

10 de marzo de 2015
Servicio de Régimen Jurídico
Ref.: 003/2014/EIJ/APP

078/2014/EIJ

S A L I D A	JUNTA DE ANDALUCÍA CONSEJERÍA DE ADMON. LOCAL Y RELAC. INSTITUCIONALES
	11 MAR. 2015
	Registro General 20153481003058 Sevilla

**DELEGACIÓN DEL GOBIERNO DE LA
JUNTA DE ANDALUCÍA
A TODAS LAS DELEGACIONES DEL
GOBIERNO**

Habiéndose solicitado informe a esta Dirección General sobre "viabilidad de proceder a la modificación estructural de una sociedad mercantil municipal, mediante la cesión global del activo y pasivo de la sociedad al Ayuntamiento", conforme a lo dispuesto en el Protocolo de Actuación de 26 de septiembre de 2012, en la Elaboración de Informes sobre Régimen Local para la Adopción de Criterios de Actuación por la Dirección General de Administración Local y por los Servicios Periféricos de la Consejería de Administración Local y Relaciones Institucionales, se emitió el correspondiente informe por la persona a la que se encargó su estudio y redacción, siendo posteriormente valorado por la Comisión Técnica designada a tal fin, que se pronunció al efecto.

Habiendo decidido esta Dirección General asumir el contenido de la propuesta de la Comisión Técnica, al objeto de que el criterio adoptado en la misma sea debidamente seguido en todas las actuaciones de la Dirección General de Administración Local y de los Servicios Periféricos de la Consejería de Administración Local y Relaciones Institucionales, conforme dispone el punto 5º del citado Protocolo, le doy traslado de su contenido, del siguiente tenor literal:

"PRONUNCIAMIENTO DE LA COMISIÓN TÉCNICA RESPECTO A LA CONSULTA EFECTUADA SOBRE VIABILIDAD DE PROCEDER A LA MODIFICACIÓN ESTRUCTURAL DE UNA SOCIEDAD MERCANTIL MUNICIPAL, MEDIANTE LA CESIÓN GLOBAL DEL ACTIVO Y PASIVO DE LA SOCIEDAD AL AYUNTAMIENTO".

Conforme establece el punto 4º del "Protocolo de Actuación de 26 de septiembre de 2012, en la Elaboración de Informes sobre Régimen Local para la Adopción de Criterios de Actuación por la Dirección General de Administración Local y por los servicios periféricos de la Consejería de Administración Local y Relaciones Institucionales", emitimos el presente informe sobre la base de los siguientes antecedentes y fundamentos jurídicos:

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Se constituye una sociedad mercantil de responsabilidad limitada por acuerdo del Pleno del Ayuntamiento, firmándose la escritura pública de constitución. Se trata de una sociedad mercantil íntegramente municipal, inscrita en el Registro Mercantil.

2. constituye su objeto social:

a) *promover e impulsar el desarrollo socio económico del municipio , así como prestar asesoramiento de todo tipo, ya sea técnico, jurídico, de gestión, financiero o económico, los proyectos de iniciativa de promoción de empleo y a las empresas en general;*

b) *promover la iniciativa pública y/o privada en cuanto a la creación de empresas en el término municipal;*

c) *captar recursos ajenos para la canalizarlos hacia las citadas empresas;*

d) *apoyar a la pequeña y mediana empresa, así como a las cooperativas, orientándolas sobre sus posibilidades, sectores económicos apropiados, productos, mercados y cuantas gestiones sean beneficiosas para un desarrollo socioeconómico equilibrado de la zona;*

e) *Informar de los beneficios y ayudas que la Administración ofrece en cada momento para la creación de empresas y estímulos a la inversión, así como su difusión;*

f) *adquirir, producir, construir, promover y vender instrumentos, maquinarias, instalaciones, construcciones y cualesquiera bienes muebles e inmuebles, materiales, productos y elementos necesarios o convenientes para la Sociedad, así como la promoción, participación o integración en otras Sociedades, Cooperativas o Mercantiles;*

g) *promover la gestión, realización y desarrollo de Planes de Formación que favorezcan la cualificación profesional de los ciudadanos del municipio;*

h) *construir, promover y gestionar parques industriales y ganaderos, edificios industriales y de oficinas, y demás instalaciones propias de las empresas;*

i) *construir, promover y gestionar suelo urbano o urbanizable, así como la construcción de viviendas, locales comerciales y de servicios.*

4. *La empresa no tiene aprobada la cuenta anual de 2013 y por tanto la misma no se ha inscrito las cuentas del ejercicio de 2013 de la sociedad en el Registro Mercantil.*

5. *Según el Alcalde del municipio, visto que en la actualidad la sociedad mercantil se encuentra con un problema importante de recursos líquidos para hacer frente a sus obligaciones a corto plazo, lo cual pone de manifiesto la inviabilidad de poder continuar desarrollando su actividad y provoca la necesidad de que la sociedad municipal tome decisiones tendentes a dar una solución definitiva a sus problemas en aras de obtener no sólo su propio equilibrio, sino también el de su accionista único, el Ayuntamiento.*

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I

En primer lugar, analizaremos los aspectos de derecho mercantil y societario implícitos: La regulación de la operación de cesión global de activo y pasivo como modificación estructural societaria. Se analiza especialmente el procedimiento a seguir y las consecuencias de dicha operación.

1. La cesión global de activo y pasivo de sociedades mercantiles es un contrato patrimonial regulado como una operación societaria, que se ha ido perfilando con las sucesivas normas que lo han regulado en el tiempo, si bien ha sido la Ley 3/2009, de 2 de abril, de Modificaciones estructurales de sociedades mercantiles (en adelante LMESM), la que le ha dado una singularidad y funcionalidad propia.

2. La cesión global de activo y pasivo, es una operación societaria a través de la cual se altera la estructura patrimonial de una sociedad mercantil (cedente) producida como consecuencia de la transmisión al cesionario o cesionarios, de todo su patrimonio empresarial mediante sucesión universal, a cambio de una contraprestación, a través del correspondiente contrato, y del cumplimiento del procedimiento societario en el seno de la sociedad cedente, establecido legalmente para la protección de los intereses de los colectivos afectados por la realización de esta operación, básicamente son tres: socios, acreedores de la empresa cedente y cesionaria y de los trabajadores.

Se trata pues de un contrato (art. 1254 CC) especial de transmisión de empresas, un auténtico negocio jurídico de carácter patrimonial y sujeto en la ejecución societaria a normas imperativas

ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LA CESIÓN.

3. El sujeto transmitente "cedente" es una sociedad de naturaleza mercantil inscrita en el Registro Mercantil, según el art. 81.1 en relación con los arts. 1 y 2 LMESM (si bien, el apartado 2 del art. 2 también permite que el cedente sean sociedades cooperativas, y las Cajas de Ahorro).

4. Es necesario que estas sociedades estén inscritas en el RM, dado el papel que este Registro tiene en todas las operaciones reguladas en la LMESM, y, en particular, en la cesión global del activo y pasivo desde sus inicios hasta que concluye.

Si la sociedad cedente se encuentra con su hoja registral cerrada, no se podrá inscribir el negocio celebrado hasta tanto no se resuelva la situación que haya ocasionado el cierre. Pero esto no impide que la operación pueda iniciarse y desarrollarse en espera de depositarse las cuentas anuales (art. 378 RRM), pero no bastará con la presentación de las mismas, sino que será preciso que el registrador califique positivamente esa presentación y practique los correspondientes asientos que ordena el art. 368 RRM en libro de depósito de cuentas y en la hoja abierta de la sociedad.

Por tanto, si la sociedad tiene cerrada la hoja registral de la misma, el negocio puede celebrarse, pero no tendrá eficacia hasta tanto no se pueda inscribir oportunamente en el RM, y por tanto, no desplegará efectos jurídicos frente a terceros hasta ese momento.

5. De conformidad con el art. 87 LMESM la Junta General de socios de la sociedad cedente es el único órgano competente para tomar la decisión de la cesión global. En este sentido se pronunció la Audiencia Provincial de Pontevedra en la sentencia número 309/2008, de 15 de mayo, en la que se reconoce el carácter exclusivo y excluyente de la competencia atribuida a la junta general en relación con la adopción del acuerdo de la cesión global, y se deduce de la STS número 932/2006, de 28 de septiembre, y de la RDGRN de 22 mayo de 2002.

6. Respecto del "cesionario", pueden ser un amplio número de sujetos, sin hacer mención alguna a la naturaleza jurídica de los mismos, sea tanto persona física como jurídica, pública o privada.

Sentada esta base, en función de la naturaleza jurídica del cesionario/s, este deberá reunir los requisitos de capacidad que nuestro ordenamiento jurídico reserva, con carácter general, para contratar y obligarse o, en su caso, los requisitos para su eficaz representación por un tercero para que pueda adquirir válida y eficazmente un patrimonio empresarial mediante la cesión global. Es decir, en la operación tiene que

constar el consentimiento del cesionario (art. 89.1 LMESM), y que tratándose de persona jurídica, deberá concretarse el órgano competente para decidir la adquisición del patrimonio de una sociedad.

ELEMENTOS OBJETIVOS DE LA CESIÓN.

A) El patrimonio cedido.

7. Conforme el art. 81 LMESM se transmite "todo" el patrimonio de la sociedad cedente, lo que conlleva que se transmitan unidades funcionales íntegras y que se produzcan en las mejores condiciones económicas posibles.

Si la finalidad es extintiva de la sociedad cedente, esta finalidad sólo puede alcanzarse si se transmite todo el patrimonio social que termine con la existencia jurídica de la sociedad como en un proceso de liquidación en sentido técnico-jurídico y que permite la cancelación de los asientos registrales y la consiguiente extinción de la sociedad cedente prevista en el art. 89.2 de la LMESM. Ahora bien, si la sociedad cedente no pretende extinguirse tras la cesión global se deberá pactar la transmisión de todo su patrimonio social, sin reservarse elemento alguno, a cambio de recibir una contraprestación con el o los cesionarios para continuar con su actividad previa recomposición de su estructura empresarial y continuar actuando en el mercado.

B) La contraprestación y sus destinatarios

8. Este contrato tiene carácter oneroso, el art. 81.1 de la LMESM se refiere expresamente a la contraprestación que deberá ser entregada por el cesionario o cesionarios a cambio del patrimonio cedido por la sociedad cedente, sin que dicha contraprestación pueda consistir en acciones, participaciones, o cuotas de socios del cesionario. Por tanto en la cesión global no se altera ni la cuantía, ni la titularidad de las partes que integran el capital de la sociedad cedente, ni mucho menos de la cesionaria

La onerosidad de esta operación no se puede poner en entredicho ni tan siquiera cuando la contraprestación no vaya a ser entregada materialmente por el cesionario o la contraprestación sea simbólica. En estos casos, por consistir esencialmente en el compromiso del cesionario de hacerse cargo de todas las deudas que tiene la sociedad cedente a cambio de su empresa, esto podría ser lo que deba aceptar la sociedad cedente que se encuentre en una situación preconcursal o ya haya sido declarada en concurso, y la cesión se plantee como alternativa o solución al mismo, respectivamente. Tampoco se produce un intercambio real cuando una sociedad mercantil se extingue cediendo todo su patrimonio a una persona física o jurídica, distinta de una sociedad, que posea la totalidad de las acciones, participaciones o cuotas correspondiente a aquella, en estos casos el cesionario recibirá el patrimonio de la sociedad cedente, desapareciendo con la sociedad cedente las acciones, participaciones o cuotas de socio que ostentaba (coste económico); asumiendo directamente la titularidad del patrimonio quien antes ya lo controlaba totalmente.

Otro aspecto de la contraprestación que ha de tenerse en cuenta, es el de su aplazamiento, en todo o en parte. La Ley no prohíbe a las partes que intervienen en una cesión global que acuerden aplazar la entrega de la contraprestación. En este sentido, entendemos que las condiciones del aplazamiento, así como las fechas en que deberán realizarse las sucesivas entregas de la contraprestación, habrán de recogerse en el proyecto de cesión global de activo y pasivo (art. 85.4ª de la LMESM) y en el informe de los administradores que debe acompañarlo.

FASES Y CONTENIDO DEL CONTRATO DE CESIÓN

1 . Fase previa: Los tratos preliminares del contrato de cesión

Los tratos preliminares abarcan todos aquellos actos y operaciones que los intervinientes y colaboradores realizan con el fin de discutir y preparar un contrato, así se apunta en la sentencia núm. 1091/1999 del Tribunal Supremo de 16 de diciembre.

En estos tratos preliminares, las partes consienten en mantener una serie de conversaciones en torno a la posibilidad de llegar a celebrar un contrato, pero este consentimiento no les obliga a continuar con la operación, ha de entenderse que la libertad contractual no se constriñe a la decisión de si celebrar o no el contrato, sino también a si se sigue o no negociando, teniendo como único límite la buena fe que debe presidir toda esta etapa precontractual, cuya vulneración podría dar lugar a la responsabilidad derivada de la culpa in contrahendo.

Sería conveniente, en esta fase, que las partes lleguen a determinados acuerdos previos que condicionen su actuación subsiguiente de forma parecida a lo que legalmente exige en la fusión el art. 30.2 de la LMESM. Sin que, en nuestra opinión, haya obstáculos para que, a pesar de no exigirlo la Ley, el contenido del proyecto y otros aspectos más contractuales negociados, sean suscritos conjuntamente por los administradores de la sociedad cedente y por el cesionario o su representante.

La complejidad y duración que suelen caracterizar estas negociaciones –debido a la magnitud económica de una transmisión de empresa– aconseja la documentación de los pactos que regirán durante el tiempo que dure la negociación del contrato.

Estos tratos preliminares implican la adquisición de determinados compromisos dirigidos, por ejemplo, a que se facilite la información necesaria para que el cesionario pueda conocer la situación (jurídica, contable, financiera, comercial...) de la empresa, esencial para una correcta valoración y comprobación de si sus expectativas futuras le resultan de interés, también podrían incluirse pactos de confidencialidad, y sería también apropiado en el marco de una cesión global –atendiendo no solo a su complejidad patrimonial sino también a la societaria– establecer plazos que eviten demoras innecesarias en las siguientes etapas contractuales ya que, a diferencia de otras modificaciones estructurales patrimoniales, no han sido establecidos por el legislador.

2 . Fase preparatoria en la sociedad cedente

En la etapa precontractual, la sociedad cedente, llegado a un punto de las negociaciones, debe disponer lo necesario para iniciar el proceso de formación de su voluntad negocial (ya sea decidiendo sobre la oferta que en esas negociaciones puede haber planteado el cesionario o cesionarios o bien concretando de conformidad con los tratos preliminares en qué condiciones estaría dispuesta a ceder su patrimonio), de conformidad al procedimiento previsto en la LMESM, y de cuyo exhaustivo cumplimiento depende tanto la eficacia como la validez de la operación. Los trámites a realizar son de carácter interno, dirigidos fundamentalmente a la formación de la voluntad de la sociedad cedente y, por tanto, a proteger a los socios de esta sociedad.

La legislación potencia el derecho de información de los socios, con la idea de que puedan determinar el sentido del voto que emitirán en la junta general que trate la cesión global. Ello no supone que la LMESM de protagonismo a las minorías que pudieran estar disconformes con la operación, ni permitirles que puedan obstaculizar una cesión global cuando haya sido aprobada por mayoría. A esta minoría, en su caso, únicamente le queda la posibilidad de exigir el resarcimiento de los daños y perjuicios que la operación pueda haberles ocasionado si es que tuvieran derecho a ello (art. 47 de la LMESM en relación con el art. 90). Hay un derecho de información documental sobre la cesión global de activo y pasivo, previo a su realización (disponibilidad informativa que se consagra en el art. 39 de la LMESM y que deberá darse a conocer en la convocatoria de la junta conforme al art. 40.2 aplicables por remitirnos a los mismos el art. 87.1 de la LMESM).

El reconocimiento del derecho de información de los socios de la sociedad cedente, genera en sus administradores el correlativo deber de redactar un proyecto de cesión global y de elaborar un informe que propicie el conocimiento de los socios de todos los detalles relevantes de la operación para emitir su voto según estimen más conveniente para sus intereses y para los de la sociedad. El proyecto y el informe de cesión que lo acompañará (arts. 85 y 86 de la LMESM) integran el eje en torno al que gira esta fase preparatoria de la cesión.

En el proyecto de cesión global y en el informe que lo acompañará se habrán de recoger, además de los aspectos contractuales derivados de las negociaciones previas, la información que será relevante exclusivamente para la sociedad cedente, como son las consecuencias jurídicas y económicas que la cesión

global de activo y pasivo tendrá para esta entidad, y que excede del ámbito estrictamente contractual en el que, hasta ese momento, ha sido tratada la operación.

Por otro lado, hay que tener presente que la difusión que, conforme a la Ley, debe darse al proyecto, ha de entenderse como el cumplimiento, por parte de los administradores, de su obligación de informar, a los socios y a otros colectivos que pueden resultar afectados por la operación, de las negociaciones llevadas a cabo, sin que de ello se deriven consecuencias inmediatas en la relación jurídica que se está gestando entre la sociedad y el potencial cesionario.

