

## COMPRAVENTA CON SUCESIÓN UNIVERSAL

EVA FERRADA y SALVADOR SÁNCHEZ-TERÁN

Abogados\*

### Compraventa con sucesión universal

La disposición adicional tercera de la Ley 3/2009, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, ha creado una nueva categoría de cesión parcial de redes de oficinas bancarias que permite su venta con el beneficio de la sucesión universal de sus activos y pasivos. La coordinación de los aspectos contractuales y societarios en la operación presenta retos significativos.

### Sale with universal corporate succession (*sucesión universal*)

The third additional provision of Law 3/2009 in respect of corporate reorganizations has created a new category of partial spin-offs of networks of bank branches which permits the transfer of their assets and liabilities by way of «universal corporate succession» (sucesión universal). The coordination of the contractual and corporate aspects of the transaction presents significant challenges.

### I · INTRODUCCIÓN: LA CESIÓN GLOBAL PARCIAL DE ACTIVOS Y PASIVOS ENTRE ENTIDADES DE CRÉDITO

Cuando tocaba a su fin un año 2009 marcado por la crisis económica y las turbulencias financieras, en una ley dedicada a cuestiones laborales, se introdujo inopinadamente una disposición relativa a operaciones de modificación estructural entre entidades de crédito que originó un caudal de investigación y análisis para los estudiosos del Derecho mercantil y un reto apasionante para sus aplicadores prácticos. Una norma, por tanto, hecha a la medida de Juan Luis Iglesias, el maestro inolvidable que personifica la más excelsa conjunción del profesor y del abogado de Derecho mercantil. En su homenaje elaboramos los autores este trabajo.

En efecto, por la disposición final cuarta de la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas (BOE núm. 315, de 31 de diciembre), se introdujo una disposición adicional tercera de la Ley 3/2009 de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles («LME») (BOE núm. 82, de 4 de abril), con la siguiente redacción («DA3.<sup>a</sup>»):

*«Disposición adicional tercera. Régimen aplicable a las operaciones de fusión, escisión y cesión global o parcial de activos y pasivos entre entidades de crédito.*

*1. Las operaciones de fusión entre entidades de crédito de la misma naturaleza, así como las de escisión y cesión global de activos y pasivos entre entidades de crédito de idéntica o distinta naturaleza se registrarán*

*por las normas establecidas para dichas operaciones en la presente Ley sin perjuicio de lo previsto en la legislación específica aplicable a estas entidades.*

*2. Cuando la operación consista en el traspaso por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una entidad de crédito, cualquiera que sea su naturaleza, que formen una unidad económica, a otra entidad de crédito de igual o distinta naturaleza a cambio de una contraprestación que no consista en acciones, participaciones o cuotas de la entidad cesionaria, resultará de aplicación a la misma el régimen de la cesión global de activos y pasivos previsto en los artículos 85 a 91 de la presente Ley sin perjuicio de lo previsto en su legislación específica.»*

Como puede observarse, la norma<sup>1</sup> tiene dos apartados que regulan cuestiones muy distintas.

<sup>1</sup> La norma fue introducida en el Senado mediante enmienda del grupo parlamentario socialista, con la siguiente justificación: «La presente modificación tiene por finalidad dotar de la necesaria seguridad jurídica a determinadas operaciones de modificación estructural que pueden darse en la vida de las entidades de crédito y que vienen siendo habituales desde hace tiempo como consecuencia del dinamismo del entorno propio de estos operadores económicos y, especialmente, desde que se iniciase, hace más de un año, la crisis financiera internacional. La Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles regula dichas operaciones y, por razones de coherencia y seguridad jurídica, se hace conveniente sujetar expresamente a esta ley todas las operaciones de fusión, escisión y cesión global o parcial de activos y pasivos en que intervengan entidades de crédito, sin merma de los derechos de accionistas y acreedores y de las salvedades que, en su caso, deriven de la particular forma jurídica de dichas entidades.». Es de notar que la justificación se refiere fundamentalmente al primer apartado de la norma, salvo por una mera referencia a la cesión «parcial» de activo y pasivo. Nada se justifica en relación con la introducción de un nuevo tipo de modificación estructural con sucesión universal que opera, de facto, en virtud del segundo apartado.

