

MARÍA GÁLLEGO LANAU

LA CESIÓN GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO EN LAS SOCIEDADES MERCANTILES

Prólogo de
RITA LARGO GIL

CIVITAS



THOMSON REUTERS

Primera edición, marzo 2016



THOMSON REUTERS PROVIEW® eBooks

Incluye versión en digital

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

La Editorial se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Por tanto, este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Civitas es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2016 [Thomson Reuters (Legal) Limited / María Gállego Lanau]

© Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

Editorial Aranzadi, SA

Camino de Galar, 15

31190 Cizur Menor (Navarra)

ISBN: 978-84-9098-721-6

Depósito Legal: NA 222/2016

Printed in Spain. Impreso en España

Fotocomposición: Editorial Aranzadi, SA

Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL

Polígono Agustinos Calle A. Nave D-11

31013 - Pamplona

*A mis padres, Luis y Carmen.
Gracias por todo vuestro amor y apoyo.
Esta obra es sin duda el reflejo del esfuerzo
y la constancia que me habéis inculcado.*

SUMARIO

ABREVIATURAS	21
PRÓLOGO	25

CAPÍTULO PRIMERO

INTRODUCCIÓN

I. LA DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO Y SISTEMÁTICA DE LA OBRA	31
II. EL PANORAMA NORMATIVO Y EL ESTADO DE LA CUESTIÓN	34
1. El Derecho comunitario. La Directiva de fusiones y la Directiva de escisiones y su relación con la cesión global de activo y pasivo	34
2. El Derecho comparado	38
2.1. Los diferentes modelos de la regulación de las modificaciones estructurales en el Derecho comparado ..	38
2.2. Una breve presentación de los ordenamientos jurídicos que se contrastan con el ordenamiento español	39
3. El Derecho español	44
3.1. Antecedentes normativos. La regulación de la cesión global de activo y pasivo en la Ley de sociedades anónimas, en la Ley de sociedades de responsabilidad limitada y en el Reglamento del Registro Mercantil. Interpretaciones doctrinales y posición de la Dirección General de los Registros y del Notariado	44
A. La regulación disgregada de la operación de cesión global de activo y pasivo antes de la LME	44
B. La caracterización de la cesión global de activo y pasivo antes de la LME	51
3.2. La cesión global de activo y pasivo en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles	58

A. La aprobación de la LME. Significación. La determinación de los ámbitos objetivo y subjetivo de la LME	58
B. La regulación de la cesión global de activo y pasivo en la LME	61
3.3. Las modificaciones en la regulación de la cesión global de activo y pasivo introducidas en la Propuesta de Código Mercantil y en el Anteproyecto de Código Mercantil	63

CAPÍTULO SEGUNDO

LAS FUNCIONES ECONÓMICAS DE LA CESIÓN GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO. LA INCIDENCIA DEL FACTOR FISCAL

I. PLANTEAMIENTO GENERAL. EL IMPACTO PRÁCTICO DE LA CESIÓN GLOBAL	68
II. EL TRATAMIENTO FISCAL DE LA CESIÓN GLOBAL COMO FACTOR DESINCENTIVADOR DE LA UTILIZACIÓN DE ESTA OPERACIÓN	71
1. El tratamiento de la cesión global en el ámbito de la imposición directa. La ausencia de aplicabilidad del régimen especial de neutralidad fiscal	71
2. El tratamiento de la cesión global en el ámbito de la imposición indirecta	75
III. LA PLURIFUNCIONALIDAD DE LA CESIÓN GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO	78
1. Planteamiento	78
2. La cesión global de activo y pasivo como instrumento para la transmisión de empresas por sucesión universal. Las ventajas frente a la compraventa de empresa	80
2.1. La transmisión de la empresa a través de un contrato de compraventa de empresa y la transmisión de empresa a través de una operación de cesión global	80
2.2. Las ventajas derivadas de la utilización de la cesión global de activo y pasivo frente a la compraventa de empresa como instrumento para la transmisión de ésta. Análisis del supuesto de la cesión global plural	86
3. La cesión global de activo y pasivo como medio para solucionar tensiones y desacuerdos entre socios	88
4. La aplicación de la cesión global para la reestructuración de grupos de sociedades y para la creación de filiales	90
5. La función saneadora de la cesión global de activo y pasivo	95

