



Aportaciones que realiza la Propuesta de Código Mercantil al régimen legal de la cesión global de activo y pasivo

Autor/a

María Serrano Segarra

Doctora en Derecho. Profesora Colaboradora de Derecho Mercantil. Universidad Miguel Hernández.

**REVISTA LEX
MERCATORIA.**

Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación

RLM nº1 | Año 2015

Artículo nº 12

Páginas 50-56

revistalexmercatoria.umh.es

La Propuesta de Código Mercantil, presentada por la Sección Segunda de la Comisión General de Codificación el 20 de junio del año 2013, realiza determinadas modificaciones sobre la regulación legal de la operación societaria de cesión global de activo y pasivo. Si bien se estimaba que dicha Propuesta se haría realidad como nuevo Código Mercantil a mediados del presente año 2015, actualmente disponemos del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil, aprobado por el Gobierno el 30 de mayo de 2014. Es conveniente completar el estudio de la cesión global de activo y pasivo con la previsión de la regulación normativa que

podría afectar en un futuro próximo a la operación de modificación estructural objeto de estudio. Procedo a analizar pues, las modificaciones y posibles mejoras que establece la Propuesta en el régimen jurídico de la operación de modificación estructural.

El Derecho Mercantil se encuentra regulado no solo en el Código de Comercio, sino en un conjunto de leyes mercantiles especiales promulgadas hasta hoy fruto de un proceso descodificador, que se ha estado justificando por las profundas transformaciones económicas, políticas y jurídicas acaecidas unidas a la

evolución de los nuevos condicionantes y realidades de la realidad mercantil durante este último siglo. La tendencia ha cambiado y renace actualmente un nuevo proyecto recodificador de la materia mercantil en un solo cuerpo normativo plasmado en la Propuesta de un nuevo Código Mercantil planteada por la sección segunda de la Comisión General de Codificación, actualmente en tramitación. En la Exposición de Motivos de la Propuesta se expone la razón de ser de este nuevo Código Mercantil como el instrumento de política legislativa más adecuado. De hecho, cuando ya parecía superado el movimiento codificador, renace actualmente el mismo como un recurso unificador. Se trata de crear un mismo código para un mercado único, con vigencia en todo el territorio nacional que acota con criterio unitario la materia mercantil e integra la legislación especial que la regula. Se recupera así de manera unitaria y ordenada el conjunto de normas legales que regulan la materia jurídico-mercantil entre distintos individuos o empresas de un mismo territorio. La Propuesta de Código Mercantil defiende los postulados de la nueva constitución económica en el marco de la economía de mercado. Dichos postulados imponen la unidad de éste y explican la atribución al Estado de competencia exclusiva en materia de legislación mercantil (art.149.1.6º de la Constitución Española) aconsejando una clara delimitación de la materia mercantil y la selección e integración de la normativa reguladora.

Estas fueron las razones que condujeron a la idea de compilación o codificación de la totalidad del cuerpo mercantil iniciada el 7 de noviembre de 2006 cuando el entonces ministro Juan Fernando López Aguilar, encargó a la Sección Segunda, de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación la elaboración de un nuevo Código Mercantil (Orden de 7 de noviembre de 2006). En cumplimiento de ese encargo, se ha elaborado el presente An-

