaleza jurídica, procedimiento y efectos de la operación (RDGRN de 22 mayo 2002 [RJ 2002, 9139])”. *Revista de Derecho de Sociedades*, nº. 21, 2003, pgs. 261-282.
- “Procedimiento aplicable a la cesión global de activo y pasivo y efectos” en *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, vol. II. pgs. 673 a 721, (Coord. RODRIGUEZ ARTIGAS, F.) Madrid, 2009.

- “Simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital y otras reformas societarias”, *Revista de Derecho de Sociedades*, nº.39, 2012, pgs.529-552.

CONTRERAS DE LA ROSA, I., “Cesión global de activo y pasivo. Aspectos contractuales y societarios” (monografía), *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 41.

CORTES DOMÍNGUEZ, L.J.; PÉREZ TROYA, A., “El derecho de oposición de los acreedores a la fusión de las sociedades” (art. 243 LSA). *Revista de Derecho de Sociedades*, nº.16, , año 2001, pgs. 39 a 69.

- “La Ley de modificaciones estructurales y el nuevo régimen de la fusión”, *El Derecho Mercantil en el umbral del Siglo XXI (Homenaje al Prof. Fernández Nóvoa)*, Madrid, 2010, pgs. 125-137.

- “El derecho de oposición de los acreedores a la fusión de las sociedades (art. 243 LSA)” en: *Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Madrid, 2002.

- “Algunas notas sobre la fusión de sociedades de capital en liquidación societaria o concursal”, en AAVV: *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, 2005, pgs. 4805 y ss.

- En AAVV: tomo IX, Dir. Uría, Menéndez, Olivencia, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, pgs. 526-527, Madrid, 2008.

- “Novedades en el régimen de la fusión”, en *El notario del siglo XXI*, nº 28 (noviembre-diciembre 2009)

CUÉLLAR GÓMEZ, D., “Principales novedades introducidas por el RDL 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal” en *Elderecho.com*, sept. 2014.

DÁVILA MILLÁN, E., “Apuntes de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, en *El Derecho Mercantil en el umbral del Siglo XXI (Homenaje al Prof. Fernández Nóvoa)*, Madrid, 2010, pgs. 139-150.

DE ELÍAS-OSTUA RIPOLL, R., “La junta universal”, *Revista de Sociedades*, 1994, nº.3, pgs. 190 a 200.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Estudios de Derecho Mercantil*, vol.2º, 1977, pgs. 388 y ss.



- DÍAZ MORENO y JUSTE MENCÍA, “Apuntes de urgencia sobre la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital”, en *Revista de Derecho de Sociedades*, nº.39, 2013, pgs.199-228.
- DÍEZ- PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I: Introducción a la teoría del contrato*, Cizur Menor (Navarra), 2007.
- DOMÍNGUEZ MARTÍN, A., “Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles” en *Lex Nova: LaRevista*, nº. 58, 2009, pgs. 36-38.
- EMBED IRUJO, J. M., “El presente incierto del derecho de sociedades”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 272, año 2009, pgs 453-482.
- “Algunas reflexiones sobre las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles” en *Anales (Centro para la investigación y desarrollo del derecho registral inmobiliario y mercantil*, 1997/1999 (2), pgs. 45-60.
  - “En torno a las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (fusión, escisión y otros procedimientos similares)”. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 1991 sep. (9), pgs. 13-38.
  - “Principios de tratamiento de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles en el derecho español” en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, nº 28, pgs.31-46, abril 1999.
  - “Aproximación al significado de la Ley 3/2009, de 3 de abril, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles” en *Noticias de la Unión Europea*, nº 309, pgs. 3-9. (Ejemplar monográfico dedicado a: Ley de modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles ), 2009.
  - “Notas para el estudio de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, en *Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid, 1991, pgs 291-303.
  - “Apuntes sobre la evolución del derecho español de sociedades desde la perspectiva del ordenamiento comunitario”, en *El Derecho Mercantil en el umbral del Siglo XXI (Homenaje al Prof. Fernández Nóvoa)*, Madrid, 2010, pgs. 151-162.
  - y VITOLO, D., LEÓN SANZ, F.J. (dirs), RODRIGUEZ SÁNCHEZ, S. (coord), *Derecho de Sociedades y Concurso. Cuestiones de actualidad en un entorno de crisis*. Granada, 2011.

- “Grupos de sociedades y modificaciones estructurales”, en AA.VV., *Modificaciones estructurales y reestructuración empresarial*, Garrido de Palma, V.M. (dir), Valencia, 2012, pgs. 53 a 81.
- ESCRIBANO GAMIR, R., “La protección de los acreedores sociales frente a la reducción del capital social y a las modificaciones estructurales de las sociedades anónimas”, *Revista de Derecho de Sociedades* (monografía), nº. 10 Madrid, 1998.
- “Derecho de oposición de los acreedores”, en *Diccionario de Derecho de Sociedades*, dir. Ledesma, A., Madrid, 2006, pgs.484-490.
- “Derecho de oposición de los acreedores”. En: AAVV.: *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Madrid, 2009.
- ESCRIBANO GÁMIR, M.C., “La protección de los acreedores sociales frente a las operaciones de fusión y escisión de sociedades de capital a la luz de la reforma del artículo 44 de la Ley de Modificaciones estructurales (Real Decreto-Ley 9/2012, de 16 de marzo)”, en *Diario La Ley*, nº 7855, Madrid, 2012.
- EIZAGUIRRE BERMEJO, J.M., “Disolución y liquidación”, en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, SÁNCHEZ CALERO, F. Tomo VIII, Madrid, 1993.
- ESPIGARES HUETE, J.C., *La acción rescisoria concursal, Estudios de Derecho Concursal*, Madrid, 2011.
- FARRANDO MIGUEL, I., “La reforma de la LSC y el régimen transitorio de la impugnación de acuerdos sociales” en *Diario La Ley*, núm. 8491, marzo 2015.
- FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA CLAROS, I., “El nuevo derecho de oposición de los acreedores a las reestructuraciones empresariales” en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, nº. 59, 2013, pgs. 71-84.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La cesión global de sociedades anónimas (arts. 266 LSA y 246 RRM). Un caso de incorrecta transposición de las III y VI Directivas” en *Revista de Derecho de Sociedades*, nº.14, 2001, pgs. 253-273.
- “El Derecho contable de fusiones y de las otras modificaciones estructurales: problemática contable” en la *Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Madrid, 2010.

- FERNÁNDEZ NOVOA, C, GARCÍA VIDAL, A, GÓMEZ SEGADE, J.A., *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI*, Madrid, 2010.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A. “Reflexiones sobre las soluciones preconcursales” en *Revista de Derecho concursal y paraconconcursal*, nº 16, 2012.
- FERNÁNDEZ SEIJÓ, J.M., “Los posibles escenarios concursales de la Ley de Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, en *www.elderecho.com*, 2010.
- Y BLAZQUEZ MARTÍN, R. y RODRÍGUEZ ACHUTEGUI, E., *Guía visual de la Ley concursal*, Barcelona, 2004
- FERNÁNDEZ TORRES, I., “La cesión global del activo y pasivo como operación de modificación estructural” en *Transmisiones de empresas y modificaciones estructurales de sociedades* (Dir. BENEYTO PÉREZ, J.M. y LARGO GIL, R.), Barcelona, 2010
- FERRANDO VILLALBA, L., “La escisión de sociedades en la LMESM de 2009: las pretendidas novedades de una reforma incompleta”. *Noticias de la Unión Europea*, núm.309, (Ejemplar monográfico dedicado a: Ley de modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles )
- FLAQUER RIUTORT, J., “La protección de los accionistas en los procedimientos de fusión de sociedades”, en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, nº 10, diciembre 1991, pgs. 105-171.
- GÁLLEGO LANTAU, M., “La cesión global plural de activo y pasivo”. *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 38, 2012, pgs. 281-304.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., “Liquidación societaria y formas de actuar la liquidación social”, *Revista General de Derecho* 640-641, ene.-feb., pgs. 549-613, 1998.
- GARCÍA LUDEÑA, M.T., GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ, J.M. y VALERO SOLER, M.J., en “Importante reforma en el ámbito de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. BOE 4-4-09”, en *El notario del siglo XXI*, nº 25, 2009.