5.1.	Introducción. La cesión global como técnica de reestructuración y de saneamiento. Fundamentos jurídicos para la realización de esta operación	95
5.2.	La cesión global de activo y pasivo como técnica de prevención de una situación de insolvencia	99
5.3.	La articulación de la cesión global de activo y pasivo como alternativa al concurso de acreedores	100
5.4.	La cesión global como solución al concurso	107
6.	La cesión global de activo y pasivo como medio de extinción de la sociedad cedente	113
6.1.	El fundamento jurídico para utilizar la cesión global en procesos de extinción de la sociedad cedente	113
6.2.	La extinción de la sociedad cedente sin liquidación: el supuesto del artículo 81.2 LME	114
6.3.	La cesión global dentro del proceso de liquidación ordinaria de la sociedad cedente: supuesto del artículo 83 LME	116
7.	La cesión parcial de activo y pasivo realizada por entidades de crédito	122
7.1.	Las entidades de crédito y las modificaciones estructurales en un contexto de crisis económica	122
7.2.	La incorporación de la cesión parcial de activo y pasivo como operación de modificación estructural en el ámbito de las entidades de crédito	124
7.3.	La transmisión de activos y pasivos de entidades de crédito tras la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito y la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión	129

CAPÍTULO TERCERO

DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LA CESIÓN GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO. NOTAS CARACTERIZADORAS

I.	ÁMBITO SUBJETIVO	133
1.	La sociedad cedente	134
1.1.	Naturaleza jurídica de la sociedad cedente	134
1.2.	Circunstancias excepcionales de la sociedad cedente	141
2.	El cesionario	145
2.1.	Naturaleza jurídica del cesionario	145

2.2.	Supuestos especiales de cesión global de activo y pasivo en atención a diferentes características del cesionario	148
2.3.	Intervención mínima de los cesionarios	151
II.	MODALIDADES DE CESIÓN GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO	154
1.	En función de los posibles destinatarios de la contraprestación: cesión global traslativa, extintiva y mixta	154
2.	En función de cómo se transmite el patrimonio social: cesión global singular y cesión global plural de activo y pasivo	158
3.	En función de la nacionalidad de las partes intervinientes en la operación: cesión global de activo y pasivo nacional o internacional	161
III.	EL PATRIMONIO CEDIDO	162
1.	Premisa principal: La transmisión en bloque de todo el patrimonio	162
2.	La división patrimonial en el caso de cesión global plural. La exigencia de que cada parte cedida constituya una «unidad económica»	169
2.1.	Función delimitadora y función económica de la exigencia de la «unidad económica»	169
2.2.	El concepto de «unidad económica»	176
A.	Otras referencias a la «unidad económica» en nuestro ordenamiento jurídico	176
B.	Propuestas de interpretación del requisito de la «unidad económica»: interpretación rígida o flexible	179
C.	Algunos elementos que permiten delimitar el contenido de la «unidad económica»	182
D.	Signo positivo o negativo de la «unidad económica»	186
E.	El momento en el que se valora si concurre el requisito de la «unidad económica»	189
F.	Los restos patrimoniales sin una afección directa a una «unidad económica» y los elementos patrimoniales sobrevenidos tras el proyecto de cesión global	191
IV.	LA CONTRAPRESTACIÓN	194
1.	Situación anterior a la LME	194
2.	Situación tras la LME	197
2.1.	Naturaleza de la contraprestación	197
2.2.	Valoración y entrega de la contraprestación	203

2.3. Forma de reparto de la contraprestación entre los destinatarios	205
A. La contraprestación recibida íntegramente por la sociedad cedente	206
B. La contraprestación recibida total y directamente por los socios	209

CAPÍTULO CUARTO

EL PROCEDIMIENTO DE LA CESIÓN GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO

I. PLANTEAMIENTO PREVIO	216
II. LA ETAPA PREVIA	219
1. La delimitación conceptual de la etapa previa	219
2. Los tratos preliminares	220
3. La fase preparatoria de la cesión global de activo y pasivo ..	227
3.1. El proyecto de cesión global	227
A. La función del proyecto de cesión. El órgano competente para su elaboración. La ausencia de suscripción del proyecto de cesión por los cesionarios	227
B. El contenido mínimo del proyecto de cesión global	231
C. El depósito y la publicidad del proyecto de cesión global	249
3.2. La documentación complementaria del proyecto de cesión global	253
A. El informe de los administradores sobre el proyecto de cesión global	253
B. La ausencia de la exigencia del informe de experto independiente	257
C. El balance de cesión global	260
D. Otros documentos que deben acompañarse al proyecto de cesión global	267
4. Efectos del inicio del procedimiento	268
III. LA DECISIÓN	270
1. La adopción del acuerdo de cesión global en la sociedad cedente	270
1.1. Cuestiones preliminares	270
1.2. La documentación previa y la convocatoria de junta ..	272
1.3. La adopción del acuerdo	277
A. Los requisitos y formalidades de cada sociedad ..	277

B.	El conflicto de intereses en la cesión global de activo y pasivo a favor del socio mayoritario de la sociedad cedente	280
C.	La modificación del proyecto de cesión global por la junta de socios de la sociedad cedente	312
D.	El acuerdo unánime de cesión global en junta universal	318
E.	El acuerdo denegatorio y la revocación del acuerdo de cesión global	328
1.4.	La publicación del acuerdo de cesión global	330
2.	La formación de la voluntad del cesionario o los cesionarios	331
IV.	LA EJECUCIÓN	331
V.	LA IMPUGNACIÓN DE LA CESIÓN GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO	338
1.	Consideraciones generales. La remisión del régimen de impugnación de la cesión global de activo y pasivo al régimen de fusión. Los regímenes de impugnación de las modificaciones estructurales en Derecho comparado. Antecedentes legislativos en nuestro ordenamiento	338
2.	La impugnación del acuerdo de cesión global antes de la inscripción de la operación en el Registro Mercantil	345
3.	La impugnación de la cesión global de activo y pasivo tras su inscripción en el Registro Mercantil	348

CAPÍTULO QUINTO

LOS EFECTOS DE LA CESIÓN GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO Y LA PROTECCIÓN DE LOS ACREEDORES

I.	INTRODUCCIÓN. LOS EFECTOS DE LA CESIÓN GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO Y LA ARTICULACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LOS ACREEDORES	354
II.	LA SUCESIÓN UNIVERSAL DEL PATRIMONIO CEDIDO	358
1.	La finalidad perseguida por el legislador al regular las modificaciones estructurales. El reconocimiento del principio <i>numerus clausus</i> en materia de modificaciones estructurales	358
2.	El origen y la evolución del mecanismo de la sucesión universal	362
2.1.	La exportación del concepto de la sucesión universal desde el ámbito de la sucesión hereditaria	362
2.2.	La evolución de los presupuestos que fundamentan la sucesión universal. La sucesión universal en la ce-	

	sión global de activo y pasivo antes y después de la LME	365
3.	El procedimiento de la transmisión a título universal en función de la naturaleza de los elementos patrimoniales .	371
	3.1. Una breve exposición de las diferentes teorías sobre el procedimiento de la sucesión a título universal	371
	3.2. La transmisión por sucesión universal de los elementos de activo. Especial referencia a la cesión de créditos	376
	3.3. La transmisión por sucesión universal de las deudas .	381
	3.4. La transmisión por sucesión universal de los contratos	383
	A. Cuestiones generales e identificación de problemas que plantean la transmisión de determinados contratos	383
	B. La alteración sobrevenida de las circunstancias del contrato	387
	C. Los contratos concluidos intuitu personae y las relaciones de confianza	391
	D. Los contratos pendientes de ejecución con regulación legal específica. El supuesto de los arrendamientos urbanos y los arrendamientos rústicos ..	399
	3.5. Los problemas que plantea la transmisión por sucesión universal de otros elementos no transmisibles libremente. Especial atención a las acciones o participaciones de entidades cuya transmisión se encuentra sometida a restricciones legales o estatutarias	410
III.	LA EXTINCIÓN O LA SUBSISTENCIA DE LA SOCIEDAD CEDENTE	422
IV.	LA PROTECCIÓN DE LOS ACREEDORES: EL DERECHO DE OPOSICIÓN Y LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LAS SOCIEDADES BENEFICIARIAS	423
	1. Los mecanismos de protección de los acreedores en la cesión global de activo y pasivo	423
	1.1. El fundamento de la protección de los acreedores sociales en la cesión global de activo y pasivo	423
	1.2. Los sistemas de protección de los acreedores en las Directivas comunitarias y en Derecho comparado ...	426
	1.3. La regulación de los mecanismos de protección de los acreedores en la cesión global de activo y pasivo	431
	2. El derecho de oposición	436
	2.1. El derecho de información como elemento necesario para el ejercicio del derecho de oposición	436