\* Del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid).

Aprobado, como decíamos, en un contexto de fuerte crisis financiera nacional e internacional y en un momento en el que el Banco de España ya había intervenido Caja Castilla-La Mancha, el apartado primero de la DA3.<sup>a</sup> viene muy oportunamente a cubrir un vacío legal y a dar seguridad jurídica a las operaciones de segregación de activos y pasivos que las cajas de ahorro realizaran a favor de bancos. Como es sabido, no siendo las cajas de ahorro sociedades mercantiles, no les resultaba de aplicación, hasta la entrada en vigor de la DA3.<sup>a</sup>, la LME.

La trascendencia práctica que este apartado primero de la DA3.<sup>a</sup> ha tenido es inmensa. En efecto, en los veintiún meses transcurridos desde su entrada en vigor, la práctica totalidad de las cajas de ahorro españolas han segregado su negocio financiero en favor de bancos al amparo de esta norma, lo que representa una transferencia de activos de más de un billón de euros<sup>2</sup> y la bancarización plena y definitiva de las cajas de ahorro que han quedado convertidas en entidades de crédito sin actividad financiera y, previsiblemente en determinados casos, abocadas a transformarse en fundaciones de carácter especial en virtud de lo previsto en el artículo 6 del Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las cajas de ahorros.

El segundo apartado de la DA3.<sup>a</sup> ha pasado, por lo general, mucho más desapercibido. Hasta donde sabemos, no ha sido aplicado aún en ninguna operación entre entidades de crédito. Y, sin embargo, desde el punto de vista jurídico resulta más novedoso que el primero y, por ello, constituye el objeto central de este trabajo. Por lo demás, cabe conjeturar que podría ser de utilidad en la ulterior reestructuración y significativa contracción de capacidad que aguardan a nuestro sector financiero en los próximos años.

En efecto, este segundo apartado de la DA3.<sup>a</sup> introduce en nuestro ordenamiento jurídico un nuevo tipo de modificación estructural reservado exclusivamente al sector financiero: la cesión parcial de activos y pasivos entre entidades de crédito a cambio de una contraprestación distinta de acciones, participaciones o cuotas y con traspaso en bloque por sucesión universal de los elementos transmitidos<sup>3</sup>. En

otras palabras, la nueva norma permite, entre otras, la compraventa de redes de oficinas bancarias, con la totalidad de su negocio financiero, entre entidades de crédito y con aplicación a esas transmisiones del principio de sucesión universal.

Como escribió el Profesor IGLESIAS PRADA, «el principio de la transmisión universal ipso iure facilita eficazmente el traspaso patrimonial de una a otra sociedad al permitir que los distintos bienes, derechos y obligaciones integrantes del patrimonio de la sociedad extinguida se transmitan uno actu. Si no se aceptase este principio, habría que adoptar el lento y dispendioso procedimiento de descomponer la transmisión patrimonial en los singulares negocios jurídicos idóneos para la transmisión de los distintos elementos integrantes del patrimonio (la compraventa, la cesión de créditos, el endoso, etc.) y con ello las posibilidades prácticas de la fusión quedarían sumamente disminuidas»<sup>4</sup>. Y, en efecto, hasta ahora las operaciones de transmisión de redes de sucursales entre entidades de crédito en nuestro país habían de realizarse mediante un procedimiento «lento y dispendioso» de traspaso *uti singuli* de los activos y pasivos integrantes del negocio bancario a transmitir. La posibilidad, instaurada por el apartado segundo de la DA3.<sup>a</sup>, de aplicar el principio de sucesión universal al traspaso de redes de oficinas entre entidades de crédito abre interesantes vías de facilitación de las previsibles operaciones de reestructuración de nuestro sector financiero en los próximos años.