teproyecto. Así pues, casi siete años después, el pasado 20 de junio de 2013, el presidente de la Sección Segunda de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, Bercovitz Rodríguez Cano presentó el pasado 20 de junio ante el ministro de Justicia, D. Alberto Ruiz-Gallardón, el texto de la Propuesta en la que han colaborado sesenta y cuatro expertos al más alto nivel en la materia y que incluye 1.945 artículos divididos en siete libros y un título preliminar. El objetivo pretendido es modernizar y actualizar el Código de Comercio vigente desde 1885 y favorecer la actividad económica mediante normas que garantizan la unidad de mercado en las relaciones jurídico-privadas de los empresarios mediante la renovación y puesta al día de su regulación para así hacer frente a la compleja situación económica. La Propuesta dice garantizar la seguridad jurídica porque entre otras cuestiones, se ha adaptado al mercado actual e igualmente pretende garantizar la unidad de mercado para así favorecer la actividad económica. En este sentido, tiene mucho que ver la publicación de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre (BOE de 10 de diciembre) de garantía de la unidad de mercado que se dicta con la finalidad de “establecer las disposiciones necesarias para hacer efectiva la unidad de mercado en todo el territorio nacional” (art.1). La ley de garantía de unidad de mercado va unida íntimamente a la nueva propuesta de Código Mercantil pues ambas pretenden garantizar la unidad de mercado como uno de sus objetivos primordiales. El preámbulo de la Ley expone que se introducen en la misma toda una serie de medidas de supresión de barreras administrativas y de armonización normativa sorprendentes por lo novedosas, inspiradas en gran medida –aunque resulte paradójico- en los procedimientos que se vienen aplicando en la Unión Europea para garantizar el mercado único. El ministro de economía y competitividad, Luis de Guindos, ha justificado la ley de unidad de mercado como un ins-

trumento necesario para facilitar la libertad de movimientos de las empresas, acabar con el exceso regulatorio actual en el estado autonómico que deja un marco jurídico excesivamente complejo, repleto de contradicciones y duplicidades.

Centrándome en la materia societaria mercantil, regulada en Libro Segundo de la Propuesta de Código Mercantil, la Exposición de Motivos, razona la necesidad de este nuevo Código Mercantil, refiriendo en el apartado I-29 de la Exposición de Motivos que las sociedades mercantiles se regulan también teniendo en cuenta la evolución legislativa reciente, constituida sobre todo por la Ley de Sociedades de Capital y por la Ley sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades, pero con un planteamiento innovador que respeta los planteamientos de esa legislación, aunque tratando de superar los problemas a que esa normativa ha dado lugar. El libro segundo titulado “De las sociedades mercantiles” refiere en su título VIII las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Prueba de ello la podemos advertir en la cesión global, modificación estructural que sufre determinadas modificaciones en la redacción de la Propuesta siendo objeto de nuestra crítica en la parte II de este trabajo. La Propuesta de Código Mercantil desaprovecha la mejor de las oportunidades para poder corregir los defectos actuales existentes en la cesión global, si bien es cierto que se mejora sensiblemente su regulación con determinadas garantías o medidas que tratan de equipararla al resto de modificaciones estructurales respecto de las cuales, siguiendo el tenor de la Propuesta, aun seguirá presentando ciertas deficiencias que la aligeran en cuanto a sus requisitos procedimentales.

Puedo concluir que la pretensión de la Propuesta revela un afán compilatorio y no de codificación tratando de reunir y recoger en el

futuro Código Mercantil parte de la materia mercantil que se encuentra actualmente regulada fuera del mismo en diferentes leyes mercantiles especiales, o leyes extravagantes [El profesor JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. en la sesión inaugural del Seminario Permanente de Actualidad Jurídica desarrollado en la Universidad Miguel Hernández de Elche (16 de mayo de 2014) trató en su conferencia inaugural la Propuesta de Código Mercantil refiriendo esta multiplicidad de leyes especiales que él mismo calificó como leyes extravagantes por encontrarse situadas fuera del Código de Comercio o por su propio contenido extravagante. Se trata de un conjunto de leyes extra-código que deben ser superadas], debido al arcaísmo de nuestro Código de Comercio de 1885 que ha motivado un justificado y progresivo vaciamiento del mismo que se va a tratar de corregir.

En cuanto al reflejo registral de las modificaciones introducidas como consecuencia de la aprobación de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (en adelante, LMESM) hay que destacar que la presente Ley nada dice respecto al Reglamento del Registro Mercantil (en adelante, RRM). Es de esperar que el Gobierno, cuando apruebe el nuevo Código que regule las sociedades mercantiles, modifique asimismo el RRM, de tal manera que lo armonice con el resto de disposiciones; mientras tanto, habrá de entenderse que las disposiciones que se opongan a la presente Ley habrán de considerarse derogadas por el principio de jerarquía normativa y temporalidad [JURADO RODRÍGUEZ, A.B., MARTÍNEZ MARTÍNEZ, P.J., DOMÍNGUEZ LEANDRO, J., Prácticum sociedades mercantiles, Madrid, 2014].