GARCÍA VALDECASAS, J.A., “Proyecto de ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles” en *www.notariosyregistradores.com*, 2008

-“Estudio y resumen de la Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, en *www.notariosyregistradores.com* (1 de junio de 2009)

GARCÍA VILLARRUBIA, M., “A vueltas con las acciones de reintegración concursal. ¿Es posible rescindir una modificación estructural traslativa?”, *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil*, nº 8, 2013.

- “Los acuerdos de refinanciación homologados y el riesgo de su rescisión”, en *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil* nº 15, 2014

GARCÍA VILLAVERDE.R., “Proyecto de fusión no aprobado por la Junta General de una de las sociedades que lo suscribieron” en *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 6 1996, pgs. 199-210.

GARDEAZABAL DEL RÍO, F. J., *Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación*, Madrid 1990.

- La cesión global de activo y pasivo, en AAVV: *La sociedad de responsabilidad limitada*. Dir. Aranguren Uriza, Madrid, 1998, pgs. 711-785.

- “Panorámica de las modificaciones estructurales en las sociedades mercantiles” en *Homenaje a D. Antonio Hernández Gil*, 2001, pgs. 2677 -2704.

- “La cesión global del activo y pasivo tras la Ley 3/2009 de 3 de abril, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles” en AA.VV. *Homenaje a Víctor Manuel Garrido de Palma* / coord. por SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.C., GARDEAZABAL DEL RÍO, F.J. Y GARRIDO CHAMORRO, P., 2010, pgs. 1285 - 1359.

GARRIDO DE PALMA, V.M., ANSÓN PEIRONCELY, R, BANACLOCHE PÉREZ, J. *La reestructuración empresarial y las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Valencia, 2010.

-*Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Valencia, 2013

GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades*, tomo I, Madrid, 1976.

GISPERT PASTOR, M.T., “La noción de la empresa en la Constitución española”, en AAVV, *La empresa en la Constitución española*, Madrid, 1989.

GÓMEZ SEGADE, J.A. Y GARCÍA VIDAL, A., *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI*, Madrid, 2010.

GÓMEZ PORRÚA, J. M., “Hacia una nueva regulación general de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (Proyecto de Ley 121/ 000004)” en *Derecho de los Negocios*, nº 214, Madrid 2008.

- “Nueva regulación general de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (Ley 3/2009 de 13 de abril)” en *Derecho de los Negocios*, nº 224, Madrid, 2009.

GONZÁLEZ-MENESES “El nuevo régimen de la escisión”, en *Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, El notario del siglo XXI*, nº 27.

GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M., “La cesión global del activo y del pasivo” en *La Notaría*, septiembre, 1999.

- “La cesión global de activo y pasivo como ilusión jurídica colectiva, o de cómo el Título IV de la Ley 3/2009 vulnera la tercera directiva” en *El notario del siglo XXI*, nº.28 (noviembre-diciembre 2009).

- “La Ley 3/2009, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, y el retroceso del derecho civil” en *Anales, Academia matritense del notariado*, tomo I, curso 2009/2010.

GONZÁLEZ-MENESES, M. Y ÁLVAREZ ROYO VILLANOVA, S., “Cesión global de activo y pasivo” en *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Madrid, 2011.

- “Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, *El notario del siglo XXI*, nº 27 (noviembre-diciembre 2009).

GONZÁLEZ NAVARRO, B., “La rescisión de las modificaciones estructurales societarias”, en *La reintegración de la masa*, Congreso de Antequera, IV Congreso Español de Derecho de Insolvencia, VII Congreso de Derecho Mercantil y Concurusal de Andalucía, 2012, BELTRÁN SÁNCHEZ, E. y SANJUAN y MUÑOZ, E. (dir), 2012.

GUASCH MARTORELL, R., “Consideraciones en torno al tratamiento legislativo y doctrinal de la segregación patrimonial y la cesión global del activo y del pasivo” en *Revista jurídica de Catalunya*, Vol.98, nº 1, 1999, pgs. 31-47.

- GUTIÉRREZ GILSANZ, A., “Tutela de los acreedores frente al convenio concursal: oposición, nulidad y declaración de incumplimiento”. (Monografía 7), asociada a la *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2007, pgs. 282-283.
- “Cesión global de activo y pasivo y concurso de acreedores” en *Revista de derecho concursal y paraconcursal: anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, nº 14, 2011, pgs151-172.
- HALLET CHARRO, R., “Due diligence”, en *Régimen jurídico de las adquisiciones de empresas*, dir. José M<sup>a</sup> Álvarez Arjona y Angel Carrasco Perera, Pamplona, 2001, pgs. 135-189.
- HENAO BELTRÁN, L.F., “Tutela de los socios de las sociedades de capital en las operaciones de modificación estructural” en *Revista Mercatoria*, vol.12, nº 1 Universidad de Colombia, dpto. derecho comercial, enero-junio, 2013.
- HUALDE LÓPEZ, I. (coord.), *Las soluciones a la situación de insolvencia. Un análisis jurisprudencial y económico* Madrid, 2014.
- IGLESIAS, J.L. Y GARCÍA DE ENTERRÍA, J., “Las modificaciones estructurales de las sociedades” en AA.VV. *Lecciones de derecho mercantil*, Dirs. MENÉNDEZ, A. y ROJO, A, Coord. APARICIO, M. L., Madrid, 2011, pgs. 576-580
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J., *Lecciones de derecho mercantil*, Madrid, 2010.
- *Derecho Mercantil I*, Madrid, 2013
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. y DÍAZ MORENO, A., “Algunas cuestiones en torno a la reforma del régimen del convenio concursal operada por el Real Decreto-Ley 3/2009”, en *El Derecho Mercantil en el umbral del Siglo XXI (Homenaje al Prof. Fernández Novóa)*, Madrid, 2010, pgs. 743-754.
- *Lecciones de Derecho Mercantil*, Sevilla, 2013, pgs. 615 y ss
- “Derecho Mercantil”, vol.10º, en *Derecho concursal*, Madrid, 2014.
- JURADO RODRÍGUEZ, A.B., MARTÍNEZ MARTÍNEZ, P.J., DOMÍNGUEZ LEANDRO, J., *Prácticum sociedades mercantiles*, Madrid, 2014.
- LARA GONZÁLEZ, R., “Modificaciones estructurales societarias y adhesión al sistema arbitral de consumo” en *Revista de Derecho Mercantil*, nº 276, 2010, pgs. 561-606.