La operación supone una combinación del proceso societario propio de una modificación estructural (en concreto, con aplicación del régimen de la cesión global regulada en los artículos 85 a 91 de la LME) y de un proceso de negociación y cierre de un contrato entre adquirente y transmitente. En el apartado II de este trabajo se desarrollarán las fases de ambos procesos, deteniéndonos en aquellas cuestiones que plantean más dudas. La coordinación entre los aspectos societarios y los contractuales de la operación no está exenta de dificultades. A ello dedicaremos el apartado III.

<sup>2</sup> Fuente: Banco de España.

<sup>3</sup> Esta misma conclusión alcanza A. M. Fuentes Cruz: «Comentario a la DA 3.<sup>a</sup> de la Ley de Modificaciones estructurales de las

entidades de crédito», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2, mayo 2010, págs. 25-36.

<sup>4</sup> R. Uría y A. Menéndez: *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, Madrid, 2006, pág. 1.392 (2.<sup>a</sup> edición).

## 2 · DESARROLLO DE LA OPERACIÓN; LAS DIVERSAS FASES

### 2.1 · Fase de negociación y firma del contrato

La fase de negociación, no regulada expresamente por la LME, comprende todas las actuaciones dirigidas a que el cedente y el cesionario alcancen un acuerdo sobre los términos y condiciones de la cesión.

En esta fase se pueden desarrollar diversas actuaciones dependiendo de las circunstancias del caso concreto: búsqueda de posibles cesionarios, selección de ofertas, *due diligence*, negociaciones, etc. Esta fase puede ser común a otros tipos de modificaciones estructurales, como por ejemplo la fusión, si bien, en el caso de las operaciones aquí analizadas será especialmente relevante, pues incluirá el proceso propio de una operación habitual de transmisión de sucursales.

La negociación debe culminar con un acuerdo entre cedente y cesionario sobre el objeto y las condiciones de la cesión que se puede formalizar en un contrato de cesión, en el que las partes reflejan el acuerdo alcanzado. En particular, ese contrato debería regular el negocio de las sucursales objeto de transmisión (las posiciones de activo, de pasivo, los arrendamientos, los inmuebles propiedad del cedente, mobiliario, personal, elementos excluidos, etc.) el precio de la operación, la liquidación entre las partes del valor neto contable de los elementos integrantes de las sucursales, mecanismos de indemnización y ajuste, en su caso, régimen transitorio desde la firma del contrato hasta la efectiva transmisión de las sucursales, obligaciones de las partes, régimen aplicable a los contratos de distribución existentes, régimen de comunicaciones a realizar, etc. En definitiva, todos los elementos propios y habituales de un contrato de compraventa de empresa o unidades económicas.

El cedente se debería obligar contractualmente, ya desde este momento, a abstenerse de realizar cualquier acto que pueda comprometer la aprobación del proyecto de cesión global o modificar sustancialmente las valoraciones efectuadas. En cualquier caso, la eficacia de la cesión quedará condicionada suspensivamente a la culminación del procedimiento previsto en la LME, que exige, entre otros requisitos, la aprobación por la junta o asamblea de la entidad cedente, pero no de la cesionaria.

Una vez alcanzado el acuerdo sobre los términos económicos de la operación, comienza el proceso

societario de modificación estructural previsto en los artículos 85 a 91 LME y que se describe resumidamente a continuación. El plazo para culminar este proceso dependerá de las características particulares de la operación (por ejemplo, posibilidad o no de celebrar juntas universales del cedente), pero normalmente durará, al menos, unos meses. Este plazo, durante el que la operación de transmisión mediante cesión no será aún efectiva, puede antojarse excesivo y puede ser un obstáculo relevante para la utilización de este procedimiento como medio para instrumentar la transmisión de sucursales bancarias.

Finalmente, cabe destacar que en lo sustancial este es un proceso que lleva a cabo el cedente, por cuanto para el cesionario el pago de un precio en dinero como contraprestación de un conjunto de activos y pasivos no constituye una modificación estructural.