La Exposición de Motivos de la misma, razona la necesidad de este nuevo Código Mercantil, refiriendo en el apartado I-29, que “las sociedades mercantiles se regulan tam-

bién teniendo en cuenta la evolución legislativa reciente, constituida sobre todo por la Ley de Sociedades de Capital y por la Ley sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles”, pero, textualmente dice: “con un planteamiento innovador que respeta los planteamientos de esa legislación, aunque tratando de superar los problemas a que esa normativa ha dado lugar”.

El título VI del libro Segundo, de la Propuesta de Código Mercantil bajo el título: “De las modificaciones estructurales”, incorpora a la Propuesta dichas modificaciones estructurales, y también integra las reformas recientes en la materia: nos estamos refiriendo a las modificaciones introducidas por la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, fruto de los planteamientos comunitarios de simplificación que han afectado a Directivas Comunitarias.

La Exposición de Motivos de la Propuesta revela que la relativamente reciente LMESM de 2009, con su concepción comprensiva o integradora de la totalidad de las modificaciones estructurales: “ha facilitado ahora su tránsito hasta el nuevo código, avalando el lugar sistemático que ocupa”: el nuevo título VI del Libro II.

La operación de cesión global de activo y pasivo aparece tratada en la Propuesta de Código Mercantil en el artículo 265, 1 al 15, dividiendo su desarrollo en dos secciones: la primera referida a las “Disposiciones generales” y la segunda bajo el título: “Del régimen legal de la cesión global de activo y pasivo”, situadas ambas dentro del capítulo V: bajo el título: “De la cesión global de activo y pasivo”.

Ha sido también objeto de nuestro estudio, el nuevo contenido del régimen jurídico

(en la sección 2ª) que diseña la Propuesta de Código Mercantil para tratar de solventar esta problemática.

Abordo a continuación la utilidad de la Propuesta en la mejora de las incoherencias existentes actualmente en las distintas fases procedimentales de la cesión global, insuficiencias evidentes con respecto al resto de operaciones de modificación estructural, sobre todo en relación a las operaciones de fusión y escisión, tratando de solventar y situar, con modificaciones plausibles, a la cesión global en un plano de igualdad con respecto al resto de operaciones de modificación estructural.

Los propósitos detallados en la Exposición de Motivos de la Propuesta de Código Mercantil (III-71, III-72) sobre las modificaciones estructurales versaban sobre lo ya referido en un inicio: (un tránsito legislativo comprensivo de la LMESM actualizada a la Ley 1/2012: al nuevo Código Mercantil) e igualmente se plasmaba la intencionalidad de adecuar, matizar o clarificar algunas cuestiones de sistemática o de contenido.

De hecho, esto se ha llevado a cabo en operaciones como la transformación en la que se han reordenado con más precisión sus supuestos; en la operación de fusión, donde se ha clarificado el régimen de la impugnación en los distintos supuestos y el derecho a la indemnización de daños a socios y terceros; pero, ciertamente, la Propuesta de Código Mercantil desaprovecha la mejor de las oportunidades para poder corregir la totalidad de los defectos técnicos actuales existentes en el régimen jurídico actual de la cesión global de activo y pasivo en la LMESM. La misma, hemos comprobado que dispone de un régimen simplificado con respecto al propuesto en el ámbito de otras operaciones de modificación estructural como la fusión o a la escisión, que persiguen efectos equivalentes de reestructuración

empresarial. Por ello, de entrada, no se entiende que la Propuesta siga manteniendo en muchos aspectos esa laxitud o relajación de requisitos en la cesión global, que no se hayan corregido en la Propuesta muchos de los mismos.