- LARGO GIL, R., “Reflexiones sobre el régimen de la fusión y de la escisión en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada”, en AAVV: *Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Estudio sistemático de la Ley 2/1995*, Dir. Alonso Ureba y otros, 1996, pgs. 967-994.
- “La modificación del proyecto de fusión por los socios”. En: *Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Madrid, 2002, pgs. 5041 y ss.
  - “Adopción de los acuerdos de fusión de sociedades en Junta Universal. Resolución de la R.D.G.R.N. de 30 de junio de 1993”, *Revista de Derecho de Sociedades*, nº.2, 1994, pgs.247-255. (Referido en el libro del colegio notarial de Madrid pg 205.)
  - “Las modificaciones estructurales de las sociedades según la Dirección General de los Registros y del Notariado”, en *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 9,1997, pgs. 143-185.
  - *La fusión de sociedades mercantiles. Fase preliminar, proyecto e fusión e informes*, Madrid, 2000.
  - *La fusión y escisión de las sociedades como contenido del convenio concursal, en Homenaje a Rafael García Villaverde*, T. III, Madrid, 2007, pgs. 2135-2153.
  - “La fase previa y el proyecto de fusión”. En: AA.VV.: *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Madrid, 2009.
  - “El convenio concursal mediante la modificación estructural de la sociedad concursada: (algunas consideraciones a los cuatro años de la entrada en vigor de la Ley concursal)” en *Revista de derecho concursal y paraconcursal: anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, nº.9, 2008, pgs.87-116.
- LARRIBA DÍAZ-ZORITA, A. Y MIR FERNÁNDEZ, C., “Aspectos contables de la ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, *Revista de Derecho de Sociedades*, 2010, nº 34, pgs. 167-199.
- LÁZARO SÁNCHEZ, E. J., “La fusión, escisión y cesión global de activo y pasivo en el Proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (Reflexiones sobre los arts. 96 y 118 BOCG, 25 de enero de 1994/Nº 48-1)” en *Actualidad Civil*, núm. 3, 1994, pgs. 609-623.
- LEÓN SANZ, F. J., “Modificaciones estructurales de sociedades Cooperativas. Distribución de competencias entre el estado y las Comunidades Autónomas” en *Es-*

- tudios de Derecho Mercantil homenaje al profesor Justino Duque Domínguez*, vol. I, Valladolid, 1998 pgs. 465-488.
- “La significación de la información contable en las modificaciones estructurales”, en *Derecho de Sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, volumen II, Madrid, pgs. 2143-2185.
  - “Comentarios al Proyecto de Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles. Transformación” en *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 31, 2008, pgs. 19 y ss.
  - “Los antecedentes y los aspectos generales de la transformación”, en *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, vol. I, pgs. 89 a 127, Madrid, 2009.
- LIMMER, P. *Handbuch der Unternehmensumwandlung, von Hanswerner Neye*. Berlín, 1996.
- LÓPEZ ORTEGA, R., “El régimen de exigencia de la obligación de dividendos pasivos tras la reforma operada por la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles” en *Revista de derecho de sociedades*, nº. 34, 2010, pgs. 201-216.
- LÓPEZ TELLO, J., CREMADES SCHULZ, M., “El régimen fiscal de algunas de las novedades introducidas por la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles: transformación, fusión, escisión y cesión global de activo y pasivo.” en *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, nº. 25, 2010, pgs.46-60.
- LUTTER, M., *Umwandlungsgesetz Kommentar*, Köln 2000.
- *Zur reform von Umwandlung und Fusion. Das Konzept und seine Verwirklichung im Diskussionswurf* en ZGR 1990 Heft 3(Juli).
- MADRID PARRA, A., y ALVARADO HERRERA, L., “Fusión, escisión y cesión global de activo y pasivo. Traslado internacional del domicilio social”, cap.21, en *Derecho Mercantil, vol.3º Las sociedades mercantiles* de JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., DÍAZ MORENO, A. (Coords), 2014.
- MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A. L., “Una aproximación al análisis del régimen de la escisión parcial: especial referencia al artículo 253 del TRLSA”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, coordinados por Juan Luis Iglesias Prada, Madrid, 1994, pgs. 53 - 98.



- MARIMÓN DURÁ, R., “La cesión global de activo y pasivo” en *Noticias de la Unión Europea*, nº 309, pgs. 41-54, 2010 (Ejemplar monográfico dedicado a: Ley de modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles )
- MARTÍ MOYA, V., “El procedimiento de fusión de las sociedades mercantiles. Preparación, adopción e impugnación del acuerdo. Adaptado a la Ley 3/2009 sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, Granada, 2010. (Ejemplar monográfico dedicado a: Ley de modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles )
- “La fusión de sociedades mercantiles en la nueva Ley de modificaciones estructurales” en *Noticias de la Unión Europea*, nº 309, pgs. 55-69 (Ejemplar monográfico dedicado a: Ley de modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles ), pgs. 55-69.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., “La fase decisoria: información sobre la fusión, desarrollo de la Junta, publicación del acuerdo de fusión” en: AAVV.: *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Madrid, 2009.
- MASSAGUER FUENTES, J., “La cesión global de activo y pasivo” en *Revista de derecho mercantil*, nº. 228, 1998.
- "La cesión global de activo y pasivo como supuesto de liquidación en el derecho español de sociedades de capitales", en M. Trias (coord.), *Las operaciones societarias de modificación estructural*, 2001, pgs. 285-302
- “La cesión global y el activo pasivo”. *Anales* (Centro para la investigación y desarrollo del derecho registral inmobiliario y mercantil), 1997/1999; (2).pgs.99-126.
- MAYNAR BONACHO, C., “Algunas cuestiones conflictivas derivadas de la Ley de modificaciones estructurales” en *Revista de derecho de sociedades*, 2010, nº 34, pgs. 285-293.
- MENÉNDEZ, A., y ROJO, A., *Lecciones de derecho mercantil*, Madrid, 2011.
- MORENÉO PÉREZ, J.L., “Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa” en *Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social*. Madrid, 1987.
- MOYA BALLESTER, J., *El procedimiento de disolución y liquidación en la Ley de Sociedades de Capital en La Ley*, 2010.

- MOYA JIMÉNEZ, A., *Disolución, liquidación y transformación de sociedades de capital*, Barcelona, 2011.
- MUÑOZ PÉREZ, “El proceso de liquidación de la S.A.”, monografía asociada a la *Revista de derecho de sociedades*, 2002, pgs. 271 y ss.
- “¿Es posible una operación de cesión global como contenido de un convenio concursal?”, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº.3, 2005, pgs. 328-329.
- NOVAL PATO, J., “La cesión global de activo y pasivo en las sociedades de capital”, Madrid, 2003.
- OLAVARRIA IGLESIA, J. *Sociedades de capital. Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Reglamento del registro Mercantil. (Selección)*, Valencia, 2013.
- OLIVENCIA RUÍZ, M., “Fusión y escisión de sociedades y restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones” en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, tomo II, Valencia, 1995, pgs. 2603-2649.
- ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA, C., “Títulos de la transmisión de la empresa y relaciones laborales: las etapas de un proceso de socialización” en *Revista de relaciones laborales*, núm. 10-11, 2003, pgs. 187-207.
- PATÓN GARCÍA, G., (coord) *La liquidación de empresas en crisis. Aspectos mercantiles, laborales y fiscales*, Barcelona, julio 2014.
- PAZ ARES, C. Y SÁEZ LACAVE, M. I., Los contratos pendientes de ejecución en la fusión en *Revista de Derecho Mercantil* 243 (enero-marzo), 2002, pgs.45-70.
- PEINADO GRACIA, J.I., “Prólogo” en *Cesión global de activo y pasivo. Aspectos contractuales y societarios*”, CONTRERAS DE LA ROSA, I. en *Revista de Derecho de sociedades*, núm. 41, pg.20.
- PÉREZ GURREA, R., “Las modificaciones estructurales de sociedades mercantiles a la luz de la Ley 3/2009, de 3 de abril” en *Diario La Ley*, nº. 7425, 2010.
- PÉREZ TROYA, A., *La tutela del accionista en la fusión de sociedades*, Madrid, 1998.
- *La determinación del tipo de canje en la fusión de sociedades*, Madrid, 1998.