Los socios en junta general decidirán sobre la conveniencia o no de su realización, aprobando, rechazando o, incluso, modificando el proyecto estableciendo sus propias condiciones para la celebración del negocio que, en su caso, deberán ser trasladadas a la contraparte. Será poco probable que se modifique el proyecto de existir una previa coordinación sobre el tema de los órganos sociales de la sociedad cedente que intervienen en la realización de la cesión global. Pese a todo, consideramos que esta posibilidad no puede descartarse a priori, y se ve respaldada por la propia LMESM, en concreto, por la omisión, en el art. 87.2 de la LMESM, de la última frase del art. 40.1, en la que se establece que cualquier acuerdo de una sociedad que modifique el proyecto de fusión equivaldrá al rechazo de la propuesta. La modificación no debería tener más consecuencia que la adaptación de la propuesta a presentar por el negociador de la sociedad cedente al cesionario que, en tal caso, decidirá si le conviene y si continúa el negocio o si, por el contrario, pone fin a las negociaciones.

a . El proyecto de cesión global

La configuración del proyecto de cesión global como un documento básico que contiene los extremos de mayor interés del negocio, permite que el mismo pueda ser elaborado en cualquier momento de esta etapa inicial de las negociaciones, debiendo redactarlo en los términos que mejor convengan a la sociedad que representa, tomando como referente las negociaciones que previamente han mantenido con el cesionario o cesionarios, de conformidad con los deseos o necesidades sociales y las preferencias puestas de manifiesto por sus socios. Por ello, parece que lo más apropiado será que su elaboración no tenga lugar hasta que, se hayan perfilado, al menos, aquellos aspectos más relevantes del negocio, es decir, los que constituyen el contenido mínimo del proyecto por exigencia legal y, los administradores, tengan claro qué pretende la sociedad con su realización, siendo esta la única manera de garantizar el éxito de la operación.

La accesibilidad por parte de los socios a dichos documentos, antes de la celebración de la junta general debe deducirse de la remisión del art. 87 de la LMESM al régimen de la fusión en lo referente a los requisitos para la adopción del acuerdo de cesión. En este sentido, consideramos que tal precepto nos reenvía – en todo aquello que no esté expresamente regulado en su régimen y sea compatible con la naturaleza de la cesión–, a los artículos de la Sección 4ª (del acuerdo de fusión), del Capítulo I, del Título II de la LMESM y, por lo tanto, también al art. 39 sobre la información de la fusión que, aplicado a la cesión global de activo y pasivo, implicaría la obligación de poner a disposición de los socios, entre otros, (también se pone a disposición de los obligacionistas, titulares de derechos especiales y representantes de trabajadores), el proyecto de cesión global y el informe elaborado por los administradores sobre el mismo (art. 39.1 de la LMESM). Igualmente se reconoce el derecho de los socios a tener a su disposición los documentos a través de la página web de la sociedad, o si no la tuviera, a poder solicitar, por cualquier medio admitido en derecho, el examen de esta documentación en el domicilio social o a la entrega o envío gratuito de un ejemplar de los documentos (art. 39.2 de la LMESM). La redacción del art. 39 se ha visto alterada por la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedad de capital, en cuanto a la entrega y envío gratuito de la documentación a que hacemos referencia, podríamos plantearnos la validez del recurso a medios electrónicos, tales como un e-mail o el enlace a los mismos insertos en un espacio de almacenamiento. En nuestra opinión y siempre que los socios hubiesen aceptado dichos sistemas, no habría inconveniente para la remisión, por estos medios, de los documentos relativos al proyecto de cesión global (art. 10.ter TRLSC).

b . Contenido mínimo del proyecto

El art. 85 tiene como objetivo establecer un contenido informativo mínimo relativo a la operación en marcha, esto no impide que puedan ser añadidos otros contenidos que resulten de interés, según los administradores.

1) Datos identificativos de las partes de la cesión .: los datos que identifiquen a la sociedad cedente y al cesionario o cesionarios. En concreto el art. 85.1.1ª hace referencia a la denominación, tipo social y domicilio de la sociedad (cedente) y los datos de identificación del cesionario o, en caso de tratarse de una cesión global plural, de los cesionarios. Apropiado es que la información que se facilite del cesionario o los cesionarios sea lo más completa posible. Para ello podríamos tomar como referencia el art. 38 del RRM en el que se especifican los datos relevantes para constatar la identidad de una persona, máxime cuando a la postre la operación deberá ser inscrita en el Registro Mercantil (para personas físicas: nombre y apellidos, estado civil, referencia a la edad, nacionalidad si es extranjera, domicilio, número de identificación fiscal; para personas jurídicas: razón social o denominación, datos registrales, nacionalidad si fuese extranjera, domicilio, número de identificación fiscal).

2) Fecha a partir de la cual la cesión tendrá efectos contables de acuerdo con lo dispuesto en el Plan General de Contabilidad. Esta fecha determina los efectos contables de la operación, es decir, el momento en el que, el cesionario o cesionarios, comenzarán a contabilizar el patrimonio adquirido y, por su parte, la sociedad cedente contabilizará, en su caso, la contraprestación percibida. Nuestro Derecho reconoce que la fecha de eficacia contable de la cesión puede ser distinta a la fecha de la eficacia mercantil o «sustantiva» de la misma, como sucede en la fusión y escisión; de ello puede deducirse que los efectos contables podrán anticiparse a los de la operación en cuestión, si bien quedan subordinados o condicionados a que la cesión global se inscriba en el Registro Mercantil. No obstante, esta fecha queda supeditada a lo dispuesto en el Plan General Contable.

Salvo acuerdo de las partes anterior al otorgamiento de la escritura pública de cesión global, no existe ningún momento anterior en el que pueda constatarse, de forma fehaciente, la toma de control por parte del cesionario o cesionarios, lo cual podría reducir las posibilidades en relación con la mención del proyecto que estamos analizando.

3) Información sobre la valoración del activo y pasivo, designación y, en su caso, el reparto preciso de los elementos del activo y del pasivo que han de transmitirse.

Por lo que se refiere a la valoración del activo y pasivo, el legislador no establece legalmente ningún criterio conforme al cual se pueda juzgar la corrección de la misma, no exige balance alguno que se tome de referencia para la transacción, ni ningún otro documento relacionado con este aspecto de la operación. El silencio legal sobre este aspecto ha de entenderse como el deseo del legislador de dejar margen a las partes para negociar este aspecto de la cesión y llegar a un acuerdo utilizando los criterios que crean más apropiados según las circunstancias, los cuales deberán ser explicados de forma detallada por los administradores en su informe y en la documentación contable y mercantil que habrán de poner a disposición de los socios.

Ello no presupone la inexistencia, de criterios de valoración de la operación, estos criterios deberán existir y ser recogidos, explicados y justificados adecuadamente en todos los documentos que tienen que ser puestos a disposición de los socios (art. 39 de la LMESM).

Junto a la información sobre la valoración del activo y pasivo, el art. 85.1.3ª de la LMESM, establece que el proyecto de cesión deberá «designar y, en su caso, repartir los elementos que constituyen el activo y pasivo a transmitir a cada cesionario».

4) La contraprestación. El art. 85.1.4ª de la LMESM establece que el proyecto de cesión deberá mencionar la contraprestación que hayan de recibir la sociedad o los socios a cambio del patrimonio transmitido, y los criterios usados para su reparto cuando los receptores de la misma sean los socios. En este punto será necesario diferenciar distintos supuestos en atención a quién recibe la contraprestación. En el

supuesto que la contraprestación la reciba íntegramente la sociedad bastará con que el proyecto de cesión recoja la cantidad y naturaleza de la contraprestación que la sociedad cedente está dispuesta a aceptar a cambio de la cesión de su patrimonio. En el caso en el que la contraprestación la reciban, total y directamente los socios, entendemos que no es necesario más que establecer la cantidad y naturaleza de los bienes, ya que en dicho caso se establece legalmente la exigencia de respetar las normas aplicables a la cuota de liquidación en el art. 81.2 in fine de la LMESM, sin que exista la opción de elegir otro criterio de reparto. Y por último, si la contraprestación percibida se reparte entre la sociedad y los socios al no ser un supuesto legalmente previsto, sino unánimemente aceptado por nuestra doctrina, no se prevé el criterio al que deberá someterse el reparto de la contraprestación.

5) Las consecuencias de la cesión global sobre el empleo. En esta mención del proyecto deberá ponerse de manifiesto si a consecuencia de la cesión global se prevé la adopción de medidas que puedan hacer variar las condiciones laborales de los trabajadores de la sociedad cedente.

c . El depósito del proyecto

El art. 85.2 de la LMESM exige a los administradores que una vez redactado y suscrito el proyecto de cesión, depositen un ejemplar en el Registro Mercantil. La difusión del proyecto es relevante para la realización de la cesión global y, especialmente, para el correcto funcionamiento de los mecanismos de protección de los acreedores y también de los socios. Aún cuando tras la reforma de la LMESM mediante Ley 1/2012 de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, no se haya alterado formalmente la redacción de ningún artículo que integra el régimen legal de la cesión global, entendamos que esta operación también se beneficia de la simplificación de las obligaciones y documentación de fusiones y escisiones, que otorga mayor protagonismo a fórmulas más novedosas, rápidas y accesibles y menos costosas de publicidad, como es la inserción en la página web corporativa del proyecto.

No obstante, la LMESM introduce un supuesto en el que la publicidad del proyecto por uno de los cauces establecidos en el art. 32 no se produce. Se trata del supuesto en el que el acuerdo de cesión se adopta en junta universal por acuerdo unánime, conforme al art. 42, aplicable a la cesión por remisión a los requisitos para la adopción del acuerdo de fusión ex art. 87.1 de esta Ley. En tal circunstancia y habida cuenta la importancia que, por regla general, tiene este hecho en la legitimación de los acreedores para ejercer su derecho de oposición, el art. 44.2 de la Ley, salva esta cuestión posponiendo, a la publicación o comunicación del acuerdo a los acreedores, la legitimación de este colectivo para oponerse a la operación, teniendo como resultado, el aumento de su número.

d . Informe y demás documentación sobre la cesión

El informe de los administradores sobre la cesión global de activo y pasivo, es concebido como un documento de carácter interno en el que deberán explicarse y justificarse detalladamente todos los aspectos jurídicos y económicos de la operación y las repercusiones que tendrá en los distintos intereses implicados (socios, acreedores, trabajadores) deberán igualmente detallar los aspectos contractuales que no se exigen que consten en el proyecto pero que finalmente se pondrán de manifiesto en la escritura de cesión que firmarán, con el cesionario o cesionarios, llegado el momento. Por lo que consideramos que tendrá que incluir una exhaustiva motivación de los criterios de valoración del patrimonio a ceder y de su adecuación con la contraprestación esperada a cambio, acordes con los documentos contables y mercantiles que serán puestos también a su disposición, aunque no de forma exclusiva ya que también tendrán acceso a dichos documentos los obligacionistas, titulares de derechos especiales y los representantes de los trabajadores (art. 39 de la LMESM).

En cualquier caso, el socio se encuentra amparado por el derecho de información, derecho conforme al cual los socios pueden exigir los datos, no facilitados o insuficientemente aclarados, que les resulten necesarios para tomar una decisión acerca de la cesión global propuesta que deberá formarse y expresarse en la fase siguiente de realización de la cesión global (art. 196 y 197 del TRLSC).

Junto con la exigencia de la redacción del proyecto y la elaboración del correspondiente informe de cesión global, los administradores de la sociedad cedente deberán preparar la documentación contable y mercantil, conforme al art. 39 de la LMESM, que garantiza una correcta información sobre la cesión a los colectivos a los que se dirige.

*Sin embargo, la aplicación del art. 39 a la cesión global exige un ajuste, ya que la relación de documentos que este precepto establece es propia de una fusión, de modo que deberán excluirse algunos de los documentos que no resulten exigibles a la cesión. En este sentido, deberá ponerse a disposición de los distintos colectivos antes mencionados: 1) el proyecto de cesión global, 2) el informe de los administradores, 3) las cuentas anuales e informe de gestión de los últimos tres años, el balance cuando sea distinto al último balance aprobado (con informe del auditor de cuentas, en su caso) y 4) la identidad de los administradores de la sociedad cedente y, en su caso, la de los representantes legales del cesionario o cesionarios. Por lo que se **excluye**, el informe de los expertos independientes, el balance de cesión, y toda la documentación estatutaria que en caso de fusión es necesaria (art. 39.1.6°.7°.8° de la LMESM).*

3 . Fase de formación de la voluntad de las partes de la cesión global

La correcta formación de la voluntad de las partes en relación con cualquier negocio es esencial para su perfeccionamiento y para la validez del mismo.

a . En la sociedad cedente: la adopción del acuerdo de cesión y su publicidad

*El régimen legal de la cesión global no establece requisitos propios para la adopción de este acuerdo social, por lo que tras adjudicar la competencia para la toma de esta decisión a la **junta general**, nos remite al cumplimiento de los requisitos para la adopción del acuerdo de fusión, ex art. 87.1 de la LMESM. Concluyendo este precepto estableciendo las exigencias legales de publicidad que deberán cumplirse de ser el acuerdo favorable a la realización de la operación.*

En este contexto, la adopción del acuerdo de cesión global en una sociedad de capital estará sometida, por un lado, a los requisitos específicos establecidos en el régimen de la fusión, en todo lo referente a exigencias para su adopción (plazos para celebración de la junta, plazos para la publicación de la convocatoria, información que deberá ponerse a disposición de los distintos colectivos) y, también, a los requisitos y formalidades propios para la aprobación de este tipo de acuerdos en consonancia con el régimen de la sociedad cedente (art. 40.1 de la LMESM). Por ello, en este análisis hay que entrarse en la aplicación de las normas del TRLSC y su coordinación con las exigencias de la LMESM.

Sin embargo, no será aplicable, el art. 41 de la LMESM por tratar supuestos específicos de fusión que no son extrapolables a la cesión, ni el art. 43 sobre publicidad del acuerdo por haber desarrollado el legislador reglas concretas en sede de la cesión global al respecto (art. 87.2) aunque sea prácticamente una reproducción del art. 43 adaptado a los rasgos propios que esta operación presenta.

Los administradores deberán convocar la junta general para que decida sobre la propuesta de cesión, esto nos lleva a que la no convocatoria de la junta solo podría verse justificada por la concurrencia de circunstancias excepcionales, ya que de otro modo la sociedad cedente podría incurrir en responsabilidad precontractual por abandono intempestivo de la negociación contrario a las exigencias de la buena fe. El acuerdo de cesión global de activo y pasivo también puede ser adoptado en junta universal, en la misma forma que se establece para la fusión en el art. 42 de la LMESM, en este supuesto, como sabemos, no será necesario que los administradores convoquen formalmente a los socios.

Adopción del acuerdo de cesión

Con relación a la forma en la que habrá de ser convocada la junta general los preceptos de la LMESM solo se refieren, tangencial y genéricamente, a la publicación o comunicación individual de la convocatoria (art. 32.3, art. 39.1 y art. 40.2) sin precisar cómo deberá realizarse, lo que nos lleva a la aplicación del art.173 del TRLSC. La convocatoria de la junta se realizará mediante anuncio publicado en la página web de la sociedad y

cuando la sociedad no tuviera página web o no estuviera legalmente creada, en el BORME y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia del domicilio de la sociedad, salvo que los estatutos establezcan específicamente que la convocatoria se realice mediante cualquier procedimiento de comunicación, individual y escrito que garantice la recepción del anuncio por todos los socios en el domicilio designado al efecto o en el que conste en la documentación de la sociedad.

La Ley 1/2012 añade el art. 11 quater al TRLSC, conforme al cual, las comunicaciones por medios electrónicos entre la sociedad y el socio, incluida la remisión de documentos e información solo podrá realizarse si el socio lo hubiera aceptado expresamente. En caso de socios que residan en el extranjero, los estatutos podrán prever que solo serán individualmente convocados si hubieran designado un lugar del territorio nacional para notificaciones (art. 173.2 in fine del TRLSC). También se contempla la posibilidad de establecer mecanismos adicionales de publicidad a los previstos en la Ley e imponer a la sociedad la gestión telemática de un sistema de alerta a los socios de los anuncios de convocatoria insertados en la web de la sociedad (art. 173.3 in fine del TRLSC).

El anuncio de la convocatoria deberán contener tanto las menciones que, en circunstancias ordinarias la ley exige, para lo que deberemos estar a lo establecido al respecto en el TRLSC, como las menciones específicas que contempla la LMESM. Por ello, y en lo relativo a las menciones impuestas por el TRLSC, deberá constar en el anuncio: el nombre de la sociedad, fecha y hora de la reunión, orden del día en el que figurará los asuntos a tratar y el cargo de la persona o personas que realice la convocatoria (art. 174 del TRLSC), si fuera necesario se establecerá el lugar de celebración (art. 175 del TRLSC), y de tratarse de una sociedad anónima podrá hacerse constar en el mismo anuncio las circunstancias de la primera y segunda convocatoria (art. 177 del TRLSC). Por otro lado, el anuncio también deberá contener las menciones del art. 40.2 de la LMESM, en concreto, deberá recoger: las menciones mínimas del proyecto de cesión, la fecha de inserción de los documentos que, de conformidad al art. 39 de la LMESM, los administradores deberán poner a disposición de los distintos colectivos en la página web de la sociedad o, si no tuviera página web se hará constar en el anuncio 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 o el envío gratuitos de los mismos. Una vez publicado o comunicado el anuncio debe mediar al menos un mes desde esta fecha a la prevista para la celebración de la junta (art. 40.2 de la LMESM). En el supuesto en el que el anuncio se realice mediante comunicación individual a cada socio, el plazo previsto en la LMESM se computará a partir de la fecha en que se hubiera remitido el último de ellos (art. 176.2). Este plazo será aplicable tanto a la sociedad anónima como a la de responsabilidad limitada.

Para la adopción del acuerdo de cesión global, en caso de ser la cedente una sociedad de responsabilidad limitada, el TRLSC exige una mayoría reforzada. Esta mayoría, salvo que estatutariamente se exija otra cosa (art. 200.1 del TRLSC), requerirá el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social (art. 199.b del TRLSC), pudiendo exigirse también el voto favorable de un determinado número de socios (art. 200.2 del TRLSC).