Más bien es cierto que se mejora sensiblemente su regulación, pues en determinados extremos se le otorga mayor autonomía en su regulación con menores remisiones a la operación de fusión. Así, la Propuesta incorpora expresamente para la cesión global las modificaciones producidas por la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, esta modernización en su régimen legal era absolutamente necesario para la cesión global pues la misma había quedado totalmente “descolgada y anacrónica” con respecto a las operaciones de fusión o escisión, que habían sido actualizadas en ese tipo de obligaciones que imponen tanto nuestra sociedad de la información como la crisis económica actual que seguimos padeciendo. Debo aclarar de todos modos que la regulación actual del acuerdo de cesión global sí incorpora la Ley 1/2012, como se dijo, debido a la remisión que se efectúa por parte del artículo 87 LMESM a la adopción del acuerdo de fusión pero ello no obsta a la actual falta de coherencia entre los requisitos actualizados para la adopción del acuerdo de cesión y la forma anacrónica de dar publicidad al proyecto de cesión global.

La Propuesta de Código Mercantil logra esa mejora limitada de la regulación actual con la inclusión en su articulado de determinadas garantías o medidas que tratan de equipararla al resto de modificaciones estructurales:

-publicidad del proyecto de cesión global: modificada y actualizada a los requisitos de la Ley 1/2012: Boletín Oficial del Registro

Mercantil Español (BORME) más página web (si no hay pg. web: depositar ejemplar en el RM)

-inclusión de la necesidad del informe de expertos independientes sobre el proyecto de cesión cuando el cesionario sea una sociedad anónima o una sociedad comanditaria por acciones, realizándose del mismo modo que en la operación de fusión.

-adopción del acuerdo de cesión global con regulación autónoma y sin remisión a la operación de fusión,

-publicidad del acuerdo de cesión adaptado y actualizado al igual que en la fusión (BORME más página web de la sociedad, (si no hay página web: en un diario de gran circulación)

-avance en la manifestación clara de la eficacia constitutiva de la inscripción

-avance en la impugnación de la cesión: se completa el régimen pues ya no se remite a la fusión, se regula ad hoc para esta operación (a pesar de que la impugnación en la Propuesta siga quedando limitada a los socios y acreedores de la sociedad cedente: está pensada sólo para aquellos implicados en la toma del acuerdo de cesión global y solo se va a hacer referencia a la sociedad cedente.

Igualmente, en octubre de 2013, el ministro de Economía, Luís de Guindos anunció que modificaría la Propuesta del Código Mercantil para introducir en él las propuestas que la comisión de expertos encabezada por la presidenta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), Elvira Rodríguez, había realizado en materia de gobierno corporativo, cambios que afectarán especialmente al funcionamiento de las juntas generales de accionistas y consejos de administración [<http://nuevocodigomercantil.es>]. Se pretende

que sea la junta general de accionistas de las sociedades cotizadas la que realice la aprobación en última instancia de determinadas operaciones societarias de relevancia en vez de ser aprobadas por el órgano de administración. Las medidas propuestas van encaminadas a ampliar las competencias de la junta general [En el estudio sobre propuestas de modificaciones normativas de la Comisión de expertos en materia de gobierno corporativo se han incluido propuestas de modificaciones normativas en materia de junta general y derechos de los accionistas referidas a la ampliación de las competencias de las juntas generales de las sociedades cotizadas, en línea con la actual recomendación 3ª del Código Unificado del Buen Gobierno Corporativo, a las siguientes materias: incorporación de actividades esenciales a filiales, adquisición o enajenación de activos operativos esenciales, operaciones cuyo efecto sea equivalente al de la liquidación de la sociedad y, además, en línea con otras propuestas, aprobación de la política de remuneraciones de los consejeros.], reforzar los derechos de los accionistas minoritarios y asegurar la transparencia de la información que reciben los accionistas. Así, será de competencia de la junta general la adopción de la adquisición mediante cesión global, la aprobación de remuneraciones y la política general de la empresa puesto que se pretende que los accionistas de las sociedades cotizadas tengan “más que decir” sobre ambas materias.