- “Modificaciones estructurales” en BELTRÁN Y GARCÍA CRUCES (dir.), en *Enciclopedia de Derecho Concursal*, tomo II, Madrid, 2012, pgs. 2067-2093.
- PULGAR EZQUERRA, J., “Las soluciones al concurso de acreedores: el convenio y la liquidación”, en AAVV: *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003*, Madrid, 2003, pgs. 481-487.
- “Comentario al artículo 100 LC” en AAVV: *Comentarios a la legislación concursal*, T.I, Dirs. PULGAR EZQUERRA, J., UREBA, A., Madrid, 2004, pgs. 1037-1039.
- *La declaración del concurso de acreedores*, Madrid, 2005.
- “A propósito del órgano legitimado en las sociedades de capital para decidir sobre la licitud de declaración del concurso de acreedores”, en *Revista de Derecho de Sociedades*, nº.24, 2005, pgs. 257-270.
- “Modificaciones estructurales y concurso de acreedores en el marco de la Ley 3/2009 de 3 de abril” en *Diario La Ley*, nº. 7265, 2009.
- “Modificaciones estructurales de sociedades en liquidación y en situación concursal”. en AAVV. en *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Madrid, 2009.
- “Ley 17/2014 de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-Ley 11/2014 de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas”, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2014.
- QUIJANO GONZÁLEZ, J.,”La transformación de sociedades en la nueva ley de modificaciones estructurales: visión general” en *El Derecho Mercantil en el umbral del Siglo XXI*, Vol. I, pgs. 25 a 39 (Homenaje al Prof. Fernández Nóvoa), Madrid, 2010.
- “El proceso de elaboración de la ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles” en *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, tomo I, Madrid, 2009
- RECALDE CASTELLS, A., y APILÁNEZ PÉREZ DE ONRAITA, E., “Reforma de la Ley de Sociedades de Capital y de la Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”, en *Diario La Ley*, nº 7853, 2012.

RODAS PAREDES, P.N., “El nuevo régimen jurídico del traslado internacional de domicilio social” en *Noticias de la Unión Europea*, nº 309, pgs. 3-9. (Ejemplar monográfico dedicado a: Ley de modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles )

RODRIGUEZ ARTIGAS, F., *Fusión de sociedades*, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Tomo II, Madrid, pgs. 3212-3214.

- “Derecho de sociedades I. 2 Ts. Comentarios a la jurisprudencia” en *Revista de Derecho de Sociedades*, 2010.

- *Derecho de sociedades II. Praxis: Cuestiones y formularios*, Madrid, 2010.

- “Comentarios al proyecto de ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Escisión” en *Revista de Derecho de Sociedades* nº 31, 2008, pgs. 55-68.

- “Escisión”, vol. 3º, en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles, dirigido por Rodrigo Uría, Aurelio Menéndez y Manuel Olivencia, tomo IX, Transformación, fusión y escisión de la Sociedad Anónima*, Madrid, 1993.

RODRIGUEZ ARTIGAS, F. (dir), ALONSO UREBA, A., (dir), FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., VELASCO SAN PEDRO, L. A., QUIJANO GONZÁLEZ, J., ESTEBAN VELASCO, G., *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, vol. I-II. Madrid, 2009. 2 t. pgs. 629-672 y 673-726.

- Escisión en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*. Dirección: Uría, R., Menéndez, A., y Olivencia, M. Tomo IX. Transformación, fusión y escisión de la S.A. Volumen 3º. Escisión. Madrid, 1993.

RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A., “El Derecho Preconcurso. Los acuerdos preconcursales con trascendencia concursal”, en *Derecho Mercantil*, vol. 10, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. Y DÍAZ MORENO, A., (coords.), 2014.

ROJO, A., y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Las modificaciones estructurales y el concurso de acreedores”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, nº.50, 2011, pgs. 159 y ss.

ROJO, A. (dir), BELTRÁN, E., (dir), *Disolución y liquidación de las sociedades mercantiles*, Valencia, 2009.

- *La liquidación de las sociedades mercantiles*, Valencia, 2011.

- *Comentario de la ley de sociedades de capital*, (2 tomos), Madrid, 2011.
- ROJO FERNÁNDEZ DEL RÍO, A., *Comentario de la ley de sociedades de capital*, Valencia, 2011.
- “La escisión de sociedades” en *La reforma del derecho español de sociedades de capital*, coordinado por Alonso Ureba, A., Madrid, 1987
- “La fusión de Sociedades Anónimas” en *La reforma de la ley de sociedades anónimas*, Madrid, pgs. 345-387.
- RUBIO, J., “El principio de la conservación de la empresa y la disolución de sociedades mercantiles en derecho español” en *Revista de Derecho Privado*, T.XXII, enero-diciembre, 1935, Madrid.
- SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., “La ley de modificaciones estructurales y el concepto de modificación estructural en *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles* vol. I, pgs. 39 a 81, Madrid, 2009.
- SÁNCHEZ CALERO, F., *Principios de Derecho Mercantil*, Madrid, 2000.
- Principios de Derecho Mercantil*, Madrid, 2014.
- SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, J. y FERNÁNDEZ TORRES, I., en “Fusiones apalancadas, asistencia financiera y concurso (oportunidad y acierto del artículo 35 LME)”, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº14, 2011.
- SÁNCHEZ OLIVÁN, J., “Fusión y escisión de sociedades. Aportaciones de activos y canje de valores. Cesión global del activo y del pasivo. (Estudio económico, jurídico, fiscal y contable)” en *Centro de estudios financieros*, 2007.
- SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, J.L., “La liquidación”, en *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada (estudio sistemático de la Ley 2/1995, vol.II*, coord. Fernando RODRIGUEZ ARTIGAS, F., Madrid, 1996, pgs. 1077-1119.
- SANJUAN y MUÑOZ, E. “La reintegración de la masa” en *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 39, 2012, pgs.199-208.
- SANTOS MARTÍNEZ, V., “La escisión de las sociedades anónimas”, en *El nuevo derecho de las sociedades de capital*, dir. QUINTANA CARLO, I., Zaragoza, 1989, pgs. 217-259.

- “La escisión de sociedades en el Derecho comunitario europeo”, en *Derecho Mercantil de la CEE. Estudios en homenaje de José Girón Tena*, Madrid, 1991, pgs. 961-1040,
  - “Escisión”, en *Comentarios a la LSA*, dir. SÁNCHEZ CALERO, F., T.VII, pgs. 354-389, Madrid, 1993, pgs. 354-389.
- SANZ PARAÍSO, L. F., Disolución de sociedad de responsabilidad limitada con cesión global de activo y pasivo. *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 24, 2005, pgs.233-237.
- SEQUEIRA MARTÍN, A., “Fusión. Art. 251”, en *Comentarios a la ley de sociedades anónimas*, dir. SÁNCHEZ CALERO, F. T.VII Transformación, fusión y escisión, Madrid, 1993, pgs. 77-328.
- “La fusión y la escisión en la ley de sociedades de responsabilidad limitada” en *Revista de derecho de sociedades*, núm.8, 1997, pgs. 93-117.
  - “El proyecto de fusión como condicionante del ámbito de los acuerdos a adoptar por las sociedades participantes en una fusión” en *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 12, 1999, pgs. 195-209.
  - “Comentario al Proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: II. Fusión y fusiones transfronterizas intracomunitarias” en *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 31, 2008. pgs.33y ss.
  - y SACRITÁN BERGIA, F., “Las exigencias legales sobre documentación contable previstas en el proceso de liquidación de una SRL (La sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres –Secc. 1ª – de 18 de marzo de 2005 como pretexto)” en *Revista de Derecho de Sociedades*, 2007, 2 (27), pgs. 437-461.
- SOLER MASOTA, P., “Comentario al art. 117 LSRL”, en *Comentarios a la Ley de sociedades de responsabilidad limitada*, (coord. ARROYO, I., Y EMBID IRUJO, J.M.), Madrid, 1997, pgs. 1136-1152.
- TENA ARREGUI, R., “Instinto jurídico contra análisis económico (con un comentario sobre las modificaciones estructurales)” en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, nº. 54, 2010, pgs. 45 a 71
- UREBA, A. y RONCERO SÁNCHEZ, A., en “La viabilidad de la aportación de una unidad económica tras la introducción de la segregación por la Ley de modifica-