### 2.2 · Proyecto de cesión global y otros documentos

#### 2.2.1 · Proyecto de cesión global

Tras la firma del contrato de cesión, el consejo de administración de la entidad cedente redactará y suscribirá el proyecto de cesión. Lo habitual será que el proyecto de cesión se suscriba inmediatamente después de la firma del contrato, siendo este el momento en el que, en caso de sociedades cotizadas, la operación se hará pública mediante el correspondiente hecho relevante. El contenido mínimo del proyecto de cesión es el siguiente:

- (i) La denominación, el tipo social y el domicilio del cedente y los datos de identificación del cesionario o cesionarios.
- (ii) La fecha a partir de la cual la cesión tendrá efectos contables de acuerdo con lo dispuesto en el Plan General de Contabilidad.
- (iii) La información sobre la valoración del activo y pasivo del patrimonio, la designación y, en su caso, el reparto preciso de los elementos del activo y del pasivo que han de transmitirse a cada cesionario.
- (iv) La contraprestación que haya de recibir el cedente.
- (v) Las posibles consecuencias de la cesión global sobre el empleo.

Una vez suscrito, el proyecto debe ser depositado en el Registro Mercantil del domicilio de la entidad cedente (artículo 85 LME). La doctrina mayoritaria parece decantarse por entender que son aplicables a la cesión global de activos y pasivos, y por tanto a la «cesión global parcial» aquí analizada, las normas en sede de fusión que obligan a que el hecho del depósito sea publicado en el BORME y a que la convocatoria de la junta que deba decidir sobre la cesión no se pueda realizar hasta que se haya efectuado el depósito, salvo que se trate de junta universal (artículo 32 LME)<sup>5</sup>.

### 2.2.2 · Informe de los administradores

La LME, en sede de cesión global de activos y pasivos, únicamente impone la obligación de los administradores de la entidad cedente de elaborar un informe explicando y justificando detalladamente el proyecto de cesión global. Al regular la fusión, la LME concreta que este informe se debe referir a los aspectos jurídicos y económicos del proyecto, «con especial referencia al tipo de canje de las acciones, participaciones o cuotas y a las especiales dificultades de valoración que pudieran existir, así como a las implicaciones de la fusión para los socios, los acreedores y los trabajadores» (artículo 33 LME). Dado que el proyecto de cesión deberá incluir la información sobre la valoración del activo y el pasivo del patrimonio

objeto de la cesión, y teniendo en cuenta lo previsto en sede de fusión, parece razonable entender que el informe deberá prestar especial atención a la justificación de la contraprestación y a las dificultades que pudiera presentar la valoración de la unidad económica objeto de cesión, así como a las consecuencias de la cesión global para el cedente, sus acreedores y trabajadores<sup>6</sup>.

El informe de los administradores ha de ser suscrito, como muy tarde, el día de la publicación del anuncio de convocatoria de la junta o asamblea general de la entidad cedente que deba decidir sobre la cesión global.

### 2.2.3. Informe de experto independiente

La LME no exige la preparación de un informe por un experto independiente designado por el Registro Mercantil correspondiente, como sí sucede en caso de fusión. Aunque ha sido criticada por parte de la doctrina, la inexigibilidad de este requisito es pacífica<sup>7</sup>.

### 2.2.4 · Balance de cesión

A falta de previsión expresa en la LME, la doctrina que ha analizado esta cuestión está dividida sobre si es necesario o no un balance para la aprobación de la cesión<sup>8</sup>. Se podría fundamentar la exigencia del balance de cesión en la remisión que se hace en sede del acuerdo de cesión global a los requisitos establecidos en la LME para la adopción del acuerdo de fusión. En este sentido, los artículos 36 y 39 LME establecen la obligación de aprobar el balance