Ante la posibilidad de que los estatutos prevean mayorías superiores a las legalmente establecidas, nos hace pensar en dos posibilidades con las que nos podemos encontrar tras la entrada en vigor de la LMESM. Que los estatutos sociales, anteriores a esta Ley, en los que se recoja de forma genérica una elevación del quorum y mayorías reforzadas dirigidos a cualquier modificación estructural; o que se haya particularizado este aspecto en cada operación: transformación, fusión y escisión sin mencionar a la cesión global. Si no se han adaptado los estatutos a las nuevas circunstancias de la LMESM podrá interpretarse, en el primer caso, que la cesión global queda incluida dentro del concepto de modificación estructural contenido en los estatutos, que al no haber sido modificados asumen el nuevo elenco de operaciones que, tras la LMESM, se entienden como típicas entre las cuales se encuentra la cesión global. En el segundo supuesto, en el que los estatutos se refieren a cada operación en particular no cabe pensar que pueda aplicarse directamente la elevación de dichas mayorías y, en su caso, del quorum a otras operaciones distintas de las allí expresadas, por lo que la cesión global quedaría fuera de la previsión estatutaria, debiendo aplicarse las normas del TRLSC en tanto no se modifiquen los estatutos.

La existencia de un acuerdo social sobre el proyecto no implica que la cesión deba irremediabilmente celebrarse, ya que este acuerdo podrá ser revocado en tanto no concurran las voluntades de ambas partes del negocio –la de la sociedad cedente y la del cesionario o cesionarios–, es decir, es posible que la sociedad revoque (mediante otro acuerdo) su decisión inicial mientras no se haya perfeccionado la cesión global. Todo ello, sin perjuicio de posibles indemnizaciones por incumplimiento de los pactos preliminares o por las expectativas frustradas que pueda reclamar el adquirente, salvo que se hubiera pactado entre cedente y cesionario alguna cláusula de libre desvinculación hasta el último momento.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que el acuerdo de cesión adoptado podría ser impugnado conforme a las reglas generales de impugnación de acuerdos sociales ex arts. 204 a 208 del TRLSC, pero dicha impugnación del acuerdo antes de la inscripción de la cesión global por sí sola no suspende ni paraliza la ejecución de la modificación estructural.

Publicidad del acuerdo

Tras la aprobación del acuerdo de cesión global será necesario darle publicidad. El art. 87.2 de la LMESM exige que el acuerdo de cesión se publique en el BORME y en un diario de gran circulación en la provincia del domicilio social. En lo referente al contenido del anuncio, que deberán incluirse obligatoriamente junto a la reseña del acuerdo aprobado, a saber: la identidad del cesionario o cesionarios; el derecho que asiste a los socios y acreedores de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado y el derecho de oposición que corresponde a los acreedores tanto del cedente como del cesionario.

Por su parte, el segundo párrafo del art. 87.2 de la LMESM establece una excepción a la doble publicidad del acuerdo, conforme a la cual no será necesaria la publicación del acuerdo cuando se dé a conocer a todos los socios y acreedores –estos últimos, tanto de la sociedad cedente como del cesionario o cesionarios– mediante comunicación, individual y escrita, por un procedimiento que asegure la recepción del acuerdo en el domicilio que figure en la documentación de la sociedad. En tal caso será importante asegurar la prueba del envío, ya que la fecha de envío de la comunicación al último de ellos (socios y acreedores) es la que se toma como referencia a los efectos de cálculo del plazo de oposición (art. 88.1 de la LMESM). Si se prevén quejas o impugnaciones, será mejor optar por las dos publicaciones. Lo que pretende el legislador con esta excepción es abaratar los costes que conllevan las publicaciones del anuncio y que, por razones obvias, solo será recomendable en sociedades con pocos socios y acreedores, ya que de otro modo la posible omisión de alguna comunicación podría complicar la operación.

Cumplido el trámite societario de dar a conocer a los socios de la sociedad cedente y a los acreedores que pudieran verse afectados por la operación (los de la sociedad cedente y los del cesionario o cesionarios), el acuerdo de cesión global de activo y pasivo aprobado en la junta general, la cesión global queda pendiente de que transcurra el plazo de tiempo establecido en la Ley para el ejercicio del derecho de oposición de los acreedores (art. 88.1 de la LMESM).

El perfeccionamiento del contrato de cesión global

La especialidad que presenta la cesión global de activo y pasivo, como negocio celebrado entre cedente y cesionario, no radica en la posibilidad de transferir un patrimonio empresarial a cambio de una contraprestación, sino en los efectos que alcanzará si se realiza cumpliendo las previsiones de la LMESM. Por ello, lo determinante en estos supuestos se encuentra, además de en el contenido del contrato de transmisión patrimonial, en el compromiso de las partes de ejecutar dicho acuerdo patrimonial conforme a los requisitos y formalidades legales exigidos para modificar, de forma sustancial, la estructura patrimonial de la sociedad cedente y lograr los efectos sucesorios que se reconocen expresamente a esta operación societaria en la Ley.

En esta compleja operación en la que se entremezclan los aspectos contractuales con los societarios, resulta importante para su desarrollo y conclusión determinar a partir de qué momento debemos entender que las partes quedan vinculadas y obligadas a cumplir las formalidades específicas exigidas legalmente para que la cesión alcance los efectos previstos en la LMESM.

El art. 89 de la LMESM exige que la cesión global de activo y pasivo se haga constar en escritura pública otorgada por ambas partes del negocio. De ello podemos inferir el carácter formal del negocio celebrado, acorde con el contenido complejo de la empresa que se transmite, la necesidad de garantizar la seguridad en el tráfico jurídico y la trascendencia del objeto del contrato.

Cierto es que esta única referencia legal unida a una interpretación literal de dicho precepto, ha llevado a algún autor a considerar que el contrato de cesión global no es solo un contrato formal sino que además es un contrato ad solemnitatem, que necesita de esta formalidad para su perfeccionamiento. Pero de conformidad al art. 89.2 de la LMESM, no depende del otorgamiento de la escritura sino de su inscripción en el Registro Mercantil.

Partiendo de la no regulación de las actuaciones del cesionario en la LMESM, y del reconocimiento implícito en el régimen legal de la cesión global de un contrato entre cedente y cesionario, todo parece apuntar que para su existencia solo es necesario que se den los presupuestos del art. 1254 del Código civil. Estos podrían concurrir incluso antes de que la operación se escribiera, siempre que las partes consientan en obligarse a realizar la transmisión y adquisición del patrimonio de la sociedad cedente conforme al procedimiento establecido en la LMESM, y concurren los requisitos exigidos para la validez de los contratos (art. 1261 del Código civil). Tras lo cual, si fuera necesario, las partes podrían compelirse para otorgar la escritura pública que exige el art. 89.1 de la LMESM (art. 1279 del Código civil).

Sin embargo, en la cesión global de activo y pasivo las partes además de pretender la transmisión de un patrimonio empresarial por un precio pretenden, como señalamos con anterioridad, un efecto sucesorio que se logrará exclusivamente tras la inscripción de la escritura pública de cesión global en el Registro Mercantil de la sociedad cedente, una vez concluido el procedimiento societario.

Desde ahí, son posibles varias situaciones que pasamos a analizar para determinar el grado de vinculación inter partes que se alcanzaría dependiendo del momento en que se produce el acuerdo en relación con el procedimiento societario regulado en la LMESM, las cuales dependerán del comportamiento del cesionario y del cedente durante el tiempo que dure la tramitación de la operación.

1) Supuesto en el que el cesionario se hubiera mantenido pasivo durante el tiempo que dura el procedimiento societario llevado a cabo por la sociedad cedente, hasta que las partes manifiestan su compromiso, por primera y única vez, al otorgar la escritura pública ex art. 89.1 de la LMESM, naciendo en dicho momento el vínculo contractual entre los otorgantes. En estas circunstancias el acuerdo societario de la sociedad cedente aprobando la operación no puede considerarse una expresión de su consentimiento sino la formación de su voluntad (en principio, sin valor contractual al ser un acto estrictamente societario). En este supuesto, una vez otorgada la escritura pública, el consentimiento manifestado en ella no podrá ser revocado unilateralmente. Sin embargo, hasta entonces no se habrán generado obligaciones más allá los compromisos adquiridos durante la fase previa de la negociación sujetos –como ya vimos– a una responsabilidad precontractual.

2) Si partimos de que los contratos vinculan a las partes desde el momento en que reúnen todos los requisitos para su validez (art. 1261 del Código civil) aún cuando deba otorgarse escritura pública, como sucede en la cesión global (art. 1279 del Código civil), es posible imaginar una participación más activa de las partes que la deducible de la dicción legal de la LMESM. En este contexto, las partes pueden considerar conveniente incrementar el nivel de compromiso adquirido en la fase previa de negociaciones, en la medida que dichos compromisos sean compatibles con esta Ley. En estos casos, creemos que la suscripción de compromisos de contenido contractual no ponen en peligro ni la validez y ni eficacia de la cesión global acordada, ni antes ni tras su inscripción en el Registro Mercantil, ya que la LMESM no los impide ni prohíbe. En estos supuestos la necesidad de implicarse más en la operación de forma voluntaria, antes de lo legalmente previsto, se justifica en la falta de regulación de este aspecto de la cesión global en la LMESM, sin lo cual no sería posible, ni siquiera vía interpretación de las normas –como ocurre en la fusión–, deducir la existencia de una cesión global vinculante para los que son parte en ella.

3) También se podría contemplar un momento intermedio para el perfeccionamiento de la cesión global, situado entre la fase previa/preparatoria y el momento de otorgamiento de la escritura pública de cesión global. En este caso evitaríamos que se generasen obligaciones contractuales antes de tener plenamente negociada la operación y que su contenido esté bien delimitado en una fase más avanzada del procedimiento. Así las cosas, una vez formada la voluntad de las partes, solo habrán de poner de manifiesto su consentimiento para perfeccionar la cesión global sin tener que esperar al otorgamiento de la escritura de cesión. En este sentido, hemos podido observar en la práctica cómo tras ser aprobado el acuerdo por la sociedad cedente, la cesión global es aceptada expresamente por el cesionario o cesionarios, de este modo se fija el consentimiento contractual de realizar la cesión global, y las partes quedarían obligadas a cumplir las últimas formalidades necesarias para garantizar la plena eficacia de la operación conforme a la LMESM, sin que puedan desvincularse unilateralmente.

Así consta, por ejemplo, en el anuncio de cesión global de activo y pasivo realizado entre GRUPO JEMA INVERSIONES INDUSTRIALES, S.A. (sociedad cedente) y ILIGORA INVERSIÓN, S.L., IRIZAR, S. COOP. y JESÚS MARÍA AGUIRRE, S.A. (sociedades cesionarias), publicado en el BORME núm. 50, del lunes 14 de marzo de 2011, pág. 6583.

Por tanto la escritura pública no constituye un elemento imprescindible para la existencia del vínculo contractual entre cedente y cesionario. **De hecho ésta ni siquiera tiene como efecto el de producir la transmisión mediante sucesión universal de los derechos, bienes y obligaciones que integran el patrimonio cedido, que prevé el art. 81.1 de la LMESM. Este efecto patrimonial propio de esta operación se logrará con la inscripción de la operación en el Registro mercantil, ex art. 89.2 de la LMESM, siendo preciso para ello la escritura pública de cesión global.**

Como considera parte de nuestra doctrina, la exigencia de que las modificaciones estructurales consten en escritura pública, debe ser interpretada conforme al principio registral de titulación pública que rige, conforme al art. 18.1 del Código de comercio y art. 5 del RRM. Ello permite considerar que el contrato de cesión global existe desde que tiene todos los elementos necesarios para su validez (art. 1261 del Código civil) aunque no se haya otorgado la escritura pública, siendo el cumplimiento de la forma, exigida legalmente, salvable con la aplicación de las normas que regulan los contratos (art. 1279 del Código civil) para que la operación alcance plena eficacia tras su inscripción en el Registro Mercantil (art. 89.2 de la LMESM).

Ejecución del contrato de cesión global. Formalidades escriturarias y registrales

Es necesario el cumplimiento de este doble requisito para que la cesión global de activo y pasivo, tras su inscripción en el Registro Mercantil, **produzca sus singulares efectos en orden patrimonial y, en su caso, societario en relación con la sociedad cedente, por lo tanto tiene carácter constitutivo.**

La inscripción en estos casos, no puede considerarse un elemento negocial, sino la ejecución de un contrato ya perfecto, en tanto que la cesión cuenta con todos los elementos necesarios para su validez (art. 1261 del Código civil) con anterioridad a su inscripción, alcanzando con ella los efectos que se acordaron en el mismo. De este modo, nuestro legislador, de nuevo atendiendo a unas Directivas europeas que no son directamente aplicables a la cesión global, **determina la fecha en la que este negocio, ya perfeccionado, surte efecto tras el pertinente control preventivo que, en nuestro país, realiza el Registrador mercantil.**

La eficacia a la que en cada caso se refiere la LMESM y que se deriva de la inscripción de una modificación estructural regulada en dicho texto legal, se refiere a los efectos que le son propios atendiendo a su naturaleza, es decir, a aquellos que tienen lugar ipso iure y que, en el caso de la cesión global, **se traducen en una transmisión patrimonial por sucesión universal y, en el ámbito interno de la sociedad cedente, en su caso, en su extinción. El primer efecto** constituye el objeto mismo del contrato de cesión y determina el momento a partir del cual el cesionario o cesionarios adquieren los derechos, asumen las obligaciones y se subrogan a las relaciones jurídicas de la sociedad cedente. **El segundo**, se derivaría del acuerdo alcanzado en el seno de la sociedad transmitente en relación con la contraprestación a percibir del

cesionario a cambio del patrimonio recibido (destinatario de la contraprestación y condiciones de distribución de la misma).

Aunque la inscripción en el Registro Mercantil de la cesión global condicione la eficacia jurídica de la operación, en otros ámbitos –una vez inscrita la operación– los efectos podrán tener una fecha distinta a aquella, anterior o posterior a la de la inscripción en el Registro Mercantil; así ocurre con la eficacia contable (la que determina el registro contable de la transmisión patrimonial) que será la fecha establecida a tal efecto en el proyecto de cesión global de activo y pasivo (art. 85.1.2ª de la LMESM); la efectividad fiscal sometida a Derecho tributario; la eficacia interna que, atendiendo a lo analizado anteriormente, deberá establecerse en el momento en el que se entienda perfeccionado el contrato y que no necesariamente coincidirá con la eficacia probatoria que procura la escritura pública de la cesión como documento inscribible y, también, en su caso, la eficacia del cambio de titular ocasionado por la cesión global en aquellos bienes o derechos inscribibles y cuya oponibilidad a terceros quedaría sujeta a las reglas que rigen los respectivos registros (de la Propiedad, de Marcas, de Patentes...) a los que están sometidos.

En lo referente al efecto societario, la LMESM brinda a la sociedad cedente la oportunidad de utilizar la transmisión patrimonial para extinguirse, lo cual dependerá directamente del contenido del acuerdo acordado por la junta de socios de esta sociedad. En concreto, dicho efecto se vincula a la atribución y reparto de la contraprestación acordado. Si conforme a dicho acuerdo social, resulta que la misma la recibirán total y directamente los socios, la sociedad se extinguirá, ex art. 81.2 de la LMESM, y será la inscripción de la escritura pública de cesión global la que propicie también este efecto societario, procediendo el Registrador a cancelar, en estos supuestos, los asientos registrales de la sociedad cedente (art. 89.2 de la LMESM), sin que para ello sea necesario presentar escritura pública de extinción de la sociedad cedente, como sería oportuno de otro modo de conformidad con el art. 247 del RRM. Actualmente, el efecto patrimonial no depende del societario, en la medida que tras la entrada en vigor de la LMESM, una sociedad que transmita su patrimonio mediante cesión global de su activo y pasivo, realizada de conformidad con las previsiones de esta Ley tiene la opción de continuar en activo con la contraprestación recibida o de extinguirse.

Por otro lado, es necesario precisar que la eficacia de la inscripción descrita, a la que se refiere la LMESM, no altera la oponibilidad de los actos inscribibles que deben ser comunicados al Registro Mercantil y publicados en el BORME, conforme al art. 21 del Código de comercio y art. 9 del RRM. Preceptos igualmente aplicables a estas operaciones en el plano externo, por lo que las modificaciones estructurales no serán oponibles frente a terceros de buena fe, hasta su publicación en el BORME, tal como previenen los preceptos antes citados, quedando a salvo los efectos propios de su inscripción y que se derivan de la LMESM (transmisión patrimonial por sucesión universal y, en su caso, extinción de la sociedad cedente). En este sentido, con relación a la cesión global de activo y pasivo debe entenderse aplicable por analogía el art. 388 del RRM, en tanto no se produzca la reforma de este texto reglamentario. Conforme a este precepto, los datos relativos a la cesión global deberán ser comunicados al Registro Mercantil Central por el Registrador mercantil territorial del domicilio de la sociedad cedente, y publicados en la Sección I (Empresarios) en el apartado de actos inscritos (art. 420 del RRM).

El procedimiento registral que deberá seguirse para la inscripción de la cesión global se tendrá que llevar a cabo en el Registro Mercantil del domicilio de la sociedad cedente, no siendo inscribible esta operación en el Registro Mercantil del domicilio del cesionario, en caso de ser este un sujeto inscrito en este Registro, ya porque deba estarlo de forma obligatoria o facultativa (arts. 16 y 19 del Código de comercio y art. 81 del RRM), tal como se deduce de la redacción del art. 89.2 de la LMESM.

Al no establecerse en la LMESM el plazo en el que deberá solicitarse la inscripción de la cesión global de activo y pasivo, será de aplicación del art. 19.2 del Código de comercio y el art. 83 del RRM. Por ello habrá de considerarse que la inscripción de la cesión global deberá solicitarse dentro del mes siguiente al otorgamiento de los documentos necesarios para la práctica de la misma, en nuestro caso, desde el otorgamiento de la escritura de cesión global de activo y pasivo. De todos modos, hay que tener presente que la solicitud tardía de la inscripción no impedirá que se realice aunque, de tal retraso, puedan derivarse responsabilidades por los daños de aquellos que debieron procurarla en el plazo establecido.

Formalidades de escrituras públicas y registrales.