- ciones estructurales”, en *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 34, 2010, pgs. 271 a 278.
- URÍA, R., MENÉNDEZ, A., MUÑOZ PLANAS, J.M<sup>a</sup>, “La junta general de accionistas”, en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, “dir. URÍA, R., Menéndez, A., y OLIVENCIA, M.), Madrid, 1992, pg. 205.
- URÍA, R., y MENÉNDEZ, A. *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, tomo II, Madrid, 1976, pg.832.
- URÍA, R. y BELTRÁN, E., “Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles”, tomo XIV, vol. 4º, en *Disolución y liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid, 1998.
- VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, T.I, vol.2, 1991, pgs.871 y ss.
- “Reforma del régimen de la fusión y otras modificaciones estructurales (ante la Directiva 2005/56/CE sobre fusión transfronteriza y el Anteproyecto de Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles de 14 de junio de 2007)” en *Revista de Derecho Patrimonial*, nº.20, 2008, pg.25.
  - “Las modificaciones estructurales de sociedades tras la Ley de Sociedades Limitadas y el Reglamento del Registro Mercantil”, en *Revista jurídica de Catalunya*, nº 3,1997, pgs. 47-74.
  - “La cesión global del activo y del pasivo. Las operaciones societarias de modificación estructural” epíg. 10, tomo 2, en AAVV, *Introducción al Derecho mercantil*, Valencia, 2013.
  - “Ley de modificaciones estructurales: opciones de la Ley” en *El notario del siglo XXI*, nº 28, noviembre-diciembre 2009.
- VIDAGANY PELÁEZ, J.M., “La cesión global de activo y pasivo en las sociedades de capital” en *Noticias Jurídicas*, diciembre 2012.

## **2. Enlaces web**

- <http://nuevocodigomercantil.es>
- <http://boe.es>
- <http://www.agenciatributaria.es>
- <http://www.europarl.europa.eu>
- <http://www.poderjudicial.es>
- <http://www.notariosyregistradores.com>
- <http://www.ec.europa.eu>
- [www.notariosyregistradores.com](http://www.notariosyregistradores.com)
- <http://www.mjusticia.gob.es>
- <http://hj.tribunalconstitucional.es/>
- <http://eur-lex.europa.eu/>
- <http://europa.eu/>
- <http://www.boe.es/doue>
- [http:// www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu)
- <http://elderecho.com>
- <http://elnotario del siglo XXI>
- <http://eprints.ucm.es/>
- <http://laleydigital.laley.es>
- <http://agenciatributaria.es>
- <http://uncitral.org>



### 3. Normativa

#### 3.1. Unión Europea

- Tercera Directiva 78/855/CEE del Consejo, de 9 de octubre de 1978, basada en la letra G del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y relativa a las fusiones de las Sociedades Anónimas
- Directiva 2006/68/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de septiembre de 2006, por la que se modifica la Directiva 77/91/CEE del Consejo en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital
- Directiva 2007/63/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de noviembre de 2007 por la que se modifican las Directivas 78/855/CEE y 82/891/CEE del Consejo por lo que respecta al requisito de presentación de un informe de un perito independiente en caso de fusión o escisión de sociedades anónimas
- Sexta Directiva 82/891/CEE del Consejo, de 17 de diciembre de 1982, basada en la letra G del apartado 3 del artículo 54 del Tratado y referente a la escisión de las Sociedades Anónimas
- Directiva 2011/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011 relativa a las fusiones de las Sociedades Anónimas.
- Directiva 2012/30/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades, definidas en el artículo 54, párrafo segundo, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital
- Directiva 2009/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009, por la que se modifican las Directivas 77/91/CEE, 78/855/CEE y 82/891/CEE del Consejo y la Directiva 2005/56/CE en lo que se refiere a las

obligaciones de información y documentación en el caso de las fusiones y escisiones

- Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital
- Ley alemana de Depuración del Derecho de las modificaciones estructurales de la RFA, de 28 de octubre de 1994: *Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrechts, (UmwG)*.
- Código das Sociedades Comerciais Portugués (Decreto-Lei Nº 262/86 de 2 de septiembre)
- Códice civile
- Code de commerce francais
- *Companies Act* de 1985
- Versión consolidada del tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
- The HBOS Group Reorganisation Act 2006, con efecto el 17 de septiembre de 2007

### **3.2. España**

- Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (RCL 2009, 719)
- Constitución Española, 1978.
- Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio
- Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas
- Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social.(La Ley de segunda oportunidad)
- Real Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo.
- Real decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la la Ley de Sociedades de Capital.

- Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- Real Decreto-ley 9/2012, de 16 de marzo, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital.
- Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital
- Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal
- Propuesta de Código Mercantil, elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, y presentada el 17 de junio de 2013.
- Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.
- Ley 38/2011, de 10 de octubre, de Reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal,
- La Ley 14/13, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.
- La Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado
- Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial
- Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial
- Ley 17/2001, de 7 de diciembre, Marcas
- Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal
- Real Decreto-ley 9/2009, de 26 de junio, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito (130/000018).
- Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.
- Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y

- del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas.
- Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (vigente hasta el 1 e septiembre de 2010)
  - Ley de 17 de julio de 1951, sobre régimen jurídico de las Sociedades Anónimas.
  - Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (vigente hasta el 1 de septiembre de 2010)
  - Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las directivas y reglamentos de las Comunidades Europeas. BOE núm 301/1991, de 17 de diciembre
  - Orden ITC/1542/2005, de 19 de mayo, que aprueba el Plan Nacional de nombres de dominio de Internet bajo el código del país correspondiente a España (“es”)
  - Orden HAP/583/2012, de 20 de marzo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2012, por el que se aprueba el plan de reestructuración y racionalización del sector público empresarial y fundacional estatal.
  - Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas.
  - Ley 13/1989, de 26 de mayo, de Cooperativas de Crédito.
  - Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades
  - Real Decreto 1777/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades
  - Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (vigente hasta el pasado 01 de enero de 2015)
  - Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad.

## **4. Jurisprudencia**

### **4.1. Unión Europea**

- Sentencia del TJUE de 5 de marzo de 2015 (C-343/13)
- STJCE, de 14 de noviembre de 1996 (Asunto C-305/94)

### **4.2. Tribunal Supremo**

- STS núm.7036, de 30 de mayo de 2013[RJ 2013, 6111]
- STS núm. 524, de 20 de julio de 2012, (RJ 2012, 8030)
- STS núm.1356, de 19 de diciembre de 2007 (RJ 2007, 9052)
- STS núm. 5830, de 22 de junio de 2007
- STS núm. 932, de 28 de septiembre de 2006 [RJ 2006, 8719].
- STS núm. 3020, de 18 de mayo de 2006
- STS núm. 813, de 30 de julio de 2001 (RJ2001, 6631)
- STS núm. 2517 de 15 de abril de 1999 (RJA 4408)
- STS núm. 1091, de 16 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 8978).
- STS núm. 5575, de 3 de octubre de 1998 (RJA7804)
- STS núm. 4152, de 22 de junio de 1998 (RJA 5476)
- STS núm. 5582, de 23 de septiembre de 1997 (RJA 6582)
- STS núm. 275, de 3 de abril de 1996 (RJA 2981).
- STS núm. 360, de 26 de enero de 1987 (RJA 292)
- STS núm. 8648 de 12 de septiembre de 1987 (RJA 6875)
- STS núm. 2015 de 21 de marzo de 1987 (RJ 1987, 1713)
- STS núm. 1592 de 1 de marzo de 1983 [RJ1983, 1413].