5 Entienden que estos requisitos son aplicables A. Conde Tejón: «Procedimiento aplicable a la cesión global de activo y pasivo y efectos» en F. Rodríguez Artigas, (coord.): *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, tomo II, Madrid, 2010, págs. 698 y 699; F. J. Gardeazábal del Río: *La cesión global del activo y del pasivo tras la Ley 3/2009, de 3 de abril, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Madrid, 2010 pág. 1338 y J. Noval Pato: «La cesión global del activo y del pasivo» en I. Arroyo, J. M. Embid, C. Górriz (coords.): *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, volumen I, Madrid, 2009, apéndice, pág. A-179, el último solo hace referencia a la publicación en el BORME, cuya exigencia fundamenta en el artículo 226 del Reglamento del Registro Mercantil, y entiende que la publicación de la convocatoria debe incluir las menciones mínimas del proyecto en atención a la remisión que el artículo 87 LME hace a los requisitos de la fusión para adoptar el acuerdo. R. Ansón Peironcely: «Cesión global de activo y pasivo», en R. Ansón Peironcely, J. Banacloche y V. M. Garrido de Palma: *La Ley 3/2009 de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Madrid, 2009, pág. 183, entiende aplicable el plazo de espera para la convocatoria de la asamblea. Parece que entiende que no son aplicables estos requisitos A. Alonso Ureba: «La cesión global de activo y pasivo: elementos de caracterización, clases y régimen», en F. Rodríguez Artigas (coord.): *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, tomo II, Cizur Menor, 2010, pág. 667.

6 En este sentido, J. Noval Pato: «La cesión global del activo y del pasivo», *cit.*

7 Así, L. Fernández del Pozo: *El derecho contable de fusiones y de las otras modificaciones estructurales*, Madrid, 2010, pág. 132; M. González Meneses: «La cesión global de activo y pasivo como ilusión jurídica colectiva, o de cómo el Título IV de la Ley 3/2009 vulnera la Tercera Directiva», *El Notario del siglo XXI*, núm. 30, marzo-abril 2010; A. Alonso Ureba: «La cesión global de activo y pasivo...», *cit.*, pág. 667; A. Conde Tejón: «Procedimiento aplicable a la cesión...», *cit.*, pág. 703 y ss; J. Noval Pato: «La cesión global del activo y del pasivo», *cit.*, apéndice, pág. A-183; R. Ansón Peironcely: «Cesión global de activo y pasivo», *cit.*, pág. 184 y F. J. Gardeazábal del Río: «La cesión global del activo y del pasivo tras la Ley 3/2009...», *cit.*, pág. 1335.

8 Entienden que no es necesario balance: L. Fernández del Pozo: «El derecho contable de fusiones y de las otras modificaciones...», *cit.*, págs. 132 y 133, M. González Meneses: *La cesión global de activo y pasivo como ilusión...», cit.*; R. Ansón Peironcely: «Cesión global de activo y pasivo», *cit.*, pág. 184.

de cesión o, si es posible, de emplear el anterior balance anual, en lo que algunos autores justifican la necesidad de este balance<sup>9</sup>. En nuestra opinión, el requisito del balance no parece tener mucho sentido en sede de una cesión global parcial ya que mediante esta operación se van a transmitir únicamente determinados activos y pasivos, que normalmente estarán incluidos parcialmente en diversas partidas contables (junto a otros activos y pasivos), por lo que el balance no ofrece la imagen de los bienes y obligaciones objeto de cesión, ni aporta información relevante a efectos de la operación.

### 2.3 · Acuerdo de cesión global

Corresponde a la junta o asamblea de la entidad cedente acordar o no la cesión, «ajustándose estrictamente al proyecto de cesión global, con los requisitos establecidos para la adopción del acuerdo de fusión» (artículo 87.1 LME). Por consiguiente, la junta o asamblea no tiene la facultad de introducir cambios en el proyecto de cesión presentado por el consejo, sino que solo podrá aprobarlo o rechazarlo.

El acuerdo de cesión se debe adoptar «con los requisitos establecidos para la adopción del acuerdo de fusión» (artículo 87 LME). Esta remisión parece abarcar tanto los requisitos de información previos a la junta, como los de quórum y mayoría de la junta o asamblea que apruebe el acuerdo. A estos efectos, deberán tenerse en cuenta, tal y como prevé la propia DA3.<sup>a</sup>, las legislaciones especiales aplicables a determinados tipos de entidades (por ejemplo, normativa estatal y autonómica aplicable a las cajas de ahorros).