Al no haberse reformado las normas del RMM provoca que la cesión global, mantenga reglamentariamente el tratamiento de operación de liquidación que ostentaba con anterioridad a la LMESM. Es por ello que el contenido mínimo de la escritura pública, que se recoge en el actual art. 246 del RRM, resulta insuficiente. La doctrina apunta, de forma mayoritaria, que la solución al problema se encuentra en la aplicación analógica, arts. 227 (fusión) y 235 (escisión), según el caso.

Es por ello que la escritura de cesión global de activo y pasivo deberá contener, además de las menciones generales relativas a los datos que identifiquen a la sociedad cedente y al cesionario o cesionarios (denominación, tipo social, domicilio, datos de inscripción en el Registro Mercantil, CIF); la manifestación de los administradores de la sociedad cedente de haber cumplido las exigencias de información conforme al art. 39 de la LMESM, poniendo el proyecto de cesión y el informe de los administradores a disposición de los socios, obligacionistas, titulares de derechos especial y representantes de los trabajadores. Esta manifestación, deberá referirse solo a la información facilitada a los representantes de los trabajadores, cuando el acuerdo de cesión sea adoptado conforme al art. 42 de la LMESM ya que, en tal caso, los derechos de información de este colectivo no se ven restringidos por el hecho de que la cesión se apruebe por unanimidad en junta universal (art. 42.2 de la LMESM). También deberá recogerse en la escritura, la declaración de los otorgantes de inexistencia de oposición por parte de sus acreedores (incluidos los obligacionistas de la sociedad cedente, ex art. 44 de la LMESM) ejercida en el plazo legalmente establecido para ello; o, en su caso, la identidad de quienes se hubiesen opuesto, el importe del crédito y las garantías que han sido presentadas por la sociedad cedente o por el cesionario.

Por otro lado, la escritura de cesión global deberá recoger la fecha de publicación en el BORME del hecho de la inserción del proyecto en la página web de la sociedad cedente o de la publicación del depósito del proyecto, así como las fechas de publicación en el BORME del acuerdo de cesión global o la fecha en la que se realizó el último envío de comunicación del acuerdo.

Igualmente, deberá recoger el acuerdo adoptado por la sociedad cedente tal como establece el art. 89.1 in fine de la LMESM. Y en su caso, deberá expresar si la cesión global produce o no la extinción de la sociedad cedente (art. 235.1 del RRM), aunque ello pueda deducirse del contenido del acuerdo social.

Todas estas menciones se refieren al cumplimiento del procedimiento societario que impone la LMESM, pero en esta normativa no se da protagonismo a la parte contractual que subyace tras esta operación, por ello, al contenido de la escritura señalado, habrá que añadirle todas las estipulaciones que las partes otorgantes estimen oportunas con relación al negocio de cesión que han pactado.

Puede ser necesario que comparezcan en la escritura, aun sin ser parte del negocio propiamente dicho, los socios de la sociedad cedente en determinados supuestos, así ocurre por ejemplo, cuando sean perceptores de todo o parte de la contraprestación, y especialmente en aquellos supuestos en los que reciban bienes que deban ser inscritos en el Registro de la Propiedad o cuando el pago del precio se aplace.

Para que la escritura de cesión global pueda inscribirse en el Registro Mercantil, será necesario que se incorpore o acompañe—por aplicación analógica del art. 230.1 del RRM— los siguientes documentos: los ejemplares de los diarios en los que se hubiera publicado la convocatoria de la junta y el acuerdo de cesión; también deberá acompañarse del informe de los administradores de la sociedad cedente en el que explique y justifiquen el proyecto de cesión. No será necesario, sin embargo, incluir en esta documentación el proyecto de cesión global si fue depositado en el Registro Mercantil, aunque sí deberá ser aportado si fue publicado telemáticamente a través de la página web de la sociedad o en los supuestos en los que el acuerdo fuera adoptado conforme al art. 42 de la LMESM, ya que la simplificación de los trámites que este precepto conlleva para la adopción del acuerdo, no implica la inexistencia del proyecto ni que no deba ser finalmente aportado a la hora de su inscripción, ello se infiere especialmente del art. 42 de la LMESM cuando establece que el acuerdo de fusión podrá adoptarse sin necesidad de publicar o depositar «previamente» los documentos exigidos por la Ley (...).

Tal como expusimos al principio de este apartado, la inscripción en el Registro Mercantil es el desencadenante del efecto patrimonial y, en su caso, del extintivo que son propios de la cesión global a consecuencia del carácter constitutivo que el legislador ha otorgado a dicha inscripción. Pero esta formalidad registral tiene en nuestro ordenamiento, tras la LMESM, otra función consistente en garantizar dichos efectos y consolidar la operación tras cumplir todos los trámites impuestos legalmente, conforme a las Directivas europeas sobre fusiones y escisiones, que de nuevo vienen a ser el referente que sigue nuestro legislador en materia de cesión global. Por ello, a la cesión global le es de aplicación el art. 47 de la LMESM referente a la nulidad de la fusión, por remisión expresa a dicho precepto del art. 90 de la LMESM, reconociéndose de este modo a la inscripción en el Registro Mercantil de la cesión global cierto efecto convalidante.

Impugnación de la cesión global

Bajo la rúbrica de «Impugnación de la cesión global», el art. 90 de la LMESM nos remite a la aplicación de lo dispuesto, a estos efectos, en el régimen legal de la fusión, es decir, al art. 47 de esta misma Ley.

El art. 47 de la LMESM establece que ninguna fusión (escisión y cesión global de activo y pasivo) podrá ser impugnada tras su inscripción siempre que se haya realizado de conformidad con las previsiones de esta Ley. Esto puede considerarse como un intento de implantar en nuestro país un sistema que dé plena seguridad a las operaciones realizadas, sin descartar del todo la posibilidad de que se declare la nulidad de estas operaciones tras su impugnación, por lo que se prevé en los restantes puntos de este precepto, los plazos y efectos de una sentencia estimatoria.

El legislador comunitario ha buscado, en todo momento, consolidar estas operaciones una vez realizadas, por lo que sobre la base del principio de seguridad aplicable a las relaciones jurídicas que se originan, ha establecido la necesidad de que los países miembros limiten las causas que permiten declarar su nulidad y se favorezca, siempre que ello sea posible, la regularización de los defectos, a la vez que se dispongan, en su caso, breves plazos de tiempo para invocar la nulidad de la operación para aquellos casos en los que la situación no sea regularizable. Así se establece en el considerando noveno de la Tercera Directiva sobre fusiones, y mantiene la misma redacción, si bien en su considerando, décimo en la Directiva 2011/35/UE, de 5 de abril relativa a las fusiones de las sociedades anónimas.

Efectivamente, los siguientes puntos del art. 47 no descartan que pueda prosperar alguna impugnación a estas operaciones y que se declare, mediante sentencia, la nulidad de la misma, previendo para estos casos: unos plazos especialmente cortos para el ejercicio de la acción de impugnación (art. 47.2); los efectos que tendrá dicha sentencia sobre las obligaciones nacidas tras la inscripción de la operación; y un régimen de responsabilidad por incumplimiento de esas obligaciones (art. 47.3), para terminar concretando el régimen aplicable al proceso de regresión en el caso en el que la modificación estructural cree un nuevo ente (art. 47.4, solo para supuestos de fusión y escisión). Y todo ello, sin perjuicio de los derechos de los socios y de los terceros a ser resarcidos por los daños y perjuicios que les ocasione la realización de estas modificaciones estructurales.

En esta remisión directa y sin más especificaciones el legislador obvia las diferencias que existen entre la fusión y la cesión global, que dificultan la aplicación de este precepto a esta figura, por lo que será necesario una doble interpretación del art. 47, una, para entenderlo en su entorno (el de la fusión) y, otra, para adaptarlo a las circunstancias propias de la cesión global.

Interpretación del art. 47 de la LMESM y su aplicación a la cesión global de activo y pasivo

El sistema de impugnación de las fusiones inscritas y, por extensión, de escisiones y cesiones globales, tras reconocer cierto poder convalidante a la inscripción de la operación, apunta que podrán ser impugnadas por aquellos vicios o defectos que no puedan entenderse subsanados con su inscripción en el Registro Mercantil. Ello es consecuencia directa del sometimiento a estrictos controles de legalidad, notariales y

registrales (la DGRN señala en su Resolución núm. 7036/2013, de 30 de mayo que la LMESM contiene un régimen de impugnación de estas operaciones muy restrictivo, fundamentado en el principio de protección del tráfico y seguridad jurídica). Sin embargo, la desregulación de determinados aspectos de estas operaciones (especialmente relevante en la cesión global de activo y pasivo) permite que algún defecto o vicio pueda escapar a dichos controles de legalidad y pueda prosperar la impugnación de la operación. Para compensar el riesgo de una sentencia estimatoria que desmonte una operativa de este tipo, esta tutela se ve sujeta a una doble limitación: una, en relación con las causas que la justifican y, otra, en relación con el tiempo para ejercer la acción de impugnación.

Hay que distinguir entre impugnaciones anteriores a la inscripción de la modificación estructural en el Registro Mercantil, con las que se perseguiría la nulidad de determinados actos realizados durante el procedimiento legalmente establecido para realizar estas operaciones (como por ejemplo la adopción de los acuerdos sociales); y las impugnaciones de la operación ya realizada, tras su inscripción.

a . Impugnaciones previas a la inscripción

El régimen de nulidad establecido en la LMESM, aplicable a las modificaciones estructurales de carácter patrimonial inscritas, no altera los demás mecanismos legislativos que permiten cuestionar la validez de algunos de los aspectos del procedimiento llevado a cabo para la realización de estas operaciones. En estas circunstancias lo relevante es saber si estas actuaciones judiciales pueden interferir en el desarrollo y conclusión de estas operaciones y en qué medida.

Nada se especifica en la LMESM en relación con esta cuestión más allá de lo previsto en el art. 38 para la impugnación del balance de fusión, en el que se establece que por sí sola dicha impugnación no suspenderá la ejecución de la fusión. Esto hace que la solución a esta cuestión –aceptada pacíficamente por nuestra doctrina– sea la de considerar que la interposición de demanda, en estos casos, no paraliza la ejecución de estas operaciones, al menos por sí sola, sino que para ello deberán solicitarse y ser concedidas, por el juez, las medidas cautelares necesarias para evitar la inscripción en el Registro Mercantil. En principio, estas medidas solo se concederán si las considera necesarias para proteger la efectividad de la tutela judicial solicitada y en previsión de que la sentencia pudiera ser estimatoria (art. 726 de la LECiv). En tal caso, el solicitante deberá estar dispuesto a prestar una, posiblemente, elevada caución en previsión de los posibles daños y perjuicios que la suspensión de la operación pueda irrogar (art. 728.3 de la LECiv).

En relación con la cesión global, la doctrina ha puesto de manifiesto la mayor amplitud de causas que pueden sustentar la impugnación previa a la inscripción ya que, a las que pueden afectar a los acuerdos sociales necesarios para su realización, hay que sumar las que permiten la impugnación del acuerdo alcanzado entre cedente y cesionario en aplicación de las reglas generales de los contratos, pensar de otro modo sería tanto como darle la espalda a su vertiente contractual, la cual existe y reconoce, pero no regula, la LMESM.

b . Impugnaciones tras la inscripción

Si efectivamente la inatacabilidad de la fusión se asocia al control de legalidad a la que es sometida, al igual que lo es la escisión y la cesión global, la posibilidad de la nulidad de estas operaciones, tras su inscripción, solo puede deberse a que las causas que pueden provocarla escapen a dicho control, por lo que no pueden considerarse saneadas una vez inscritas. Conforme a ello, es posible distinguir diferentes tipos de vicios o defectos en esta operación: aquellos que entrarían dentro del ámbito de control del Registrador y los que escaparían al mismo.

Los primeros, son aquellos vicios o defectos que el Registrador debe detectar antes de la inscripción de la operación, el Registrador califica bajo su responsabilidad la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicita la inscripción, así como la capacidad y legitimación de los que los otorgan o suscriben y la validez de su contenido, por lo que resulta de ellos y de los asientos del Registro (art. 18.2 del Código de comercio y arts. 6 y 58.1 del RRM). Debiendo considerar las faltas de legalidad en las formas extrínsecas de los documentos inscribibles, las que afecten a su validez, según las leyes que determinan su forma, siempre que resulten de los documentos presentados. Del mismo modo, apreciará la

omisión o la expresión sin claridad suficiente de cualquiera de las circunstancias que necesariamente deba contener la inscripción o que, aun no debiendo constar en ella, hayan de ser calificadas (art. 58.2 del RRM). En este caso, los vicios o defectos (subsanales o no) que puedan pasar, por el motivo que sea, este fino filtro registral y que debieran haber motivado una calificación negativa del Registrador, suspendiendo (hasta su subsanación) o denegando la inscripción, quedan sanados tras la misma, siendo irrelevante a estos efectos que la no detección de dichos defectos o vicios sea consciente y deliberada, tal vez basada en un error de interpretación legal, o inconsciente, debida a una omisión no deliberada del control. En estos supuestos la cesión no podría ser atacada, si bien quedaría a salvo el derecho de socios y terceros a ser resarcidos por los daños y perjuicios que les cause la operación con este tipo de vicios o defectos.

Vicios o defectos que escapan del control del Registrador, como el que los acuerdos adoptados de conformidad a la ley y a los estatutos (respetando quorum, mayorías...) puedan ser abusivos por lesionar el interés social en beneficio de uno o varios socios o terceros (art. 204 del TRLSC), cuando se haya falsificado el acta de la junta de socios en la que se debatió la operación o cuando se deriven de errores en el cómputo del quorum o mayorías, así como cuando provengan de falsedad o errores en las declaraciones realizadas en los documentos que son calificados por el Registrador, o exista algún vicio que afecte al contrato como, por ejemplo, algún vicio en el consentimiento prestado. En esta categoría de difícil concreción de vicios o defectos que pueden afectar a la modificación estructural inscrita, se considera que cabría la posibilidad de impugnar la operación, al no quedar purgados tras el control de legalidad por estar fuera de su ámbito. Será en estos casos cuando, a pesar de la inatacabilidad y saneamiento de vicios y defectos que se infiere del primer apartado del art. 47 de la LMESM, cobran sentido los apartados siguientes de este precepto en los que se prevé la posibilidad de una sentencia de nulidad que afecte a una fusión, escisión o cesión global que haya producido sus efectos. Pero para limitar aún más los supuestos en los que esta puede pasar y se ponga en peligro la estabilidad y conservación de los efectos de estas operaciones, el apartado dos de este artículo, establece un plazo de caducidad de tres meses para el ejercicio de impugnación, que producirá el saneamiento, por el paso del tiempo legalmente establecido. Dejando a salvo la tutela de aquellos que sufran daños a consecuencia de la realización de la operación, quienes podrán ejercitar una acción resarcitoria, no solo porque se pueda entender aplicable el art. 47.1 in fine, sino por la protección que ofrece el régimen general de responsabilidad por daños, tanto contractual como extracontractual (arts. 1101 y 1902 del Código civil), independientemente de que prospere o no la impugnación, o que no se haya podido impugnar por haber transcurrido el tiempo legalmente previsto para ello.

Trascurrido dicho plazo, ninguna petición de las partes o de terceros, en relación con los aspectos puramente contractuales de la operación, podrá exigir la resolución del mismo ya que su efecto patrimonial, único inherente a la cesión global, queda protegido por la LMESM. Igual sucederá con aquellas acciones que pretendan ese mismo resultado motivadas por el incumplimiento de las obligaciones (acción resolutoria) o por las lesiones que pueda ocasionar (acción revocatoria). Con respecto a la natural preocupación de las partes por el correcto cumplimiento de lo acordado, estas se ven obligadas en este caso a ser extremadamente cautas a la hora de estipular las garantías que aseguren el cumplimiento ordinario de lo pactado para prevenir de forma efectiva las consecuencias del posible incumplimiento especialmente, por ejemplo, si se pacta el aplazamiento de la entrega de la contraprestación.

En relación con la operación realizada, la declaración de su nulidad exige, aunque no lo especifique la LMESM, la reposición de las cosas al estado primitivo anterior a la realización de la operación (art. 1303 del Código civil). Ello supondrá, en la cesión global, el restablecimiento de la situación patrimonial anterior a la operación y, en su caso, la reviviscencia de la sociedad cedente extinta. Sin embargo, en el plano externo la declaración de nulidad no va a alterar la validez las relaciones jurídicas con terceros nacidas tras la inscripción de la modificación estructural, a las que será de aplicación el apartado tres del art. 47 de la LMESM.

Reglas en relación con los efectos de la declaración de nulidad de estas operaciones: 1) que la sentencia debe ser inscrita en el Registro Mercantil y publicada en el BORME; 2) que la sentencia no afecta a las obligaciones nacidas tras la inscripción de estas operaciones hasta la publicación de la sentencia de nulidad (momento a partir del cual será oponible a terceros); y, 3) que las obligaciones contraídas a cargo de la sociedad absorbente (cesionario o, en su caso, cedente) durante ese periodo de tiempo, se refuerzan con la

responsabilidad solidaria de todas las sociedades que participaron en la fusión (resto de cesionarios si la cesión fue plural, y sociedad cedente). De las obligaciones nacidas tras la publicación de la sentencia responderá la sociedad absorbente (cesionario o, en su caso, cedente) en solitario.

I . Efectos de la cesión global

I.1 . Efecto patrimonial. La transmisión de empresa mediante sucesión universal

La LMESM reconoce, de forma concisa, explícita y común en todas las modificaciones estructurales de carácter patrimonial reguladas –fusión, escisión y cesión global– la sucesión universal en las transmisiones que comportan.

La sucesión universal en el contexto de las modificaciones estructurales se configura como una excepción a la aplicación de dichas normas generales. Se trata de un mecanismo legal con el que se vence la resistencia que presentan las fórmulas tradicionales de transmisión de empresas y con el que se busca dinamizar los procesos de reestructuración empresarial, abaratando sus costes en la medida de lo posible.