### **4.3. Tribunal Superior de Justicia**

- STSJ Navarra de 25 de febrero de 2002 (AS 1057)

#### **4.4. Audiencia Provincial**

- Resolución de la Audiencia Provincial de Alicante, nº 407/M-123/13, sección octava, relativa al procedimiento de incidente concursal 495/12 dimanante del concurso 188/12, juzgado de lo mercantil Alicante-3 con sede en Elche (sentencia núm. 29/14).
- Sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Burgos, núm. 91/2004 de 3 de marzo [JUR 2004, 119244]
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 4ª), núm. 194/2004, de 29 de marzo [AC 2004, 729].

#### **4.5. Juzgado de lo Mercantil**

- Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid, de 23 de julio de 2008
- Sentencia de 6 de marzo de 2014. AC 2014/356. Concurso (Ley 22/2003, de 9 de julio)
- Sentencia 23/1993, de 21 de enero de 1993 (BOE núm.47 de 24 de febrero de 1993)
- Sentencia 1/2012, de 13 de enero de 2012 (BOE núm.36 de 11 de febrero de 2012)

#### **4.6. Jurisprudencia de la DGRN: Resoluciones de la Dirección general de los Registros y del Notariado**

- Resolución de la DGRN de 13 de octubre de 2011
- Resolución de la DGRN de 6 de mayo de 2004
- Resolución de la DGRN de 22 de mayo de 2002
- Resolución de la DGRN de 18 de junio de 1998
- Resolución de la DGRN de 4 de octubre de 1994
- Resolución de la DGRN de 10 de junio de 1994
- Resolución de la DGRN de 21 de noviembre de 1989
- Resolución de la DGRN de 22 de junio de 1988
- Resolución de la DGRN de 13 de febrero de 1986

#### **4.7. Dirección General de tributos (D.G.T.)**

- Consulta Vinculante D.G.T. de 22 de julio de 2013, ref. V1542-13

## **Anexo I:**

### **Documento notarial de proyecto de cesión global de activo y pasivo**

A continuación detallamos la fórmula notarial del contenido de un proyecto de cesión global de activo y pasivo. Conforme al artículo 85 debe ser redactado y suscrito por los administradores de la sociedad cedente con las siguientes menciones:

**1.** Denominación, tipo social y domicilio de la sociedad. Datos de identificación del cesionario o cesionarios (persona física o jurídica).

**2.** Fecha a partir de la cual la cesión tendrá efectos contables conforme al Plan General de Contabilidad para cedente y cesionario o cesionarios.

**3.** Valoración del activo y del pasivo patrimonial:

El valor razonable del activo es de ...; el del pasivo...(detallar con más profundidad algunos elementos patrimoniales; en su caso, el reparto preciso de los mismos que han de transmitirse a cada cesionario. De ahí lo que a continuación se dice).

**4.** Reparto del activo y pasivo a cada cesionario (cesión global plural: art.82).

- Inventario “A”: bienes y derechos. Obligaciones. Valoración.
- Inventario “B”: bienes y derechos. Obligaciones. Valoración.

(Cada parte del patrimonio que se ceda ha de constituir una unidad económica; art.82).

**5.** Contraprestación por la cesión (posibles supuestos)

(A recibir por la sociedad o por los socios. Si se atribuye a los socios, ha de especificarse el criterio en que se funde el reparto. Con lo que hay que estar al artículo 81).

- La contraprestación percibida íntegramente por la sociedad cedente (que no podrá consistir en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario), prosiguiendo su actividad social.

- La contraprestación entregada total y directamente a los socios, con extinción en tal caso de la sociedad cedente. El criterio, en este supuesto, de reparto, respetando las normas aplicables a la cuota de liquidación. En caso de sociedad socio único, es de aplicación el art. 53 LME<sup>496</sup> (operación asimilada a la fusión).

- Contraprestación compartida entre la sociedad cedente y los socios. En su caso, reducción de capital.

**6. Consecuencias posibles de la cesión global sobre:**

- Los socios –según la previsión de cada caso concreto, conforme a lo ya expuesto con anterioridad-.

- Los acreedores de la sociedad cedente y los del cesionario o cesionarios (derecho de oposición, conforme al art.88).

- Y sobre el empleo –previsión de aumento o reducción de plantilla; soluciones propuestas: jubilaciones; traslado del lugar de trabajo, indemnizaciones, derecho de información de los trabajadores, informe comité de empresa, etc. ...-.

**7.** En su caso, consecuencias de la cesión global si existen socios industriales o socios obligados con prestaciones accesorias; o titulares de derechos especiales.

**8. Régimen fiscal.** Se puede consultar el apartado correspondiente en el capítulo “Tributación de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”.

---

<sup>496</sup> Art. 53. Operación asimilada a la fusión.- *“También constituye una fusión la operación mediante la cual una sociedad se extingue transmitiendo en bloque su patrimonio a la sociedad que posee la totalidad de las acciones, participaciones o cuotas correspondientes a aquélla”.*



## **Anexo II:**

### **Documento notarial de escritura pública de cesión global de activo y pasivo**

A continuación se expone el documento notarial de *Escritura pública de cesión global de activo y pasivo*:

COMPARECENCIA: el representante de la sociedad cedente (artículo 89). Ha de tratarse de una sociedad mercantil inscrita (artículo 81).

El cesionario o cesionarios, o su representante (uno o varios socios o terceros, artículo 81).

Y en su caso, los socios que reciban la contraprestación del cesionario o cesionarios.

- Dación de fe notarial: identidad, capacidad y legitimación para otorgar la escritura. Juicio de suficiencia de las facultades representativas.

EXPONEN:

I. Convocatoria de la Junta General (si el acuerdo se adoptó por unanimidad en Junta Universal hacerlo constar así, con aprobación del proyecto de cesión global presentado por los administradores junto con un informe...; arts.85 y 86).

II. Proyecto de cesión global redactado y suscrito por los administradores, con fecha...(art.85).

III. Informe de los administradores...(art.86).

Nota: la ley no exige informe de expertos para la cesión global.

IV. Acuerdo de la Junta General. Convocada la Junta por...(forma, según el tipo o forma social de que se trate), la Junta se celebró a las...horas del día...y con el voto

favorable de...socios, adoptó el acuerdo de aprobar el proyecto presentado por los administradores de cesión global (ajustándose estrictamente al mismo; art. 87.1).

V. Publicación del acuerdo: vid. art. 87.2 (opción: anuncio o comunicación individual).

VI. Oposición de los acreedores de la sociedad cedente y del cesionario o cesionarios. Dentro del mes siguiente a la última publicación del acuerdo o comunicación individualizada a cada socio y acreedor, ningún acreedor se opuso a la cesión global (si se han opuesto, identificarlos, hacerlo constar así, la cuantía de los créditos y garantías prestadas).

VII. Protocolización: del anuncio de convocatoria de la Junta (según tipo social), la certificación del acta de la Junta con el proyecto de cesión global (art. 89.1) y del anuncio de la publicación del acuerdo (supuesto del art. 87.2 primer párrafo). Manifestación de haber cumplido la comunicación individualizada (87.2. párrafo segundo).

#### ESTIPULACIONES:

Advertencia, considerando los distintos supuestos y las exigencias legales: puede transmitirse en bloque todo el patrimonio a uno o varios socios o terceros; en caso de ser dos o más los cesionarios, cada parte del patrimonio ha de constituir una unidad económica; si la contraprestación la recibe la sociedad cedente no puede consistir en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario; si la contraprestación la reciben total y directamente los socios, la sociedad cedente quedará extinguida y han de respetarse las normas aplicadas a la cuota de liquidación (artículo 81 e interpretación de la normativa).

I. Cesión global del activo y pasivo. La sociedad..., representada por...cede y transmite en bloque todo su patrimonio por sucesión universal a (uno o varios cesionarios)...que lo adquiere/n por el precio de ...euros, que el representante de la sociedad y/o el socio o los socios confiesa/n recibido (tener en cuenta si el precio consiste en dinero, importe satisfecho en metálico, anterior o simultáneo a la escritura; caso de instrumento de giro librado por entidad de crédito, numeración y el código de la cuenta de cargo; si se trata de un conjunto de bienes y derechos, detallar los mismos expresando su valoración total y, en su caso, detallada.