Aún con todo ello, la Propuesta de Código Mercantil sigue presentando ciertas deficiencias que la aligeran en cuanto a sus requisitos procedimentales y que van a seguir colocándola en el nuevo Código Mercantil en una situación de desventaja con respecto al resto de operaciones de modificación estructural pues:

FASE PREPARATORIA:

-el proyecto de cesión global (sólo de la sociedad cedente)

-el informe de los administradores (sólo de los administradores de la sociedad cedente)

Hubiera sido deseable y conveniente, que el cesionario o cesionarios participaran en la fase preparatoria interviniendo en la redacción de un proyecto que sea común y elaborando también un informe común de administradores

FASE DECISORIA:

-El acuerdo de cesión global es adoptado solo por la junta de socios de la sociedad cedente

Hubiera sido deseable, del mismo modo, si el cesionario fuera una sociedad, que el acuerdo de cesión global, también hubiera sido adoptado por su junta general de socios.

-El derecho de información a los trabajadores sobre la realización de la transmisión de la empresa permanece anacrónico situándose en la Propuesta en el art. 265-10, referente a la publicación del acuerdo de cesión global, limitando el derecho de los mismos para poder ejercitar los instrumentos de participación en la sucesión de la empresa que les dispensa la normativa laboral en su art. 44 ET.

Se debía haber anticipado este derecho antes de la aprobación del acuerdo de cesión global trasladándolo al art. 265.5 de la Propuesta, procurando de este modo la participación de los representantes de los trabajadores a partir de la información que deberían tener sobre el proyecto de cesión.

FASE DE PENDENCIA:

- el derecho de oposición de los acreedores de la sociedad cedente y los acreedores

del cesionario o cesionarios, se sigue remitiendo a la operación de fusión

Son todas ellas competencia de la sociedad cedente.

El cesionario o cesionarios son tratados y desconsiderados igualmente en la regulación actual de la LMESM y en la Propuesta donde solo aparecerán formalmente al finalizar la operación cuando el cesionario o cesionarios, junto al cedente, tengan que otorgar escritura pública. Es solo en este momento cuando tendrán que intervenir por lo que podría ser factible que se produjera con anterioridad el abandono injustificado de la operación en cualquier momento sin mayores consecuencias.

Así pues, en la Propuesta de Código Mercantil continua la desprotección de los intereses de los socios de la posible sociedad cesionaria pero al mismo tiempo tiene lugar una simplificación en la realización de una operación que pretende transmitir en definitiva una empresa. La transmisión de una empresa es un cometido de suficiente relevancia como para ignorar en la regulación procedimental requisitos imprescindibles en el desarrollo del procedimiento. Esto puede provocar un “trampazo” en el que la realización de esta operación puede resultar más atractiva para conseguir una más fácil y pronta realización de la transmisión de la empresa prevista evitando así ciertos trámites o requisitos que son ineludibles en las operaciones de fusión o escisión. Todo ello acompañado siempre de la merma producida en la defensa de los dignos intereses de los socios de la sociedad o sociedades cesionarias.

Hubiera sido deseable la adopción por parte de nuestro legislador en la Propuesta de

Código Mercantil de un régimen procedimental similar al regulado para la operación de fusión o de la escisión. Era la oportunidad de evitar la gran indefensión, falta de protección o garantías necesarias para cubrir los derechos de los socios o acreedores afectados por la realización de la operación.

Concluyo, coincidiendo con el profesor Jiménez Sánchez, que la pretensión de la Propuesta revela un afán compilatorio tratando de reunir y recoger en el futuro Código Mercantil parte de la materia mercantil que se encuentra actualmente regulada fuera del mismo en diferentes leyes mercantiles especiales o leyes extravagantes, tal como él mismo las refiere. Ello es debido al arcaísmo de nuestro Código de Comercio de 1885 que ha motivado un justificado y progresivo vaciamiento del mismo que se va a tratar de corregir en el futuro Código Mercantil. Pero no es su objetivo fundamental el “reparar” estos múltiples defectos técnicos que aún siguen quedando pendientes, a pesar de manifestarlo así en la Exposición de Motivos.