Con carácter general, la transmisión de empresa implica la necesidad de mantener la unidad del bloque patrimonial a transferir, de forma que se garantice la continuidad funcional de la actividad empresarial. En estas circunstancias, la importancia de tratar como una sola unidad los distintos elementos que componen la empresa, permite comprender que el funcionamiento de estas normas, en el contexto de una transmisión de empresa, deba ser distinto al que tienen en el contexto de una transmisión aislada de un elemento susceptible de integrar la empresa.

Mediante la sucesión universal el cambio de titularidad se produce en todos los elementos a la vez y de forma automática, coincidiendo con el momento en el que la operación es plenamente eficaz tras agotar la última fase del procedimiento legal, es decir, cuando se inscriba en el Registro Mercantil (arts. 23, 69, 70, 71 y 81 de la LMESM). Sin embargo, es necesario precisar que el beneficio obtenido con la sucesión universal es más evidente en unos elementos patrimoniales que en otros.

En este sentido, se trata de conciliar en el régimen legal previsto para estas operaciones, de un lado, el interés de las partes que intervienen en el negocio traslativo, teniendo en cuenta que demandan mayor celeridad en su realización; y, de otro lado, la obligación de tutelar de forma efectiva los derechos de aquellos que puedan verse más afectados por la simplificación en el cambio de titularidad del patrimonio.

Desde esta perspectiva, el trato preferencial que nuestro legislador establece en el ámbito societario a favor de las sociedades para su reestructuración empresarial, **exige en contrapartida un escrupuloso y riguroso cumplimiento de los distintos requisitos y formalidades impuestos legalmente a estas operaciones.**

Los acreedores cuentan con el derecho de oposición (art. 88 de la LMESM), con un régimen de responsabilidad ex post que garantiza el cumplimiento de todas las obligaciones transmitidas una vez celebrada la cesión (art. 91). La implementación de estos mecanismos tuitivos permite a nuestro legislador reconocer abiertamente, y de forma explícita, la sucesión universal a la cesión global de activo y pasivo aun cuando no tenga finalidad extintiva.

I.1.A . Transmisión por sucesión universal y su relación con la extinción de la sociedad

En el ámbito societario, el reconocimiento de este efecto sucesorio es explícito en las operaciones de fusión, escisión y cesión global de activo y pasivo a raíz de la promulgación de la LMESM, consolidando más aún la idea de la existencia de un *numerus clausus* de modificaciones estructurales cuya transmisión patrimonial opera mediante sucesión universal.

La reubicación de la cesión global en una ley sobre modificaciones estructurales, ha venido a ampliar sus horizontes, siendo de todas las operaciones reguladas, la única que descansa primordialmente sobre este efecto patrimonial, ya que sus efectos societarios –extintivos o no de la personalidad jurídica de la cedente– no

se imponen legalmente, sino que dependerán de la voluntad de la sociedad manifestada en el acuerdo de cesión global aprobado por la junta de socios. Lo único que sí queda descartado legalmente es, la integración de la sociedad transmitente o de sus socios en la organización corporativa del adquirente, lo cual refuerza aún más el carácter patrimonial de esta operación. Sea como fuere, resulta evidente que, en esta operación, la sucesión universal no se encuentra vinculada a ningún efecto corporativo, bastando para ello con el cumplimiento del procedimiento establecido en la Ley, constituido en defensa de todos los intereses en juego. Así con la adquisición en bloque de todo el patrimonio de la sociedad cedente mediante sucesión universal, el cesionario la sucederá de forma automática en la titularidad de todos los elementos patrimoniales transmitidos o, como establecía el derogado art. 233.1 del TRLSA, en todos sus derechos y obligaciones.

1.1.B . Alcance y efecto de la sucesión universal en el contexto societario

De forma genérica, la doctrina especializada entiende que la transmisión patrimonial mediante sucesión universal que acontece en las modificaciones estructurales se produce uno actu respecto de la totalidad de la masa patrimonial transferida.

Concretamente este efecto es uno de los previstos por la Directiva relativa a las fusiones de las sociedades anónimas, así como por la Directiva sobre escisiones de sociedades anónimas. En ambos textos comunitarios se reconocen que los efectos típicos de estas operaciones se producen ipso iure y simultáneamente (art. 19 de la Directiva 2011/35/UE y art. 17 de la Sexta Directiva), a saber: el traslativo, el extintivo (salvo en el caso de la escisión parcial y ahora segregación, ex art. 25 de la sexta Directiva), y el integrador de los socios de las sociedades transmitentes o de esta misma en las sociedades que adquieren de este modo su patrimonio. En relación con el primero de ellos, que es el que en estos momentos nos interesa, las reglas comunitarias establecen que se produce tanto entre transmitente y adquirente como con respecto a terceros. En este sentido, esta transmisión patrimonial que acontece en la cesión global de activo y pasivo se produce a partir del momento en el que la operación resulta eficaz, es decir, en el momento en el que la cesión global es inscrita en el Registro Mercantil del domicilio de la sociedad cedente, ex art. 89.2 del la LMESM. A partir de entonces, el cesionario o cesionarios pasan a sustituir a la sociedad cedente en la titularidad de todos los bienes, derechos, obligaciones y demás relaciones jurídicas.

Pese a todo nos encontramos con que el efecto no es tan absoluto porque la transmisión producida y plenamente eficaz conforme a la normativa societaria que regula las modificaciones estructurales, no impide la aplicación de las normas propias de los elementos patrimoniales transmitidos y por lo tanto no contempladas en la LMESM, que aluden al cambio de titularidad de los mismos y cuyo cumplimiento posterior a la operación permite la oponibilidad a terceros del cambio acaecido mediante la modificación estructural. Esto no es contradictorio, de hecho las propias Directivas europeas relativas a la fusión y escisión de sociedades anónimas reconocen cierta limitación en la oponibilidad del cambio de titular producido por estas operaciones, en la medida que establecen que el efecto traslativo que se produce tiene lugar sin perjuicio de la legislación de los Estados miembros que requiera formalidades particulares para la oponibilidad a terceros de la transferencia de ciertos bienes, derechos y obligaciones. Formalidades que deberán cumplimentarse tras la realización de la operación. De ello se deduce que aunque, en estos casos, no pueda ponerse en duda la transmisión producida (automática), no se evita que deban cumplirse condiciones propias de algunos derechos y deudas transmitidas.

1 . Activo patrimonial de la empresa

Los elementos patrimoniales que conforman el activo empresarial son los que, en sede de transmisión de empresas, han planteado siempre menos dificultad en relación con el cambio de titularidad, incluso cuando dicha transmisión se lleva a cabo mediante negocios jurídicos traslativos que no llevan asociados la sucesión universal. Esto se debe a que también en las transmisiones de empresas mediante sucesión particular, la tradición instrumental que muchos de estos elementos exigen se resuelve con el otorgamiento de escritura pública del negocio jurídico transmisivo tal como se contempla en el segundo párrafo del art. 1462 del Código civil, lo cual simplifica la transmisión de todos aquellos elementos que necesiten forma ad solemnitatem . En el ámbito de las modificaciones estructurales que operan mediante sucesión universal, la exigencia de que estas operaciones se documenten en escritura pública para su inscripción en el Registro Mercantil permite cumplir

con las exigencias que, en general, se exige para la transmisión de estos bienes. Así visto, respecto de estos elementos no parece que la sucesión universal tenga un efecto especialmente llamativo.

Sin poner en duda la transmisión efectiva de los elementos patrimoniales que conforman el activo empresarial producida con la inscripción de la modificación estructural en el Registro Mercantil, es necesario señalar que, sobre algunos de ellos, recaen normas que de forma específica regulan otras formalidades o trámites, los cuales deberán realizarse tras la cesión global, en atención a la naturaleza misma del bien transmitido, debiendo proceder a la inscripción de su transmisión en otros registros públicos. Inscripción, esta última, que no será constitutiva de los derechos que sobre ese bien ya ha adquirido el cesionario (ya que ese efecto lo alcanza plenamente la cesión al inscribirse en el Registro Mercantil), sino que será declarativa, dando seguridad a terceros de buena fe ajenos a la operación societaria, cuyos intereses no quedan adecuadamente protegidos con la aplicación de las normas de la LMESM.

Ello afectará a la oponibilidad a terceros del cambio de titularidad que la modificación estructural produce y que, no alcanza a cualquier tercero por igual. Será necesario, pues, distinguir aquellos terceros (socios y acreedores) cuyos intereses se tutelan en la LMESM de aquellos otros que lleven a cabo alguna actuación, en relación con dicho bien, conforme a lo que consta en el registro específico correspondiente, con posterioridad a la cesión global de activo y pasivo. En este sentido, por ejemplo, el cambio de titularidad de un bien inmueble no podría ser oponible a terceros de buena fe si no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad correspondiente. Igual sucedería con los bienes inmateriales que conforman el tan preciado activo intangible de las empresas (patentes, marcas...), cuyo cambio de titularidad tendrá que inscribirse en la Oficina Española de Patentes y Marcas.

En la transmisión de créditos de la sociedad cedente los afectados por los cambios de titularidad serían los deudores sociales. En general, las normas específicas que regulan la cesión de créditos al portador y endosables no presentan especiales dificultades para su circulación a título particular ya, que incluso de este modo, los mecanismos para su transmisión son muy simples (basta la mera entrega o endoso), lo cual de por sí ya facilita mucho el cambio de titular del crédito. Por ello, y en relación con este tipo de créditos, cabe poca simplificación de las normas de general aplicación cuando la transmisión se produce a través de una modificación estructural de sociedades mercantiles. Si acaso solo cabe, en los créditos endosables transmitidos mediante sucesión universal, liberarlos de la necesidad de proceder a su endoso para su efectiva transmisión y legitimación del nuevo titular, para lo que bastará con probar la sucesión en la posición jurídica del titular anterior. Por su parte, las normas aplicables a los créditos no endosables pueden suscitar mayores dudas. En concreto, sobre si ha de procederse a comunicar la transmisión al deudor –tal como prescribe el art. 347 del Código de comercio, para créditos mercantiles, y en el art. 1527 del Código civil, para créditos civiles– cuando el crédito es transmitido en el contexto de una operación de modificación estructural, por sucesión universal. Si analizamos detenidamente estos preceptos, observamos que en ningún momento la comunicación se configura como una exigencia para el cambio de titularidad del crédito, sino que en todo caso se trata de una formalidad que afecta a la oponibilidad de la transmisión del crédito a terceros (en este caso al propio deudor), resultando indiferente si la transmisión se produce mediante título particular o universal. Como reconocen incluso los que abogan por la no necesidad de la comunicación al deudor, esta formalidad se sustenta en la necesidad de otorgar al deudor la seguridad de un pago liberatorio, por lo que con ello no se altera el efecto sucesorio producido en la titularidad de ese elemento independientemente del mecanismo utilizado para ello.

2 . Pasivo patrimonial de la empresa

Las medidas tuitivas dirigidas al acreedor han sido reforzadas en el actual régimen de la cesión global de activo y pasivo, ya que al derecho de oposición (art. 88 de la LMESM), se le suma un régimen de responsabilidad que garantiza el cumplimiento de las obligaciones cedidas (art. 91 de la LMESM).

1.2 . Efecto societario: extinción o continuidad de la sociedad cedente

En todo caso, la posibilidad de que la sociedad cedente continúe en activo tras la cesión global de activo y pasivo o, en su caso, se extinga no es una imposición legal sino una decisión social vinculada a

realización de la operación. **Para que la sociedad cedente prosiga activa tras la operación bastará con que en el acuerdo de cesión global se contemple que la sociedad sea la que perciba (total o parcialmente) la contraprestación. De otro modo, si en el proyecto de cesión acordado atribuye a los socios directamente la totalidad de la contraprestación, la sociedad cedente se extinguirá de forma automática, ex art. 81.2 de la LMESM. Esta decisión permite que tras la inscripción de la cesión global en el Registro Mercantil se cancelen los asientos registrales de la sociedad cedente (89.2 de la LMESM).**

II . Mecanismos de protección a terceros

II.1 . Mecanismos de tutela del socio

Las sociedades son sujetos con voluntad individual de formación colectiva, esto supone que la validez de sus actos externos está sujeta, cuando ello sea necesario, al cumplimiento de procedimientos internos imperativos de adaptación, que consoliden la voluntad social y protejan a los socios que la integran. Las modificaciones estructurales y la cesión global, entre ellas, no son una excepción a esta exigencia, por lo que las sociedades cedentes deberán cumplir con el proceso de formación de la voluntad social siguiendo el iter marcado en la LMESM. Será en dicho procedimiento societario en el que se establezcan las medidas específicas que el legislador ha considerado oportuno instituir a favor de los socios ante operaciones de esta trascendencia económica y patrimonial.

Como las medidas que protegen a los socios de la sociedad cedente ya han sido analizadas en la formación del negocio de cesión, nos limitaremos aquí a exponer a grandes rasgos algunas cuestiones.

En relación con sociedades de capital, la relevancia de la cesión global como operación específica de modificación estructural se evidencia en la mención expresa que a ella se hace en varios artículos del TRLSC relacionados con la adopción de los acuerdos sociales (competencia de junta, quorum de constitución de la junta de accionistas, mayorías para la adopción del acuerdo en las sociedades de responsabilidad limitada). Además, como todo acuerdo social, el de cesión global también puede ser impugnado de conformidad con lo establecido en el TRLSC (art. 204 y ss. del TRLSC) debiendo tener en cuenta los socios –como ya señalamos en su momento– que la impugnación del acuerdo social no paraliza por sí sola la ejecución de la cesión global aprobada y, una vez inscrita, la cesión global solo podrá ser anulada excepcionalmente, sin perjuicio de que los socios (o terceros) tengan derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios que la realización de la operación les pueda haber causado (art. 47.1 de la LMESM).

En estas sociedades se ha aumentado considerablemente la mayoría exigida para la aprobación de la cesión en relación con la normativa precedente. Actualmente, la consideración de la cesión como modificación estructural impone que se cuente para su aprobación, al menos, con dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en las que se divida el capital social (art. 199.b. del TRLSC).

Sin embargo, no cabe decir lo mismo respecto de la defensa de los intereses de los socios de la sociedad cesionaria.

II.2 . Mecanismos de tutela de los acreedores

El acreedor de la sociedad cedente es el que puede resultar más afectado por la cesión global. El riesgo que comporta para ellos esta operación, proviene de la confusión patrimonial que se producirá, ipso iure, con su realización y también, en su caso, de la posible fragmentación del patrimonio cedido, que puede contribuir a empeorar las expectativas de satisfacción de sus créditos. Cuando la transmisión se produce mediante sucesión universal, como ocurre en la cesión global de activo y pasivo, el acreedor de la sociedad cedente pierde el control que tenía sobre su crédito y la eficacia que ante él tiene de su transmisión, al sustituirse la tutela que les ofrece las normas del Código civil, por los establecidos en la LMESM: al derecho de oposición (art. 88) se le suma un régimen de responsabilidad por las obligaciones cedidas incumplidas (art. 91) que confieren a los acreedores unas garantías más acordes con las circunstancias en las que se produce la transmisión del crédito, velando también por el éxito de la reestructuración empresarial.

Por su parte, los acreedores del cesionario o cesionarios también se ven afectados por la cesión global, si bien en menor medida que los de la sociedad cedente. Sus créditos no se exponen a los mismos riesgos, no experimentan, a raíz de la operación, ningún cambio de titularidad, pero ello no impide que las garantías patrimoniales que tenían puedan verse modificadas a consecuencia de la realización de una cesión global, en tanto que supone una confusión patrimonial, que justifica perfectamente que también se les ofrezcan medios que los protejan de los adversos efectos económicos que para ellos pueden comportar también estas operaciones. Estos acreedores solo contarán, siempre que sus créditos reúnan los requisitos impuestos por la Ley, con el derecho de oposición.

II.2.A . Derecho de oposición de los acreedores

El art. 88.2 de la LMESM se remite a las reglas del derecho de oposición que rigen en la fusión.

La modificación del art. 44 de la LMESM en 2012 supuso, para el derecho de oposición a estas operaciones un efecto que se ha visto suavizado para evitar que los acreedores puedan aprovechar su ventajosa posición, para chantajear con su paralización poniendo en peligro la reestructuración empresarial realizada por este cauce. Junto a esto, los demás cambios experimentados por el art. 44 responden a la simplificación y agilización de estas operaciones que impone la Directiva 2009/109/CE.

1 . Justificación de este mecanismo de protección

El art. 44 de la LMESM –al que nos remite el art. 88.2 del mismo texto legal– configura el derecho de oposición como un instrumento de protección tanto de los acreedores de la sociedad cedente como del cesionario o cesionarios.

El correcto ejercicio de este derecho por parte de los acreedores exige que se les ofrezca una adecuada información sobre la operación. El artículo 87.2 de la LMESM obliga a que se informe a los acreedores sobre el acuerdo así como sobre su derecho de oposición también es relevante para ellos la publicidad que se ha de dar al proyecto de cesión global mediante su inserción en la página web de la sociedad o, si no la tuviera, mediante el tradicional depósito en el Registro Mercantil del proyecto y su inmediata publicación en el BORME.

Esta fechas –la de la inserción o depósito del proyecto– son las tomadas como límite para legitimar a los acreedores con derecho a oponerse a la cesión global. Esta publicidad del proyecto, si el acuerdo se adopta mediante el procedimiento normal, es importante ya que todos los créditos nacidos con posterioridad no legitimarán a sus titulares para oponerse a la operación una vez aprobada, por lo que deberán, si lo estiman conveniente, garantizar sus créditos de la mejor manera posible cuando los negocien con el deudor , salvo que este paso previo se haya omitido merced del art. 42 de la LMESM (cesión aprobada por unanimidad en junta universal), en cuyo caso resulta lógica la ampliación del límite temporal anterior hasta la fecha de la publicación o comunicación del acuerdo ya adoptado (art. 44.2 de la LMESM).