II. Inventario de bienes, derechos y obligaciones (puede constar la relación total o sólo de los que se estimen más importantes; se puede incorporar a la escritura el inventario, con la descripción de los bienes a efectos registrales). Valoración del activo y del pasivo del patrimonio.

Caso de ser dos o más los cesionarios; cesión global plural, hay que cumplir con el art. 82 ya expuesto: cada parte del patrimonio que se ceda debe constituir una unidad económica. Además, la designación y, en su caso, el reparto preciso de los elementos del activo y del pasivo que han de transmitirse a cada cesionario (art. 85.1.3ª).

III. Efectos de la cesión global. Depende de cada caso, conforme a lo ya expuesto.

- En caso de que la sociedad cedente perciba íntegramente la contraprestación, ésta no podrá consistir en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario. Ténganse en cuenta requisitos mínimos de capital y normas sobre equilibrio entre capital social y patrimonio neto.

- La contraprestación entregada total y directamente a los socios supone la extinción de la sociedad (mención necesaria en la escritura) y el cumplimiento de las normas que regulan la cuota de liquidación (también comprobación y mención necesaria).

En caso de que el socio único sea el único cesionario, si se trata de una sociedad, es de aplicación el art. 53 LME (operación asimilada a la fusión).

- Contraprestación compartida entre la sociedad cedente y los socios. La entrega correspondiente a los socios se hará a través de reparto de reservas, reducción de capital mediante devolución de aportaciones, respetando la cifra mínima de capital y normas sobre equilibrio entre capital social y patrimonio neto.

IV. Modificaciones estatutarias de la sociedad cedente, en su caso.

V. Régimen fiscal. Se puede consultar el apartado correspondiente en el capítulo “Tributación de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles”.

#### **OTORGAMIENTO Y AUTORIZACIÓN**

Así lo dicen y otorgan. Leo...

**DILIGENCIA DE NOTIFICACIÓN NOTARIAL** (al comité de empresa)



### Anexo III: Estadísticas

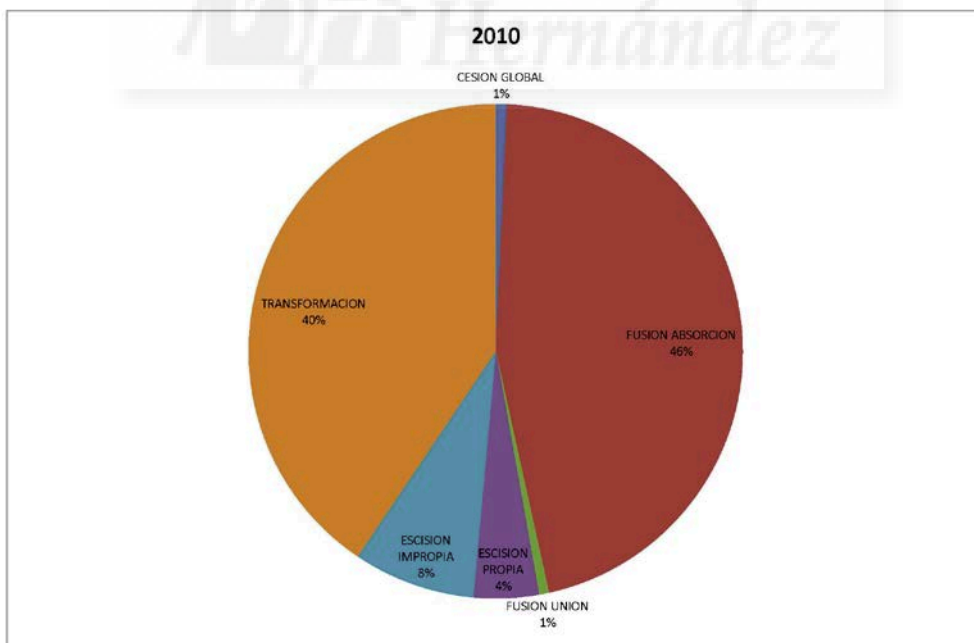
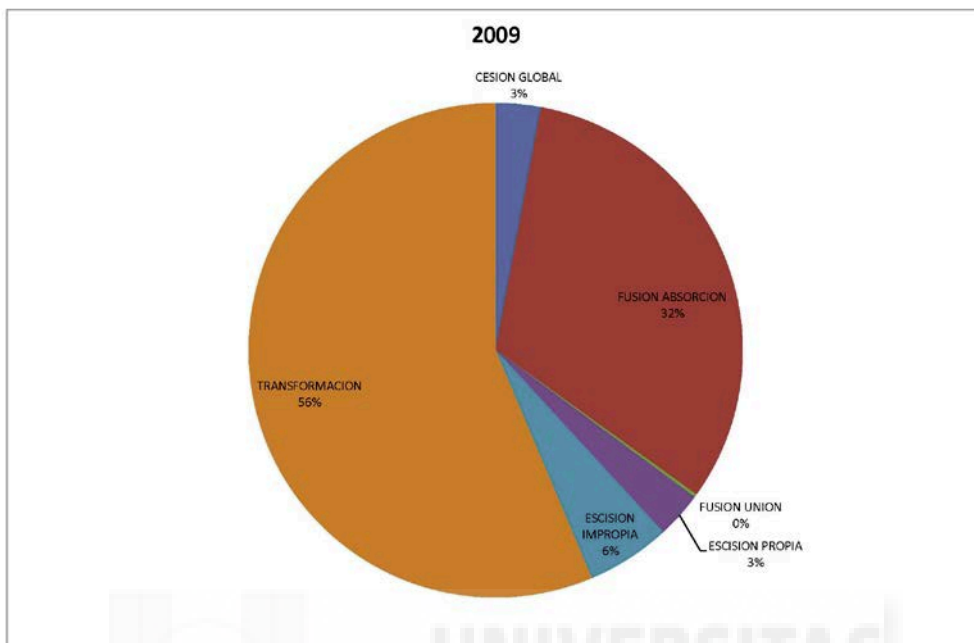
#### DATOS NUMÉRICOS