Al publicar la convocatoria de la junta o asamblea, se debe poner a disposición de los accionistas, consejeros generales, obligacionistas y titulares de derechos especiales, así como de los representantes de los trabajadores, para su examen en el domicilio social, los siguientes documentos:

- (i) Proyecto de cesión global parcial.
- (ii) Informe de los administradores.
- (iii) Cuentas anuales e informes de gestión de los últimos tres ejercicios, así como los correspondientes informes de los auditores.

(iv) Estatutos vigentes.

(v) Identidad de los administradores.

El régimen del acuerdo de fusión prevé igualmente la puesta a disposición del balance de fusión y de los informes de expertos independientes, si bien, dadas las conclusiones de inexigibilidad de estos requisitos argumentada anteriormente, no serán objeto de información en las operaciones de cesión global parcial. Por otra parte, nada dice la LME sobre si los puntos (iii) y (iv) anteriores se deben referir solo al cedente o también al cesionario. Dado que los documentos a los que se refieren dichos apartados son ya públicos, lo mejor será referirse en esa información tanto al cedente como al cesionario. En cuanto al requisito del apartado (v) la propia LME especifica que deberá referirse tanto al cedente como al cesionario.

El acuerdo de cesión global parcial se publicará en el *BORME* y en un diario de gran circulación en la provincia del domicilio social del cedente, expresando la identidad del cedente y del cesionario y haciendo constar el derecho que asiste a los accionistas o consejeros generales y acreedores de obtener el texto íntegro del acuerdo y el derecho de oposición de los acreedores. Este derecho asiste a los socios y acreedores tanto del cedente como del cesionario<sup>10</sup>, tal y como se desprende del artículo 246 del Reglamento del Registro Mercantil («RRM») que establece que en el anuncio se hará constar el derecho de los acreedores de la cedente y de la cesionaria a obtener el texto íntegro del acuerdo de cesión y su derecho a oponerse en el plazo de un mes.

No obstante, esta publicación se puede sustituir por una comunicación individual por escrito a todos los accionistas o consejeros generales y acreedores, por un procedimiento que asegure la recepción de aquel en el domicilio que figure en la documentación de la sociedad. En caso de comunicación individual, la doctrina se divide entre si solo se debe comunicar a los acreedores de la sociedad cedente o también a los de la cesionaria, pues estos también gozan de derecho de oposición<sup>11</sup>. Dado que

<sup>9</sup> Así lo entiende A. Alonso Ureba: «La cesión global de activos y pasivos...», *cit.*, pág. 669; A. Conde Tejón: «Procedimiento aplicable a la cesión global...», *cit.*, págs. 707 y 708.

<sup>10</sup> En este sentido R. Ansón Peironcely: «Cesión global de activo y pasivo», *cit.*, pág. 186.

<sup>11</sup> Entiende que basta con la comunicación a los acreedores de la cedente J. Noval Pato: «La cesión global del activo y del pasivo», *cit.*, apéndice, pág. A-194. Por el contrario, consideran que es necesario comunicación a los acreedores de cedente y cesionaria: P. Ávila Navarro: *Cesión global de activo y pasivo*, Barcelona, 2009, pág. 583, R. Ansón Peironcely: «Cesión global de activo y pasivo», *cit.*, pág. 186).



tanto los acreedores del cedente, como del cesionario, tendrán el derecho de oposición descrito más adelante, lo razonable es entender que la comunicación debe realizarse a los acreedores de ambos (con las dificultades prácticas que ello puede implicar, dados los problemas prácticos que el cedente puede tener para conocer los acreedores del cesionario).

#### 2.4 · Plazo de oposición de los acreedores

La cesión no se puede realizar hasta que haya transcurrido un mes desde la fecha de publicación del último anuncio del acuerdo de cesión o, en caso de comunicación por escrito a todos los accionistas o consejeros generales y acreedores, desde el envío de la comunicación al último de ellos.