En este contexto, la naturaleza jurídica del derecho de oposición de los acreedores, en las operaciones de modificación estructural, en general, y en la cesión global, en particular, **se configura, por un lado, como un derecho de los acreedores a obtener el aseguramiento de sus créditos o de reclamación de garantías y, por otro lado, como una obligación de las partes del negocio de cesión global de asegurar el cumplimiento de las obligaciones pendientes antes de su realización, para que los acreedores recuperen la confianza en el cumplimiento futuro de sus créditos a pesar de los cambios patrimoniales que irremediamente va a implicar la operación.** En este sentido, el amparo que proporciona la oposición a los acreedores debe enfocarse desde la perspectiva de la seguridad del crédito que este colectivo ostenta en el marco de unas operaciones cuyo éxito viene impuesto, en muchos casos, por la necesidad de reestructurar determinados sectores económicos. Esto ha llevado a nuestro legislador a impedir que los acreedores puedan ser decisivos en la realización de estas operaciones, ya que ello rebasaría su derecho a que sus créditos sean satisfechos. Por ello se ha sustituido el poder paralizante que ostentaban con anterioridad los acreedores, por un derecho a requerir judicialmente, tras la realización de la operación, que le

sean prestadas las garantías que no le ofrecieron o satisficieron de conformidad a la Ley (art. 44.2.3 de la LMESM) antes de su realización.

2 . Formalización y contenido

El acreedor solo podrá hacer valer su oposición, tras la realización de la operación, en la medida que pueda acreditar su ejercicio, mediante comunicación fehaciente a su deudor, en tiempo y forma (art. 44.4 de la LMESM).

Siendo suficiente que el acreedor exprese, al menos, su disconformidad con la realización de la cesión, identifique su crédito y acredite su legitimación, presentando para ello el título del crédito.

Deberá formalizarse dentro del plazo establecido en el art. 88 de la LMESM, un mes a contar desde la fecha de publicación del último anuncio del acuerdo de cesión o, en su caso, desde la fecha del envío de la última comunicación realizada de ese acuerdo (art. 87.2 de la LMESM). Si se opta por la comunicación individual, sería conveniente que este trámite lo realicen las partes de forma conjunta. De este modo, la centralización y control de las comunicaciones enviadas permitirá evitar posibles dudas sobre el momento en el que hay que empezar a computar el plazo de ejercicio de la oposición.

El plazo fijado para el ejercicio de la oposición es un plazo de caducidad (sin que pueda ser interrumpido ni suspendido) computándose de fecha a fecha (art. 5.1 del Código civil y art. 60 del Código de comercio). Durante ese periodo el sujeto que resulte legitimado para oponerse a la cesión global podrá hacerlo personalmente o mediante representación.

3 . Legitimación activa

Para determinar quién se encuentra legitimado activamente para oponerse a la cesión global de activo y pasivo, deberemos tener en cuenta los presupuestos subjetivos y, sobre todo, objetivos que deberán cumplir los acreedores y sus créditos, conforme a los arts. 88 y 44 de la LMESM.

a . Presupuesto subjetivo: el acreedor

La legitimación activa en la oposición a una cesión global la ostenta únicamente aquella persona que tenga un derecho de crédito contra alguna de las partes de la operación. Es decir, estarán legitimados para oponerse los acreedores de la sociedad cedente o del cesionario que tengan pretensiones jurídicas fundadas en una relación obligatoria de cualquier tipo.

En relación con los obligacionistas, aunque el art. 88 de la LMESM no se refiera expresamente a ellos, podemos entender, por la remisión que hace dicho precepto a las condiciones y efectos de la oposición previstos para los casos de fusión y también el art. 246 del RRM, que podrán ejercer este derecho en las mismas condiciones que el resto de los acreedores, salvo que la cesión global hubiera sido aprobada por la asamblea de obligacionistas.

Cuando el acreedor sea también socio, creemos que no tiene por qué ser contradictoria la actuación de un sujeto que, como socio, vota a favor de la modificación estructural y que, como acreedor, pretende ejercer el derecho de oposición que le reconoce la Ley.

Con similares argumentos, a los esgrimidos anteriormente, se podría defender el derecho de oposición de quien tienen la doble condición de acreedor y administrador de la sociedad cedente o, en su caso, de la sociedad cesionaria.

Por último señalar, el supuesto en el que el acreedor sea a su vez deudor de una de las partes de la cesión global, en tal caso también consideramos que podrán oponerse a esta operación, si bien la sociedad cedente o el cesionario, podrán reclamarle o compensar el importe de su deuda (art. 1195 del Código civil).

b . Presupuesto objetivo: el crédito

El contenido del derecho de crédito al que se refiere el art. 44.2 de la LMESM debe ser de carácter patrimonial, aunque no necesariamente pecuniario, lo decisivo en este caso es que sea evaluable económicamente en dinero.

Respecto a los **derechos de créditos condicionados**, al amparo del art. 1121 del Código civil se concluye que a quienes se les debe bajo condición podrán realizar todos aquellos actos de conservación de su derecho. De igual modo, los titulares de derechos de crédito a término (art. 1125 del Código civil), se considera que pueden oponerse ya que, aunque resulte controvertido determinar si durante la pendencia del término ostentan una verdadera obligación o una mera expectativa jurídicamente tutelada, lo que sí resulta menos discutido es su derecho a ejercitar las acciones procedentes para conservar su derecho que es de lo que se trata con la oposición.

En lo referente a los **créditos litigiosos (judicial o arbitral)** se ha venido sosteniendo que sus acreedores se encuentran legitimados para el ejercicio de la oposición, ya que esta tutela tiene como finalidad la de prevenir los efectos de una eventual disminución de la garantía patrimonial que podría comportar la realización de la cesión global de resolverse, finalmente, el litigio a favor del acreedor. Entendiéndose entonces, que el tratamiento que deben recibir estos créditos debe ser equivalente a los que reciben los créditos a condición. Por último apuntar el supuesto en el que el litigio sobre el crédito sobrevenga a la oposición ya ejercida en una cesión global.

A continuación analizaremos los presupuestos que deben cumplir los créditos para otorgar a su titular el derecho a oponerse a la cesión.

a) Créditos nacidos y no vencidos a fecha de publicación del proyecto de cesión global o del acuerdo de cesión global

El primer presupuesto al que alude la Ley es una limitación temporal, el art. 44.2 de la LMESM sigue los dictados que, en su momento, estableció el art. 13 de la Tercera Directiva (actualmente mismo art. de la Directiva 2011/35/UE) sobre las fusiones de las sociedades anónimas y el art. 12 de la Sexta Directiva sobre escisiones de sociedades anónimas. Conforme a ello, los créditos que permiten a sus titulares oponerse a una modificación estructural son, con carácter general, los nacidos y no vencidos antes de la fecha de inserción en página web o depósito del proyecto de cesión en nuestro caso. Únicamente cuando no se haya hecho público el proyecto (art. 42 de la LMESM) podrán oponerse los acreedores cuyos créditos hayan nacido y no vencido antes de la fecha de publicación o comunicación del acuerdo (art. 44.2 primer párrafo in fine).

Por otro lado, los créditos vencidos no deben solicitar protección de sus derechos sino su ejecución, es decir, exigir su cumplimiento al disponer de medios para hacerlos efectivos, pudiendo, en su caso, solicitar la adopción de medidas cautelares oportunas para garantizar la efectividad de la sentencia que se dicte, en su momento, si le es favorable. En los supuestos de los créditos que hubieran nacido y no estuvieran vencidos antes de dar publicidad al proyecto pero que lo estuvieran en el momento de ejercer la oposición –tras el acuerdo de cesión– su titular podrá optar por oponerse a la operación o reclamar el pago o ejercitar las acciones que le corresponda en virtud del crédito que ostente.

b) Créditos no suficientemente garantizados

En las condiciones anteriormente detalladas, solo generaran un derecho de oposición aquellos créditos que no se encuentren ya suficientemente garantizados, de este modo, el art. 44.2 in fine de la LMESM excluye de tal protección preventiva a los que cuenten con dichas garantías.

En todo caso, nada impide que la protección que ofrece la oposición ampare tanto a los acreedores cuyos créditos no estén garantizados, como a los que teniendo garantías (incluso, real o personal) resulten insuficientes de forma originaria o sobrevenida. Los primeros podrán pedir el aseguramiento de su crédito y, los segundos, que se complete con el fin de que sea suficiente. Sin que sea necesario para considerar la

suficiencia de la garantía que esta cubra todo el valor del crédito pendiente, ni que se haya creado mediante un negocio jurídico de garantía que acompañe al que dio origen al crédito garantizado.

4 . Legitimación pasiva

El apartado cuarto del art. 44 de la LMESM, introducido por la Ley 1/2012, exige, para que el Registrador haga constar el ejercicio del derecho de oposición en nota al margen de la inscripción de cesión global que el acreedor acredite haber comunicado fehacientemente su oposición a su deudor, es decir, en la cesión global cada acreedor legitimado deberá oponerse (en tiempo y forma) ante la sociedad cedente o ante el cesionario.

5 . Efecto de la oposición

La oposición de un acreedor a la cesión global de activo y pasivo genera, en la sociedad cedente o en el cesionario, **la obligación de presentar garantías o, en cualquier caso, fianza solidaria a favor del deudor prestada por entidad de crédito antes de que se lleve a efecto la operación, conforme al art. 44.3 de la LMESM.** La garantía podrá constituirla, incluso, un tercero por cuenta del deudor (cedente o cesionario), adoptando cualquier modalidad posible con tal de que el acreedor quede satisfecho. En este sentido, nuestra doctrina considera que el silencio en torno al criterio para determinar la adecuación o suficiencia de una garantía deja en manos del acreedor su valoración y en las del deudor su propuesta, debiendo darse al término garantía un sentido omnicomprendivo. En cuanto a las modalidades que pueden revestir estas garantías podrán utilizarse tanto garantías en sentido técnico, de tipo real (prenda, hipoteca) o personal (fianza, aval, etc.) como cualquier otra medida adoptada por el deudor y aceptada por el acreedor que, sin suponer la constitución de un auténtico derecho de garantía, refuerce, aunque sea indirectamente, la seguridad del crédito. Tampoco impide la Ley que estas garantías se ofrezcan de forma anticipada al acreedor, para prevenir el ejercicio del derecho de oposición, pero esta solución no sería necesaria habida cuenta que la oposición no enervada no paraliza la operación.

En lo referente a la fianza, la Ley establece que deberá ser prestada por una entidad de crédito, con carácter solidario. Con ella el acreedor podrá requerir su ejecución sin que sea exigible la previa excusión de los bienes del deudor, ex art. 1831.2º del Código civil, sin que en el plano interno se altere la relación fiador/deudor que seguirá regulándose en los art. 1137 y siguientes del Código civil, conforme al segundo párrafo del art. 1822 de este mismo texto legal. Esta fianza podrá ser solicitada tanto por la sociedad cedente como por el cesionario, en este caso, lo determinante es que se constituya a favor del acreedor opoñente, debiendo notificarse la obtención de dicha garantía. La fianza deberá prestarse por la cuantía del crédito y hasta tanto no prescriba la acción para exigir su cumplimiento. Nada impide que el deudor opte por ofrecer desde el principio, al acreedor, una fianza o, incluso, que se asegure el crédito combinando la fianza por una parte del crédito y para el resto presentar otras garantías o medidas siempre que ello satisfaga al acreedor.

Conforme a la redacción de art. 44.3 de la LMESM, la operación no podrá realizarse en tanto que el acreedor opuesto no obtenga garantía de pago de su crédito. Esta prohibición no es absoluta según su cuarto apartado. Ello se debe a que, si bien es cierto que se sigue manteniendo la obligación del deudor (cedente o cesionario) de garantizar adecuadamente los créditos de los acreedores que se opongan, e incluso se mantiene la prohibición de continuar con la operación si no han sido asegurados adecuadamente (art. 44.3), también se admite la posibilidad de que la operación se lleve a efecto (art. 44.4). En tal caso, al acreedor opuesto en tiempo y forma que no hubiera obtenido las garantías previstas legalmente antes de la realización de la operación, podrá reclamarlas judicialmente tras su inscripción.

En tal circunstancia, el acreedor tendrá que solicitar al Registrador mercantil del domicilio de la sociedad cedente que haga constar su oposición, mediante nota marginal en la inscripción de la operación. Para ello deberá acreditar que ejerció su derecho de oposición en tiempo y forma mediante comunicación fehaciente a su deudor. La nota marginal se cancelará de oficio a los seis meses de su fecha, salvo que con anterioridad se haya hecho constar por anotación preventiva, la interposición de demanda, ante el Juzgado de lo Mercantil, en la que se solicite la prestación de garantía conforme a lo establecido en la Ley o el pago del

crédito. Dicha demanda según el precepto analizado deberá interponerse contra la sociedad absorbente o contra la nueva sociedad.

Al margen del recurso judicial con el que cuenta, actualmente, el acreedor para reclamar las garantías a las que tienen derecho, el deudor sigue obligado a garantizar previamente el crédito del acreedor opuesto, si bien en caso de desavenencia ello no comportará la paralización de la operación, sino que entendemos que el deudor podría decidir continuar la cesión global tras considerar suficiente la garantía ofrecida, pagando o presentando fianza u otro tipo de garantía solo si a posteriori se le exigiera judicialmente, ya que para continuar con la cesión bastará con que los otorgantes de la escritura pública (cedente y cesionario) declaren la identidad de los acreedores que se hubieran opuesto y la consideración de hallarse los créditos suficientemente garantizados.

II.2.B . Régimen de responsabilidad a favor de los acreedores

La regulación de la responsabilidad, como tutela ex post se configura como complemento a la tutela que representa el derecho de oposición.

1 . Justificación de este mecanismo de tutela

La concreción, en el ámbito de la cesión global, de un sistema de responsabilidad como el que recoge el art. 91 de la LMESM, permite a estos acreedores tener un poder coactivo que alcanza, además de al nuevo titular pasivo de su crédito, a aquellos que participaron, directa o indirectamente, en la operación de transmisión del patrimonio en la que se cedió su crédito (sociedad cedente, en su caso, sus socios, y el resto de los cesionarios si los hubiera).

La actual regulación establece a favor de los acreedores de la sociedad cedente un entramado de garantías complementarias a la responsabilidad que, de por sí, ya asume el deudor-cesionario de una obligación de conformidad con el Código civil. El régimen de responsabilidad previsto en el art. 91 de la LMESM, involucra en el buen fin de todas las deudas transmitidas a los que, de un modo u otro, se hayan beneficiado de la operación, protegiendo los derechos de los acreedores de la sociedad cedente, en tanto que sus créditos han sido transmitidos sin necesidad de su consentimiento, por efecto de la sucesión universal propia de las modificaciones estructurales patrimoniales.

Los acreedores cuyos créditos quedan amparados por este especial régimen de responsabilidad son todos aquellos cuyos créditos han sido cedidos por obra de la cesión, por lo que esta medida de protección no atiende a las garantías previas con las que pueda contar o podría haber contado el acreedor para asegurar su crédito, sino que se trata de adscribir patrimonios concretos para garantizar el cumplimiento de esas obligaciones cuando venzan y sean exigibles. La eficacia de este instrumento será mayor en aquellos casos en los que el acreedor no pudo obtener garantías, por no poder oponerse o, si se opuso, por obtener en principio unas garantías que le satisficieron pero que finalmente resultaron insuficientes para cubrir su crédito.

Esta medida de protección ahora analizada ampara a los acreedores de la sociedad cedente cuyos créditos, tras la operación, queden pendientes de cumplimiento, es decir, abarca tanto a los que tuvieron ocasión de oponerse –incluidos los que obtuvieron con su oposición mayores garantías– como a los que no cumplían los presupuestos legales para el ejercicio de ese derecho. En este sentido, la disposición aplicable no establece presupuestos previos para su aplicación, solo exige que sea una obligación cedida e incumplida por el cesionario al que fue adjudicada.

2 . Naturaleza de la responsabilidad prevista en el artículo 91 de la LMESM

La responsabilidad que establece el art. 91 de la LMESM, es una responsabilidad que podríamos calificar de envolvente , que afecta –si bien de forma diferente– a todos los que, de forma directa (cedente, cesionario/s) o indirecta (socios de la sociedad cedente), participan en la operación. Esto puede llegar a generar, en estos sujetos, cierto grado de inquietud, lo que les obligará a extremar sus cautelas a la hora de

elegir a sus «compañeros de travesía» ya que todos, en el plano externo de la relación obligatoria, garantizarán la satisfacción del acreedor de la sociedad cuyo crédito fue transmitido mediante cesión global. Así entendida, esta responsabilidad sería una fórmula efectiva para controlar –por sus consecuencias en quienes intervinieron en ella– el endeudamiento del cesionario y su capacidad de asumir el patrimonio que le es cedido.

Como ocurre en el contexto de la extinción de sociedades de capital, ni la extinción ni la cancelación registral de una sociedad conllevan la ineficacia jurídica de sus obligaciones por lo que, en tales casos, los socios, en tanto que sucesores y beneficiarios de la sociedad, son responsables de su cumplimiento, preservando de este modo los legítimos intereses de los acreedores sociales.

La responsabilidad prevista en este artículo alcanzaría únicamente a las obligaciones que cambian de titular a consecuencia de la cesión global, y no a las que han sido asumidas por el cesionario o cesionarios directamente, aunque sean consecuencia de la operación realizada, cuyo incumplimiento queda sometido a las normas comunes.

Por otro lado, hay que señalar que el precepto objeto de nuestro estudio no hace distinción alguna respecto de las garantías que de forma previa pudieran tener o haber obtenido los créditos, ni tampoco en la necesidad de ejecutar la garantía de forma previa a la reclamación del cumplimiento al resto de los responsables. Sin embargo, como ha sido señalado por algunos autores, lo más lógico es pensar que si el acreedor cuenta con alguna garantía, lo más probable es que opte por ejecutarla, sobre todo cuando sus expectativas de cobro sean mejores y más rápidas en esas condiciones que si reclamara el cumplimiento a los sujetos responsables vía art. 91 de la LMESM.