2.2.	Los presupuestos del derecho de oposición	439
A.	La legitimación activa en el ejercicio del derecho de oposición	439
B.	La legitimación pasiva	452
2.3.	El ejercicio del derecho de oposición	453
A.	La forma y el contenido de la declaración de oposición	453
B.	El plazo para la formalización del derecho de oposición	454
2.4.	Los efectos de la oposición	456
A.	¿La suspensión o la continuación del procedimiento de cesión global?	456
B.	Las formas de enervar la oposición	462
2.5.	El incumplimiento del derecho de oposición	464
3.	La responsabilidad solidaria por las obligaciones incumplidas	466
3.1.	El fundamento de este mecanismo de tutela	466
3.2.	El funcionamiento de la responsabilidad del artículo 91 LME	470
A.	Los créditos a los que ampara la responsabilidad y sujetos a los que se extiende	470
B.	La naturaleza de la responsabilidad	471

CAPÍTULO SEXTO

LA CONCEPTUALIZACIÓN DE LA CESIÓN GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO COMO UNA OPERACIÓN DE MODIFICACIÓN ESTRUCTURAL

I.	PLANTEAMIENTO	477
II.	LOS CARACTERES DEFINIDORES DE LAS MODIFICACIONES ESTRUCTURALES	480
1.	Las modificaciones estructurales de sociedades como sub-tipo de las operaciones de reestructuración empresarial ..	480
2.	Los rasgos definidores de las modificaciones estructurales ...	485
2.1.	De los orígenes doctrinales del concepto de modificación estructural a su configuración como categoría legal en la LME	485
2.2.	Los elementos comunes de las operaciones de modificación estructural	488
III.	LA DELIMITACIÓN DE LA CESIÓN GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO RESPECTO DE OTRAS FIGURAS AFINES	497
1.	Planteamiento	497

2.	La operación asimilada a la fusión prevista en el artículo 53 LME	498
3.	La escisión total, la escisión parcial, la segregación y la aportación de rama de actividad	502
3.1.	La delimitación conceptual de estas operaciones	502
3.2.	Elementos coincidentes y divergentes de la escisión total, la escisión parcial, la segregación y la aportación de rama de actividad con respecto a la cesión global de activo y pasivo	509
3.3.	Acerca de la obligatoriedad de la aplicación del régimen de la cesión global a los supuestos de transmisión de todo el patrimonio de una sociedad a cambio de una contraprestación distinta a cuotas de socio del cesionario	511
IV.	LA CESIÓN GLOBAL DE ACTIVO Y PASIVO COMO OPERACIÓN DE MODIFICACIÓN ESTRUCTURAL	516
1.	Las peculiaridades de la cesión global frente al resto de modificaciones estructurales	516
2.	Características de la cesión global y su relación con los elementos configuradores de las modificaciones estructurales	517
2.1.	La cesión global como operación de modificación estructural desde la óptica de la sociedad cedente	517
2.2.	La cesión global como operación de modificación estructural desde la óptica del cesionario. Referencia al supuesto en el que el cesionario es una sociedad de capital.	519
A.	El incumplimiento de los rasgos caracterizadores de una operación de modificación estructural ...	519
B.	El órgano competente para adoptar el acuerdo de cesión en la sociedad cesionaria. Argumentos a favor de la competencia de la junta de socios ..	521
3.	Conclusiones	532
	BIBLIOGRAFÍA	533
	ANEXO JURISPRUDENCIAL Y DE OTRAS RESOLUCIONES	577