Dentro de este plazo los acreedores del cedente o del cesionario (nótese que el derecho corresponde a los acreedores de ambas partes, aunque el proceso societario analizado hasta ahora únicamente implica al cedente) cuyos créditos hayan nacido antes de la fecha de publicación del proyecto de cesión global y no hayan vencido se pueden oponer a la cesión mientras no se les garanticen sus créditos a su satisfacción o se les notifique la prestación de garantía solidaria por una entidad de crédito debidamente habilitada para prestarla, hasta que prescriba la acción para exigir el cumplimiento del crédito.

Este es uno de los elementos más ajenos a las operaciones de compraventa empresarial que, en la práctica, se podrían estructurar como cesiones globales parciales. Así, las partes deberán correr el riesgo de la oposición de sus respectivos acreedores y, si bien en el pasado esta oposición había sido, hasta donde conocemos, de muy escasa relevancia, recientemente se han visto supuestos de oposición de acreedores en sede de segregación de cajas de ahorro que podrían dificultar la operación.

#### 2.5 · Escritura de cesión global

La cesión global se hará constar en escritura pública otorgada por el cedente y por el cesionario, que recogerá el acuerdo de cesión global adoptado por el cedente.

De acuerdo con el artículo 246 RRM, en la inscripción de la cesión global se hará constar la fecha de publicación del acuerdo de cesión en el *BORME* y

en un diario y la declaración del cedente sobre la inexistencia de oposición de acreedores o, en su caso, la identidad de los opositores, el importe de su crédito y las garantías otorgadas<sup>12</sup>.

Esta escritura se inscribirá en el Registro Mercantil correspondiente al domicilio del cedente; no en el del cesionario. La eficacia de la cesión se produce con la inscripción en el Registro.

#### 2.6 · Impugnación de la cesión

Se aplica a la cesión el régimen de impugnación de las fusiones regulado en el artículo 47 LME. Este artículo dista mucho de ser claro y no es este el lugar para su análisis, baste decir aquí que la posibilidad de una impugnación de la operación de cesión global parcial puede suponer un posible riesgo más a la utilización de esta figura para instrumentar la transmisión de una unidad económica en efectivo.

### 3 · COMPATIBILIZACIÓN DEL PROCESO CONTRACTUAL Y DEL PROCESO SOCIETARIO

Como antes apuntábamos, la compatibilización o coordinación de la relación contractual propia de una compraventa empresarial con el proceso societario de una modificación estructural, no está exenta de dificultades. A continuación apuntaremos sucintamente, y sin ánimo exhaustivo, algunas cuestiones que deben tenerse en cuenta a la hora de estructurar en la práctica una operación de este tipo:

#### 3.1 · «La transmisión de una unidad económica»

Para que el traspaso se realice por sucesión universal, adquirente y transmitente no tienen libertad plena de configuración del objeto de negocio, sino que deben configurarlo necesariamente de modo que el patrimonio que se cede constituya una «unidad económica». No existe en la legislación societaria o mercantil definición alguna de unidad económica. La sentencia 91/2004, de 3 de marzo, de la

<sup>12</sup> Según R. ANSÓN PEIRONCELY: «Cesión global de activo y pasivo», *cit.*, conviene incluir el proyecto de cesión, el informe de los administradores y los ejemplares de los diarios y del *BORME* en que se han publicado los anuncios.

Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3.<sup>a</sup>) definió el concepto de «unidad económica» como «*un conjunto organizado de elementos patrimoniales, aptos para funcionar autónomamente y capaces de producir bienes o servicios con utilidad o aprovechamiento económico, en sí mismos considerados*». En este mismo sentido define el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, la rama de actividad al establecer en su artículo 83.4 que se entenderá por rama de actividad «*el conjunto de elementos patrimoniales que sean susceptibles de constituir una unidad económica autónoma determinante de una explotación económica, es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios*».

De acuerdo con lo anterior, por lo general, la transmisión de una red de oficinas homogéneas por un criterio geográfico o de tipo de negocio sí constituye, a nuestro juicio, una unidad económica apta para ser transmitida mediante una cesión global parcial.