Rasgos de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones cedidas: Subsidiariedad y solidaridad.

El efecto de la transmisión por sucesión universal que se reconoce legalmente a la cesión global comporta la sustitución del cesionario en todos los derechos y obligaciones que integran el patrimonio transmitido por la sociedad cedente tras la operación, y conforme a ello, no cabe duda de que el cesionario asume plena responsabilidad por las obligaciones así asumidas (art. 1901 del Código civil).

En relación con la responsabilidad que asumen los demás sujetos implicados en la cesión, ex art. 91 de la LMESM, en primer lugar, destacaremos su carácter subsidiario. Conforme a ello, para su aplicación será necesario que el cesionario-deudor incumpla su obligación. Esto supone que el acreedor tendrá que dirigirse al deudor-cesionario y requerirle el cumplimiento de la obligación y, tras ello, sin más requisitos, si la reclamación fuera infructuosa, podrá reclamar su cumplimiento a cualquiera de los sujetos mencionados en dicho precepto, los cuales responderán como garantes de la obligación asumida por un tercero. Así, tal como se configura el régimen de responsabilidad del art. 91 en el contexto de la cesión global, las garantías proporcionadas a los acreedores son más acordes a la estructura y función de la fianza que a la de una obligación con varios deudores (codeudores). En estas condiciones, de igual modo que prevé el art. 1822, en su primer párrafo, del Código civil, los deudores de refuerzo –mencionados en el art. 91 de la LMESM– solo resultan obligados a cumplir « en caso de no hacerlo » el deudor principal (cesionario que asumió la obligación). Nada en el precepto estudiado, nos hace pensar que en la cesión deba procederse, antes de reclamar a los sujetos del art. 91, a la previa excusión de todos los bienes del deudor sino que, para que se active la responsabilidad prevista en este artículo, bastará con que el deudor principal haya sido constituido en mora en el cumplimiento de su obligación. Sin que pueda hablarse por lo tanto en este supuesto de una asunción acumulativa de deuda, que permitiría al acreedor, llegado el término del vencimiento, reclamar el pago a cualquiera de ellos sin necesidad de requerírsele primero al deudor principal.

Junto a la subsidiariedad de la responsabilidad establecida en la LMESM, otro rasgo que la caracteriza es la solidaridad. Esto sitúa a los acreedores cedidos en una posición ventajosa, ya que de este modo aumentan las posibilidades de que su crédito sea satisfecho, al poder dirigir su pretensión –una vez incumplida la obligación por el deudor-cesionario– contra cualquiera de los responsables solidarios o contra todos ellos simultáneamente hasta obtener la íntegra satisfacción de su derecho de crédito, ex art. 1144 del Código civil.

Por otro lado, y asumiendo la aplicación de este precepto a todas las cesiones globales, no creemos que exista contradicción alguna en considerar que si la cesión es singular y extintiva, la solidaridad que pregona este precepto concierne a todos los socios de la sociedad cedente, y, en caso de cesión singular no extintiva en la que toda la contraprestación la percibiera íntegramente la sociedad cedente, decaería la solidaridad de la responsabilidad pero se mantendría la subsidiariedad que establece el art. 91 de la LMESM. En este supuesto, se entiende que toda la contraprestación la recibieron los socios. Si la sociedad cedente fuera unipersonal responderá el socio único de forma limitada y subsidiaria respecto del deudor principal (cesionario).

El art. 91 de la LMESM, guarda silencio en relación con la situación que originaría la satisfacción de la obligación por parte de alguno de los sujetos que responden solidariamente. En este caso, como ocurre en la escisión, debe entenderse que quien realice el pago podrá dirigirse al cesionario deudor reclamándole la totalidad del importe pagado (arts. 1838 y 1839 del Código civil). También cabe que el sujeto que satisfaga la obligación reclame, a los que responden solidariamente con él por el incumplimiento de las obligaciones cedidas, la parte proporcional que les corresponda a cada uno ya que no todos responden de igual manera. En concreto nuestro legislador ha limitado la responsabilidad de los demás cesionarios y de los socios de la sociedad cedente a una determinada cuantía, que se fija, para los primeros, en el activo neto atribuido a cada uno de ellos en la cesión y, para los segundos, en lo recibido como contraprestación por la realización de la operación. En ambos casos, el apartado segundo del art. 91 de la LMESM establece también para ellos una limitación temporal a su responsabilidad de cinco años. Sin embargo, la sociedad cedente, en el supuesto de subsistir tras la cesión global, no ve limitada su responsabilidad ni cuantitativa ni temporalmente.

II.3 . Mecanismos de tutela de los trabajadores

La LMESM no establece mecanismos específicos de tutela dirigidos a este colectivo, sino que su Disposición Adicional 1ª nos remite a lo establecido en la legislación laboral. Lo dispuesto en esta Ley no modifica los demás derechos previstos, de forma general, en la legislación laboral en caso de sucesión de empresa.

La cesión global conlleva la transmisión, junto al resto de los elementos que integran la empresa, de las relaciones laborales existentes. Como sabemos, esta operación implica la subrogación del cesionario en la posición de la sociedad cedente en todos los elementos transmitidos, por lo tanto también en los derechos y obligaciones laborales de la sociedad cedente. Este hecho forma parte del núcleo fuerte que sustenta las garantías individuales que tutelan a los trabajadores, consagrado en nuestro ordenamiento interno en el art. 44 del ET.

En relación con la cesión global de activo y pasivo, la LMESM alude al derecho de información de los trabajadores en el último inciso del art. 87.2, tras referirse a la comunicación individual del acuerdo a socios y acreedores. El escaso margen que, una vez adoptado el acuerdo de cesión, tendrán los representantes de los trabajadores, conforme al art. 87, para poner en marcha los mecanismos de participación que les reconoce la normativa laboral en supuestos de adquisición de empresa, 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.

Atendiendo a la legislación laboral, resulta que el art. 44.6. del ET reconoce el derecho de los representantes legales de los trabajadores o, en su defecto, de los propios trabajadores afectados (art. 44.7 del ET), a que se les notifique: la fecha prevista de transmisión, sus motivos, las consecuencias jurídicas, económicas y sociales que tendrá la transmisión para los trabajadores y las medidas previstas que les afecten, antes de la transmisión de la empresa (art. 44.8 del ET); señalando que en supuestos de fusión y escisión de sociedades y, por extensión, entendemos que también en los de cesión global, el cedente y cesionario tendrán que proporcionar la información indicada, en todo caso, al tiempo de publicarse la convocatoria de las juntas generales que deban adoptar estos acuerdos.

El legislador sí ha tenido en cuenta este aspecto de la legislación laboral en la fusión, en su art. 39. Por tanto, a pesar de no existir en la cesión global reglas que coordinen su régimen legal con la legislación laboral, esta carencia puede salvarse por el hecho de que este precepto de la fusión debe entenderse aplicable a la

cesión en toda su extensión, en tanto que 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.

II

Seguidamente, analizamos diferentes aspectos del caso de una sociedad municipal que deben ser tenidos en cuenta:

1. Del análisis de los fines sociales de la empresa, reflejados en sus Estatutos, se establece que sus cometidos son diversos y que se engloban en tres áreas; una en el fomento del desarrollo socio económico del municipio, que se concretan en cometidos de promoción, impulso y asesoramiento de la actividad empresarial, promover la creación de empresas y captar recursos ajenos para las mismas. En segundo lugar, tiene una función de desarrollo urbanístico del municipio en su vertiente de gestionar suelo industrial y residencial y de otro lado, construir edificios industriales, naves, oficinas, viviendas, locales comerciales y de servicios por lo que ejerce la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas. Y por último, también desarrolla una competencia en materia de Formación profesional genérica de los ciudadanos del municipio.

Por tanto, el Ayuntamiento ejerce estos servicios mediante gestión directa a través de su ente instrumental, sociedad mercantil de responsabilidad limitada íntegramente municipal (art. 85.2 LBRL, modificado por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre).

De dichos servicios, uno claramente implica, conforme el art. 86.1 LBRL, el ejercicio de la iniciativa pública de actividades económicas, que se concreta en la promoción, construcción y venta de todo tipo de edificaciones. Otra, es típica de la competencia propia en materia de urbanismo del art. 25.2 LBRL. Otra, la que se refiere al fomento de la actividad empresarial, no viene recogida en el actual listado del art. 25.2 LBRL, ni se desprende de los servicios básicos del art. 26.2 del mismo texto legal, siendo más bien, con la reforma de la LBRL, una competencia de la Diputación Provincial (art. 36.1 apartado d) LBRL, que dice: "La cooperación en el fomento del desarrollo económico y social y en la planificación en el territorio provincial, de acuerdo con las competencias de las demás Administraciones Públicas en este ámbito"), y sólo viene recogido en la LAULA en su art. 9 apartado 21, que recoge la competencia propia de los municipios andaluces en materia de "fomento del desarrollo económico y social en el marco de la planificación autonómica". Y por último, el cometido de realizar funciones formativas de cualificación profesional con carácter general de los ciudadanos del municipio, es una competencia propia de la Administración Autónoma en materia de educación que tampoco se recoge en la LBRL vigente como competencia municipal, ni en la LAULA.

Esta cuestión deberá tenerse en cuenta por el Ayuntamiento si procede a realizar la operación de la cesión global extintiva, pues deberá determinar qué servicios se dejan de prestar, y, en su caso, cómo se gestionarán en adelante los restantes.

2. En los años que lleva en vigor la LMESM, coincide con las dificultades económicas que atraviesan las empresas de nuestro país, y se puede constatar que son las cesiones globales extintivas las que están ayudando a depurar el mercado de todas aquellas sociedades en dificultades, propiciando el reciclaje de su patrimonio empresarial. Así se puede constatar tanto en el sector privado como en el público, en el cual se está replanteando su estructura empresarial y entes instrumentales para optimizar los recursos públicos y mejorar su gestión y funcionamiento. Por tanto, esta operación no es algo excepcional y raro en el conjunto de las Administraciones Públicas, sino que para reducir la estructura organizativa de los entes instrumentales de nuestro país se está haciendo uso de ésta técnica contractual con frecuencia.

Así se puede ver en el Estado Central, por ejemplo en la Orden HAP/583/2012, de 20 de marzo (BOE nº 72 de 24 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. En dicha Orden se analiza el sector público empresarial y fundacional a la luz de los principios constitucionales de eficiencia y economía previstos en el art. 31.2 junto con el de estabilidad presupuestaria recogido en el art. 135.1 CE, y se procede a una reducción relevante de entidades, y entre las formas para efectuarlo, se contempla supuestos de extinción de filiales mediante la transmisión en bloque del patrimonio a

tenor del art. 53 de la LMESM, o bien mediante cesión global de su activo y pasivo en los supuestos en que la matriz es una entidad pública, de acuerdo con los arts. 81 y siguientes de la LMESM. También las Comunidades Autónomas están utilizando dicha operación de cesión global. Así se puede presentar como ejemplo el Acuerdo de 6 de junio de 2014 del Consejo de Gobierno de las Islas Baleares (BOIB de 7 junio 2014, nº 77), por el que se autoriza la extinción de sociedades mercantiles de la Televisión y Radio de las Islas Baleares. También Acuerdo de 14 de febrero de 2014 del Consejo de Gobierno de las Islas Baleares en igual sentido (BOIB nº 23 del 15 febrero 2014). También en la Comunidad de Madrid en la liquidación de la empresa Alcalá Natura 21, S.A.U. (BORM nº 136 de 18 julio 2012). En la Comunidad de Murcia de cesión global extintiva de la sociedad Televisión Autonómica de Murcia SA, que se disuelve traspasando todo su patrimonio al socio único Empresa Pública Regional Radiotelevisión de la región de Murcia. En la Administración local tanto Diputaciones como Ayuntamientos también están utilizando la LMESM. Así el Ayuntamiento de **Alonsotegi** (BORM nº 84 del 4 de mayo de 2011). El Ayuntamiento de **Córdoba** de su empresa Proyectos de Córdoba SXXI SL PROCORDOBA, que se disuelve. En la Diputación Provincial de **Málaga** la disolución de la Empresa Provincial de la Vivienda (Emprovima), reestructuración que realiza por exigencia de la LRSAL al objeto de garantizar la viabilidad económica, disminuir el gasto y el endeudamiento y reducir el sector público. También el Ayuntamiento de **Bilbao** procede a una amplia reestructuración empresarial utilizando esta operación de cesión global (sesión ordinaria del Pleno de fecha 28 de octubre de 2011).

Es más, la reciente Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa (BOE nº 226, de 17 septiembre), amplía esta posibilidad a la disolución de Consorcios públicos (arts. 12 a 15), y que se está utilizando actualmente en la Junta de Andalucía (Decreto ley 13/2014, de 21 de octubre, por el que se amplían el objeto y fines y se cambia la denominación de la Agencia Pública empresarial <<Ente Público Andaluz de Infraestructuras y Servicios Educativos>> que pasa a denominarse Agencia Pública Andaluza de Educación y Formación, para introducir reformas ineludibles en el marco de lo dispuesto en la Ley 15/2014, de 16 de septiembre y en la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, LRSAL. De esta manera se están extinguiendo mediante cesión global diferentes Consorcios de formación en Andalucía participados con Ayuntamientos y se integran en la Agencia Pública Andaluza de Educación y Formación (Escuela del Mármol de Andalucía, El Consorcio de Escuela de Joyería de Córdoba, El Consorcio Escuela de la Madera de la Junta de Andalucía, CEMER, etc.).

Y también se recoge esta posibilidad para las Sociedades Cooperativas de Andalucía (art. 77 de la Ley de Sociedades Cooperativas Andaluzas, Ley 14/2011, de 23 de diciembre), y como vimos anteriormente también para las Entidades de Crédito Cajas de Ahorro.

3. En este sentido en la documentación remitida no queda clara la intención de la Alcaldía respecto a la empresa. No se expresa claramente si pretende mantener la existencia o no de la sociedad municipal, cuestión que deberá quedar perfectamente clara en el acuerdo que se adopte tanto por la cedente como por la cesionaria. No obstante, entendemos que de los condicionantes que acompañan a la propuesta de cesión global, la única opción posible es la extinción de la empresa cedente. Y ello, por cuanto no se prevé ninguna contraprestación efectiva por parte del Ayuntamiento, ni en bienes ni en aportación económica, para que la sociedad se reestructure y pueda continuar o enfocar una nueva actividad empresarial. Al transmitirse la totalidad del activo y pasivo al Ayuntamiento, obviamente la empresa se queda sin ningún medio para funcionar, por lo que se entiende que la cesión implica la extinción de la sociedad. Por tanto, no se puede, como pretende la Alcaldía, obtener el "equilibrio" de la empresa municipal.

Además, conforme dispone la Disposición Adicional Novena de la LRSAL que modifica la LBRL, si el Ayuntamiento tiene en vigor un Plan económico financiero o de ajuste, "no podrá realizar aportaciones patrimoniales, ni suscribir ampliaciones de capital de entidades públicas empresariales o de sociedades mercantiles locales que tengan necesidad de financiación..". Y sólo excepcionalmente puede realizarse aportación patrimonial si, en el ejercicio presupuestario inmediato anterior hubiera cumplido con los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública y su periodo medio de pago a proveedores no supere en más de treinta días el plazo máximo previsto en la normativa de morosidad. Por tanto, si se encuentra en la situación prevista de esta Disposición Adicional 9ª, el Ayuntamiento no puede ayudar a reflotar la empresa con

necesidades de financiación, por consiguiente, no puede ofrecerse ninguna contraprestación conforme dispone el art. 51 de la LMESM.

Al introducirse en nuestro caso para la efectividad del negocio patrimonial, se puede hablar de que existe una contraprestación en que la cedente es socio único de la cedente, que es a su vez el cesionario, y por tanto, conforme también dispone el art. 51 de la LMESM, la sociedad cedente quedaría extinguida si la contraprestación fuera recibida total y efectivamente por los socios. El deber de efectividad de esta operación no puede tener en entredicho ni tan siquiera cuando la contraprestación no vaya a ser entregada materialmente por el cesionario si la contraprestación sea simbólica. **En estos casos, por consistir esencialmente en el compromiso del cesionario de hacerse cargo de todas las deudas que tiene la sociedad cedente a cambio de su empresa. Esto es lo que debe aceptar la sociedad cedente que se encuentra en una situación preconcursal o ya haya sido declarada en concurso, y la cesión se plantee como alternativa o solución al mismo, respectivamente. Tampoco se produce un intercambio real cuando una sociedad mercantil se extingue cediendo todo su patrimonio a una persona física o jurídica, distinta de una sociedad, que posea la totalidad de las acciones, participaciones o cuotas correspondiente a aquella, en estos casos el cesionario recibirá el patrimonio de la sociedad cedente, desapareciendo con la sociedad cedente las acciones, participaciones o cuotas de socio que ostentaba (coste económico); asumiendo directamente la titularidad del patrimonio quien antes ya lo controlaba totalmente.**

Por tanto, sólo podemos hablar de la hipótesis de que se mantenga la existencia de la sociedad cedente cuando de forma expresa y clara se exprese en los acuerdos de cesión global que deben adoptar tanto la cedente como la cesionaria, y se exprese en términos claros la contraprestación patrimonial que se ofrece a la empresa cedente para continuar funcionando por parte de la cesionaria, siempre y cuando ésta cumpla con los requerimientos previstos de estabilidad presupuestaria y suficiencia financiera para realizar la contraprestación (Disposición Adicional novena LRSAL).

4. Para poder inscribir el negocio celebrado la hoja registral debe estar abierta, y las cuentas anuales presentadas, y si no, no podrá inscribirse hasta tanto no se resuelva la situación del cierre (art. 378 RMM). Y, en conclusión, el negocio puede celebrarse pero no tendrá eficacia y no desplegará efectos jurídicos frente a terceros.