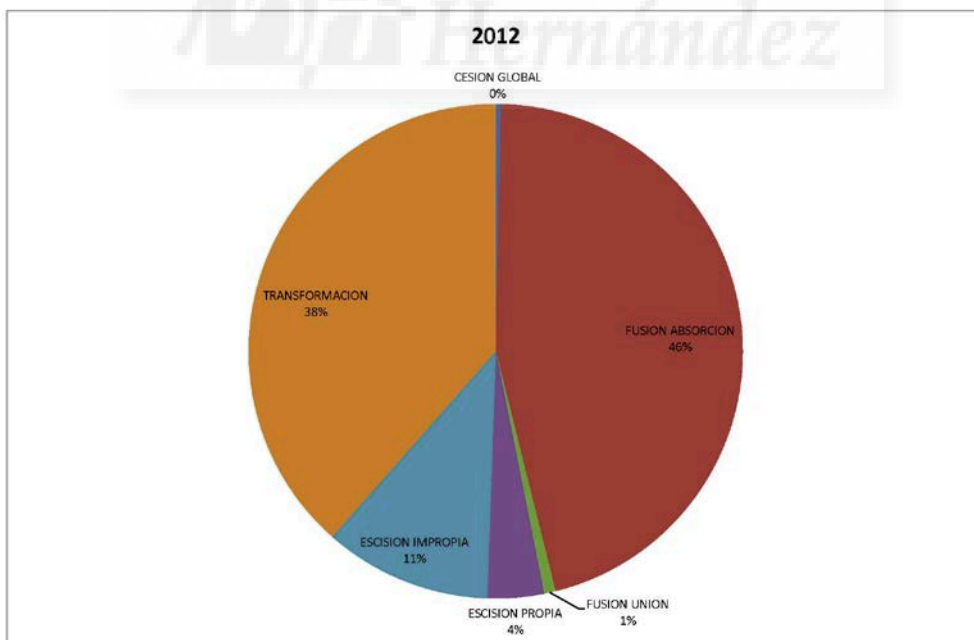
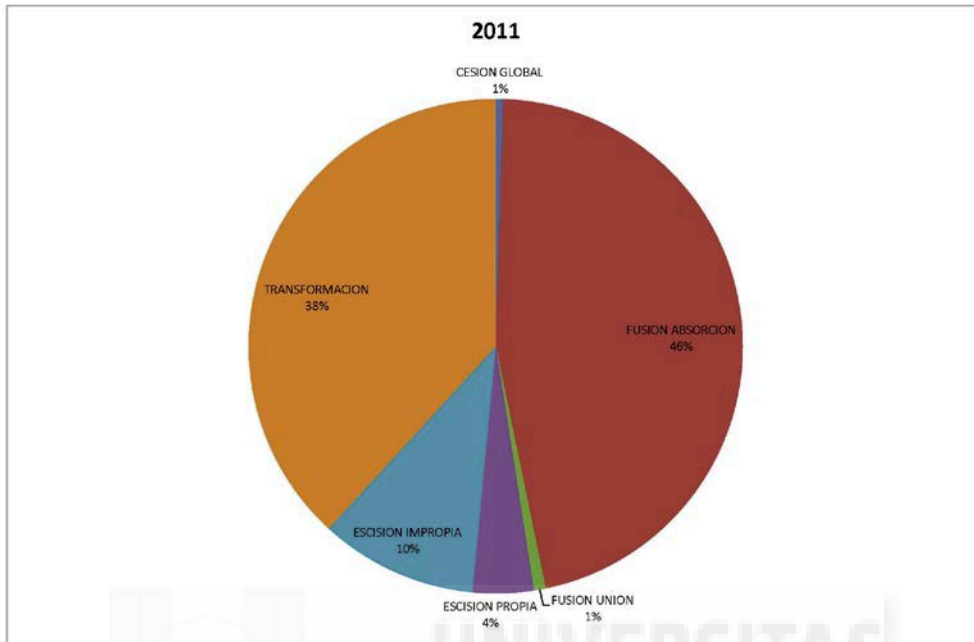
	CESION GLOBAL		FUSION ABSORCION		FUSION UNION	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%
2014	20	0,57%	1706	48,76%	50	1,43%
2013	30	0,81%	1781	47,98%	36	0,97%
2012	14	0,36%	1773	45,75%	29	0,75%
2011	19	0,50%	1754	46,27%	29	0,76%
2010	27	0,73%	1697	45,82%	24	0,65%
2009	143	2,95%	1551	31,97%	10	0,21%

	ESCISION PROPIA		ESCISION IMPROPIA		TRANSFORMACION	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%
2014	125	3,57%	290	8,29%	1308	37,38%
2013	123	3,31%	404	10,88%	1338	36,05%
2012	143	3,69%	424	10,94%	1492	38,50%
2011	151	3,98%	390	10,29%	1448	38,20%
2010	158	4,27%	295	7,96%	1503	40,58%
2009	147	3,03%	266	5,48%	2734	56,36%

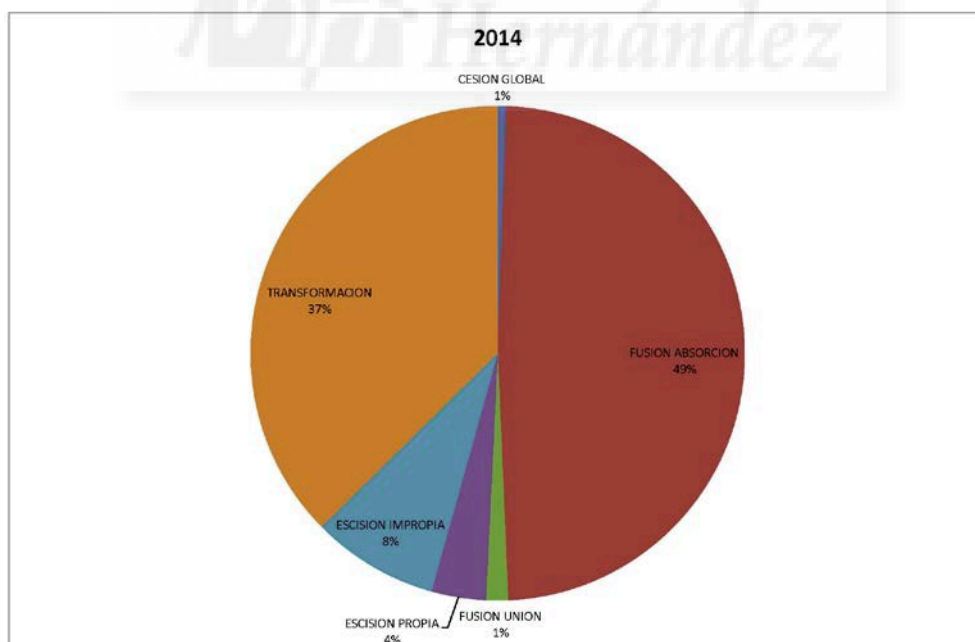
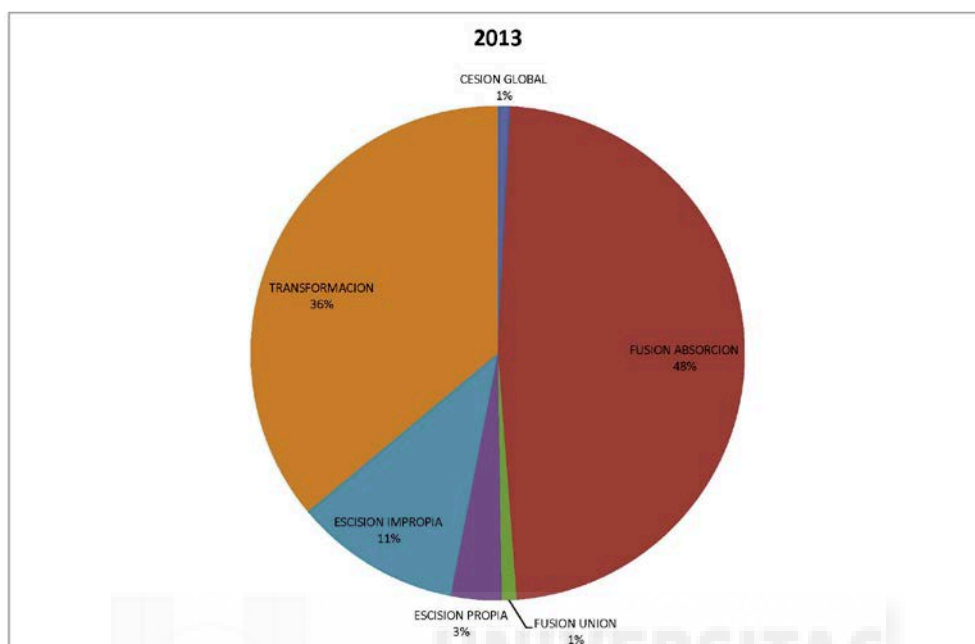
	TOTAL	
	Nº	%
2014	3499	100,00%
2013	3712	100,00%
2012	3875	100,00%
2011	3791	100,00%
2010	3704	100,00%
2009	4851	100,00%

*Estudio crítico de la cesión global de activo y pasivo  
como operación de modificación estructural de las sociedades mercantiles*





*Estudio crítico de la cesión global de activo y pasivo  
como operación de modificación estructural de las sociedades mercantiles*



(Fuente: RMC.es)