### 3.2 · Acceso al Registro Mercantil y límites de la confidencialidad

Con carácter general, los términos de una operación de compraventa empresarial suelen mantenerse reservados entre las partes intervinientes<sup>13</sup>. En una operación de cesión parcial de activos y pasivos será de dominio público el contenido del proyecto de cesión que se deposita en el Registro Mercantil y el contenido de la escritura de cesión parcial que es objeto de inscripción también en el Registro. Esto tiene, al menos, dos consecuencias relevantes. En primer lugar, que resulta inevitable que los términos esenciales del negocio (identificación básica de las oficinas que se transmiten, precio, etc.) pasen desde el primer momento al dominio público y puedan, por tanto, ser conocidas, entre otros, por bancos competidores o posibles interesados en adquirir esa red de oficinas. En segundo lugar, obliga a las partes intervinientes a deslindar aquellos elementos del contrato o protocolo inicial de cesión que quedarán reflejados en el proyecto de cesión y posteriormente en los acuerdos y escritura de cesión de aquellos otros que per-

manecerán reservados entre las partes por no constituir elementos esenciales del negocio que deban ser puestos a disposición de accionistas, consejeros generales, acreedores, etc. Será, sin duda, una labor de cirugía fina a la que el Registro Mercantil correspondiente deberá dar su aprobación.

### 3.3 · Responsabilidad solidaria

De acuerdo con el artículo 91 LME, de las obligaciones asumidas por el cesionario que resulten incumplidas responderán solidariamente los demás cesionarios (de existir) y la propia entidad cedente que no se hubiera extinguido (y, por definición, la entidad cedente en una cesión global parcial no se extinguirá). Es decir, se establece una responsabilidad *ex lege* que va mucho más allá de cualquier régimen de indemnización por declaraciones y garantías habitual en los contratos de compraventa de sucursales de entidades de crédito o de unidades de negocio. Este régimen de responsabilidad prescribe a los 5 años para el caso de los cesionarios, sin que la LME establezca plazo concreto para la responsabilidad del cedente, pero siendo razonable entender que se aplica el mismo plazo.

Este régimen de responsabilidad puede suponer un obstáculo evidente para la articulación de operaciones a través de la DA3.<sup>a</sup>. Para mitigar los efectos de este régimen, las partes podrían prever una contragarantía del cesionario al cedente para el caso de que se produzcan supuestos de aplicación de esta responsabilidad y, a su vez, deberán compatibilizarlo con el régimen de declaraciones y garantías habituales en estas operaciones.

### 3.4 · Calendario de la operación y posibles vicisitudes y riesgos durante el proceso

Como se ha indicado, los trámites legalmente establecidos como propios de una operación de modificación estructural hacen inevitable el transcurso de varios meses entre el momento en que las partes alcanzan un acuerdo sobre el negocio jurídico de transmisión y el momento de su eficacia por haber quedado inscrita la escritura de cesión parcial en el correspondiente Registro Mercantil. En el *interim*, pueden ocurrir circunstancias que afecten a ese negocio jurídico, a su configuración o a su valoración.

Es de reseñar la rigidez de la LME en determinados aspectos ya mencionados a lo largo de este trabajo que pueden suponer un obstáculo a la hora de

<sup>13</sup> Como excepción, si alguna de las partes es una entidad cotizada y la operación tiene la suficiente trascendencia, puede haber obligación, *ex artículo 82 de la Ley del Mercado de Valores*, de comunicar al mercado sus términos fundamentales.

decidir estructurar una operación de transmisión de sucursales (u otra unidad económica) entre entidades de crédito. En particular, esa rigidez y riesgos del proceso se manifiestan de forma evidente (además de en el riesgo de responsabilidad descrito en el punto anterior) en la previsión de que el acuerdo de la junta debe atenerse estrictamente al contenido del proyecto de cesión, sin admitir modificaciones, en el posible impacto del ejercicio del derecho de

oposición por parte de algún acreedor del cedente o del cesionario y el posible riesgo de impugnación de la operación.

En suma, el apartado segundo de la DA3.<sup>a</sup> abre una tan interesante como compleja vía para estructurar operaciones de compraventa de redes de oficinas bancarias con el privilegio del principio de sucesión universal.