5. El punto clave del negocio patrimonial que se pretende es la información acerca del activo y pasivo de la empresa cedente. La Ley no establece ningún criterio conforme al cual pueda juzgarse la corrección y certeza del mismo. No se exige balance alguno. También hemos visto las razones de ello y la flexibilidad en la fijación de los criterios de valoración. Pero dado que nos encontramos en presencia de una empresa pública cien por cien, y de que el cesionario es también una Administración Pública, el criterio de autonomía de las voluntades de las partes cede en aras del principio de transparencia, eficiencia, legalidad, derecho de información, estabilidad presupuestaria y suficiencia financiera, por lo que debe primar que se realice la valoración con más rigor tal y como se impone en los supuestos de la fusión y la escisión. En nuestro caso, la operación se asemeja a la operación asimilada a la fusión del art. 53 de la LMESM, que es cuando 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. Sólo que en nuestro caso la cesionaria en vez de ser una sociedad es una Administración Pública, pero que es también socio único de la cedente. En tal caso la información de la cesión prevista debe ser por analogía a la recogida en el art. 39 LMESM. Y por tanto, deben de tenerse en cuenta en la valoración las cuentas anuales e informe de gestión de los últimos tres años. El balance cuando sea distinto al último balance aprobado. El informe del auditor de cuentas y, en su caso, el informe de los expertos independientes. Y por supuesto, el informe de intervención municipal.

6. Nos hallamos en presencia de una empresa pública unipersonal, de socio único: el Ayuntamiento, por lo que no puede hablarse en sentido técnico de "socios minoritarios". No obstante, si es cierto que ese socio único manifiesta su voluntad a través de la Junta General donde están representados todos los Concejales del Ayuntamiento, y por tanto, de grupos municipales con sensibilidades distintas. Por lo que debe tratarse a los

miembros de la Junta General como socios y, a estos efectos, facilitar toda la información necesaria para tutelar a los "socios" de la sociedad cedente, en los términos expuestos en el apartado I.

Así la STSJ de Andalucía de 25 febrero de 2002, (RJCA 2002,525) afirma que:

<<tales miembros de la Junta General, por su condición de Concejales de la Corporación, representan el interés público en la sociedad municipal, aunque esa representación se efectúe fiduciariamente y no en exclusiva, hasta el punto de que, una vez constituida y en funcionamiento la sociedad, tiene en ellos una vinculación mediata con el interés general de la Corporación que ha desembolsado el capital social, en tanto que ellos forman parte del control del funcionamiento de la propia sociedad>>.

Es oportuno tener presente la doctrina del TS en este sentido, como Sentencia de 30 de noviembre de 2001, (RJ 2002,193) y la sentencia del TS de 15 de junio de 2009, F.J. 6º y 7º, (RJ 2009,6589), esta última establece:

<< Sentada esa premisa, es menester subrayar otro extremo: una sociedad mercantil de capital íntegramente público como PONGESUR no puede concebirse al margen del Ayuntamiento que la ha constituido, pues su creación no responde a otra cosa que a la mejor satisfacción de los intereses generales que tiene confiados la corporación local mediante la prestación en régimen de gestión directa de diversos servicios del municipio. Además, el Ayuntamiento la gobierna a través de la Junta General, integrada por el alcalde y todos los concejales, y la controla mediante los instrumentos que la legislación de régimen y de haciendas locales le atribuye. En otras palabras, esta sociedad no es equiparable desde el punto de vista de su posición y de los fines que persigue a una entidad privada cualquiera: es un instrumento creado para la realización de los intereses municipales y, por tanto, subordinado a ellos y a la corporación que los tiene encomendados.

A partir de aquí, cobra todo su sentido el fallo de la sentencia de instancia plenamente ajustado a la jurisprudencia que ella misma invoca y se hace claro que los motivos de casación no pretenden otra cosa que justificar con argumentos formales una actuación que quiere negar la realidad de las cosas y justificar la sustracción al control que ejercen los concejales de parte importante de la gestión municipal. De ese modo, el recurrente olvida que el derecho fundamental de quienes desempeñan esos cargos públicos representativos a ejercerlos valiéndose de todos los medios que la Ley les confiere está directamente vinculado con el derecho de los ciudadanos a quienes representan de participar, en este caso, en la vida local a través de ellos y que esa participación indirecta ha de extenderse a todos los extremos de la actuación municipal sin que haya espacios exentos a la misma y a lo que implica de control democrático.

SÉPTIMO

Sentado lo anterior, hemos de decir que no infringe la sentencia el artículo 85.3 c) de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local precisamente porque, si se trata, como efectivamente se trata, de la gestión directa de servicios públicos locales a través de una sociedad de capital público municipal, no cabe negar el derecho del concejal a la información sobre esa entidad que está gestionando, no patrimonios ni intereses privados, sino servicios e intereses públicos. Por otro lado, la distinta personalidad jurídica ni separa a PONGESUR del sector público local, ni elimina su carácter instrumental para el Ayuntamiento. (...)

El cuarto motivo en ningún caso podría prosperar desde el momento en que el artículo 77 de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local reconoce a los miembros de las entidades locales el derecho a obtener "cuantos antecedentes, datos o informaciones obren en poder de los servicios de la Corporación y resulten precisos para el desarrollo de su función" y que el mismo Pleno municipal opera como Junta General de la Sociedad, conforme al artículo 90 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales .>>

7. Respecto de la impugnación del acuerdo del Pleno del Ayuntamiento como cesionaria sobre la cesión global, hemos de tener en cuenta la teoría o principio de los actos separables (arts. 21 Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, TRLCSP), puesto que en el mismo se contienen aspectos formales en la formación de la voluntad del Ayuntamiento, sujetos a los tribunales contencioso-administrativos, y en los aspectos sustantivos de naturaleza civil-mercantil de la cesión, que se sustancian por lo previsto en el art. 90 en relación con el 47 LMESM y los tribunales de la jurisdicción civil. En este sentido no podemos olvidar que en su

vertiente contractual, se trata de un negocio patrimonial, y en su vertiente societaria, en nuestro caso, en una extinción de la sociedad cedente.

De igual modo también es aplicable la teoría de los actos separables respecto del Pleno del Ayuntamiento actuando como Junta General de la Sociedad. En este sentido la STS de 2 de octubre de 2000 (RJ 2000,8853), al resolver el recurso interpuesto por la Asociación Provincial de Promotores y Constructores de Valencia contra el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Generalidad Valenciana constituido en Junta General Universal del Instituto Valenciano de Vivienda, SA. La STS de 28 octubre de 2002 (RJ 2002, 9642) ha confirmado la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer la desestimación presunta de la solicitud de una Junta General Extraordinaria de la sociedad Aguas y Saneamientos de la Costa del Sol, SA (ACOSOL). El TS recuerda que el art. 92.1 del RSCL dispone que el funcionamiento de la Corporación constituida en Junta General se acomoda en cuanto a procedimiento y adopción de acuerdos a la legislación de régimen local, aplicándose el derecho mercantil a las restantes cuestiones sociales, y su carácter vinculante para los Estatutos societarios. Así expone:

<< Por tanto, la relación jurídica en litigio consiste en la convocatoria de una sociedad mercantil en que la Junta General se identifica con un órgano administrativo y en que los propios Estatutos de la sociedad se remiten a las normas de Derecho administrativo para regular dicha convocatoria. Existiendo una finalidad de servicio público, la intervención de un órgano administrativo que asume las funciones de la Junta General, y la aplicación de unas normas de Derecho administrativo, que tienen su fundamento en los intereses generales que gestiona la sociedad, de ello se deriva que el litigio sobre la procedencia de la cuestionada convocatoria, y sobre si su denegación ha vulnerado el artículo 23.1 de la Constitución, corresponde al conocimiento del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Con ello, además, se evita la llamada huida del Derecho administrativo y de los consiguientes controles por parte de entidades que gestionan servicios públicos, en las que debe hacerse efectivo el derecho de participación en los asuntos públicos que garantiza el artículo 23.1 de la Constitución.>>

Otras sentencias en igual sentido STSJ Andalucía (Málaga) de 18 de febrero de 2000 (RJCA 2000,766); STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 18 de julio de 1997 (RJCA 1997,1579); STSJ de Asturias de 6 junio de 2001 (JUR 2001,227799); STSJ Castilla y León de 30 noviembre de 2001 (JUR 2001,84831), y expone esta última en el F.J 4°:

<< Frente al recurso la Corporación demandada en el escrito de contestación articula su defensa principalmente esgrimiendo la inadmisibilidad del recurso por falta de jurisdicción al amparo del art. 82.a) de la Ley Jurisdiccional del año 1956 , al considerar que los acuerdos de las Juntas Generales de las Sociedades municipales sólo son susceptibles de impugnación según las normas de la ley de Sociedades Anónimas (arts. 115 al 122) nunca en esta vía contencioso administrativa. Basa esta alegación en la consideración de que los acuerdos de los órganos de la sociedad anónima municipal son actos de un ente de derecho privado. Pero conforme a lo expuesto en el apartado anterior de esta resolución, este argumento no se puede aceptar ya que hay actuaciones de los entes institucionales constituidos bajo formas privadas de personificación, en nuestro caso bajo la forma de sociedad anónima, que son las que afectan a su constitución interna, y al ámbito interno de las relaciones que cohexionan a dichos entes con la Administración de la que dependen, que al corresponderse al ejercicio concreto hacia el exterior de ciertos poderes jurídico públicos se rigen por el Derecho Administrativo. La forma mercantil de dichos entes significa que las relaciones surgidas en el tráfico jurídico externo de los mismos con terceros se van a regular por el Derecho Privado. Por consiguiente de las actividades de dichos entes institucionales surgen relaciones jurídicas sometidas al Derecho Administrativo y otras al Derecho Privado; por otra parte la teoría de los actos separables permite que aspectos de una misma actividad de dichos entes sean enjuiciados por los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos (normas de procedimiento y régimen de adopción de acuerdos de la Junta General) o por la jurisdicción civil.>>

Todo ello con independencia de que el art. 85 ter.3 de la LBRL, según redacción dada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, haya establecido que los Estatutos de las sociedades mercantiles locales determinarán la forma de designación y el funcionamiento de la Junta General y del Consejo de Administración, así como los máximos órganos de dirección de las mismas; dando así un giro sustancial a la redacción del art. 90 del RSCL que establece que la Corporación asumirá las funciones de la Junta General, lo que supone, según

la doctrina, una derogación tácita del precepto reglamentario, no siendo obligatoria la coincidencia del Pleno de la Corporación como señala el RSCL desde el año 2003. No obstante, respecto de esta coincidencia del Pleno con los miembros de la Junta General, algunas leyes autonómicas, como en nuestro caso, el art. 38.4 de la LAULA 5/2010, siguen el criterio del RSCL.

8. Mantenemos la competencia para acordar la operación en sede del cesionario en el Pleno del Ayuntamiento y, además, deberá ser aprobado con el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros. Aunque no debemos mezclar la empresa cuyo socio único es el propio Ayuntamiento donde la Junta General estará constituida por el Pleno del Ayuntamiento. En primer lugar, en principio la LMESM no establece cual es el órgano competente de la cesionaria para adoptar el acuerdo de la cesión global, ni ninguna norma en concreto fija expresamente cual es el órgano que debe adoptar la cesión global como cesionaria en los Entes Locales. De hecho la norma mercantil no puede establecer a quién compete tomar esta decisión por parte de la cesionaria. Este silencio legal debe interpretarse en el sentido de que la variedad de cesionarios posibles en una operación de cesión global, impide el establecer normas generales aplicables a todos ellos, siendo más apropiado que dichas especialidades para la formación de su voluntad se aborden en la normativa aplicable al cesionario en atención a su naturaleza. Por tanto, se podría acudir a la competencia "residual" en el ámbito local, que actualmente reside en la Alcaldía a tenor del art. 21.1. apartado s) de la LBRL, aunque por excepción, por el art. 17.1 apartado n) de la Ley 22/2006, de 4 de julio, de la Capitalidad y Régimen Especial de Madrid, la competencia residual corresponde a la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid.

Pero antes de aplicar la regla de la competencia residual es menester analizar todas las implicaciones que tiene el acuerdo de la cesión global, para ubicarlos en otros posibles apartados de atribuciones legales. Y en este sentido tenemos, que con la cesión global no sólo se acuerda el traspaso de todo el activo y pasivo de la sociedad cedente sin más, sino que este es asimilable a un negocio patrimonial análogo a la compraventa, con unos importes y porcentajes de gastos o/ingresos, que además implicará la redistribución de las funciones que venía desarrollando la empresa cedente, en la que será necesario abordar la forma en que en adelante se van a dejar de prestar determinados fines sociales, o la forma en que se van a gestionar los servicios públicos que antes realizaba la empresa. Así mismo, analizar si es necesario acuerdo del art. 86 de la LBRL y art. 97 del TRRL para el ejercicio de actividades económicas. Y también tener presente que con la cesión habrá que ofrecer determinadas garantías a los acreedores de las deudas que se transfieren al Ayuntamiento.

Por tanto, es un acuerdo complejo donde se ven implicados diferentes atribuciones que se encuentran residenciadas en el Pleno del Ayuntamiento. Así, en su caso, la aprobación de las formas de gestión de los servicios públicos (art. 22.2 f. LBRL y 50.21 ROF), la disposición de gastos en materia de su competencia (art. 22.2 e. LBRL), la concertación de operaciones de crédito que excedan del 10% de los recursos ordinarios del Presupuesto (art. 22.2 m. LBRL), las contrataciones que excedan del 10% de los R.O.P. (art. 22.2. n LBRL), la adquisición de bienes y derechos del municipio cuando superen el 10% de los R.O.P. (art. 21.1. p LBRL) y transacciones sobre los mismos (art. 23.1. a TRRL). Además se requiere mayoría absoluta del número legal de miembros del art. 47.2 LBRL, por los apartados g) al tratarse de la disolución de una sociedad pública local, al igual que se recoge este quórum para disolver mancomunidades u tras asociaciones asociativas; por el apartado l) si requiere aprobación de operaciones financieras o de crédito para garantizar los créditos de los acreedores.

9. El efecto más importantes de la cesión global, aparte de las consecuencias presupuestarias y financieras para el Ayuntamiento, se encuentra en los mecanismos de oposición de los acreedores de la empresa y del Ayuntamiento que conllevará por parte del Ayuntamiento (cesionario) la obligación de prestar garantías, o en su caso, fianza a favor de los deudores prestada por entidad de crédito antes de que se lleve a efecto la operación, conforme dispone el art. 44.3 LMESM, y que dichas garantías satisfagan a los acreedores, y en caso contrario, el derecho de estos a reclamar judicialmente las garantías de sus créditos y solicitarán al Registro Mercantil nota marginal en tal sentido en la inscripción de la operación.

Así en algunos acuerdos de cesión global que se han consultado se recoge que a los acreedores que se opongan se les garantizarán sus créditos de mutuo acuerdo y, a falta de este, mediante prestación de fianza solidaria a favor de la Sociedad por una entidad de crédito debidamente habilitada para prestarla, por la cuantía

del crédito de la que fuera titular el acreedor, y hasta tanto no prescriba la acción para exigir su cumplimiento (Pleno Ayuntamiento de Bilbao, sesión ordinaria de 28 octubre de 2011).

De otro lado, también es importante tener presente la posible responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones cedidas en los términos expuestos en el apartado I, que alcanza de lleno al Ayuntamiento.

10. *La Cesión global de activos y pasivos tiene que ser sometida a Informe de la Intervención municipal, teniendo presente que la evaluación del cumplimiento del objetivo de estabilidad también corresponde a la intervención local tanto del Ayuntamiento como de los organismos y entes dependientes (Real Decreto 1463/2007, de 2 de noviembre).*

En este sentido, en función de que el Ayuntamiento se encuentre o no en la situación de desequilibrio por incumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria, del objetivo de deuda pública o de la regla de gasto, y por consiguiente, con la obligación de tener formulado y aprobado un plan económico financiero (Ley orgánica de Estabilidad Presupuestaria, 2/2012, art. 116. bis LBRL, y normativa concordante), dependerá la viabilidad de asumir la operación de cesión global de activo y pasivo, y de seguir o no prestando dichos servicios que actualmente se vienen prestando por, y en su caso, acordar cómo en lo sucesivo se gestionarán dichos servicios por parte del Ayuntamiento.

Esto quiere decir que el Ayuntamiento deberá evaluar y sopesar de acuerdo a la situación económica-financiera que tenga el municipio, si conviene mejor a los intereses generales del Ayuntamiento, proceder a la liquidación de la empresa máxime si está en causa legal de disolución (art. 103.2 TRRL y art. 363.1 d) del TRLSC), o bien, proceder a la operación de la cesión global del activo y pasivo de la misma con carácter extintivo.

11. Finalmente, se señala que mientras la cesión global no esté inscrita, la Sociedad municipal está plenamente operativa, siendo titular de derechos y de obligaciones, puesto que hasta la inscripción de la operación en el Registro Mercantil no se extingue su personalidad jurídica. Todo ello conlleva que hasta que no se extinga la sociedad debe cumplir sus obligaciones, y entre ellas, la de aprobar su presupuesto y rendir sus cuentas. Y si se constata la nula actividad de la empresa y de la no asunción de sus obligaciones como por parte del Ayuntamiento, se aconseja la máxima celeridad en la toma de decisiones y ejecución de acuerdos que eviten perjuicios al Ayuntamiento y a terceros. Todo ello, sin perjuicio de la exigencia de responsabilidad de los Administradores de derecho o de hecho en la gestión de la sociedad de toda índole, en especial por lo previsto en el art. 236.1 del TFLSC: "Los administradores de derecho o de hecho como tales, responderán frente a la Sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo.

Es cuanto a esta Comisión Técnica cumple informar a V.I., salvo mejor razón en Derecho y dejando constar la salvedad de que la Disposición Adicional Segunda del EBEP reserva la responsabilidad administrativa del asesoramiento legal preceptivo en el ámbito de la Administración Local a los funcionarios con habilitación de carácter estatal."