

Actualidad Profesional

Por Juan Carlos Rodríguez Maseda, abogado y socio fundador de Dictum.

Reflexiones sobre la cesión global de activo y pasivo en un proceso de liquidación ordinaria

Como dice CALVO VÉRGEZ¹, con la Ley de Sociedades de Capital “se trataba de reunir en un único cuerpo legal la totalidad de la regulación legal general de las sociedades de capital sin más excepción que la derivada de la propia Ley de Modificaciones Estructurales, cuyo contenido, por estar referido a toda clase de sociedades mercantiles (incluidas las «sociedades de personas») no podía quedar comprendido, sin alguna incoherencia, en esa refundición... En líneas generales, a través del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, se llevó a cabo una importante generalización o extensión normativa de soluciones originariamente establecidas para una sola de las sociedades de capital evitándose, no ya solo remisiones, sino también tener que acudir a razonamientos en búsqueda de identidad de razón. Esta armonización resultaba particularmente necesaria en lo referente a la determinación de la competencia de la Junta General y, sobre todo, en lo relativo a la disolución y liquidación de las sociedades de capital (...)”.

Es decir, se consagraba y se pretende una unificación del régimen jurídico, buscando la mayor tipicidad posible, para garantizar el funcionamiento de las instituciones mercantiles con la máxima seguridad jurídica. Pienso que, si una actuación se encuentra legalmente tipificada

y –además– tipificada como diferente de otras actuaciones, sometidas –éstas– a su propio régimen jurídico específico, distinto del que rige para la actuación primera, habrá que acudir a uno u otro régimen jurídico en función de si los hechos concretos se corresponden con un supuesto o con el otro, so pena de nulidad por infracción del régimen legal en la decisión protagonizada por el órgano societario que la sustente.

El motivo de esta reflexión apresurada –y, probablemente, desesperada– lo ciño al encaje entre el proceso de liquidación ordinaria en una compañía mercantil y la medida estructural que, eventualmente, en su seno, pueda proponer e incentivar un órgano de liquidación. O –por concretar– si la transmisión en bloque de una unidad productiva en el seno de una liquidación debe ser sometida a las normas estructurales sobre transmisión de activo y pasivo. Es decir, a la Ley de Modificaciones Estructurales. O, si es posible para un órgano de liquidación, eludir la tipicidad legal abundando en escenarios atípicos, como puede permitirle el uso de conceptos como el de unidad productiva autónoma.

Aparece, así, la idea de llevar a cabo una adecuada actividad liquidadora² como baremo para valorar la procedencia o no de acudir a una medida estructural. El órgano de liquidación debe liderar

sus actos conforme a un principio estricto de legalidad. Considero que debe prevalecer la idea de tipicidad legal, en cualquier decisión del órgano de liquidación, cuya discrecionalidad me incomoda.

La liquidación es un momento sensible, en el que se debaten intereses múltiples, por lo que decantar un principio, o un interés prevalente, resulta -en mi opinión- imposible. Por ello, el marco de discrecionalidad que eventualmente pueda corresponder a un órgano como el de liquidación, debe analizarse en términos muy restrictivos.

Es claro que en el seno de un proceso de liquidación, es posible, y probablemente recomendable, articular una medida estructural, tipificada legalmente. El problema está en conjugar los intereses de socios, trabajadores, todo tipo de acreedores, y su protección cuando, apartándonos del cauce legal, abundamos en conceptos atípicos como puede ser el de “unidad productiva autónoma”, que cada vez me resulta más incómodo y menos útil.

Algunos autores analizan la posibilidad, ciertamente no habitual, de cesión global de activo y pasivo -o de cualquier modificación estructural- durante la liquidación. Así, se suele analizar al amparo del artículo 83 de la Ley 3/2009, de modificaciones estructurales, que lo permite siempre que no hubiera comenzado la distribución del patrimonio entre los socios. Se suele considerar que puede ser un medio para liquidar, es decir, para convertir la totalidad del patrimonio en dinero repartible, o en otros bienes con fácil reparto. A través de una cesión global, la finalidad del proceso liquidatorio ordinario es la monetarización y distribución del resultante entre los socios, en función de su cuota. Dice PEDRO ÁVILA³ que, en este caso, los

liquidadores tendrán que cumplir las funciones que la ley encomienda a los administradores para la cesión global. En este sentido goza de especial relevancia el artículo 87 y 40 de la Ley de modificaciones estructurales que establecen la aplicación de los requisitos de las fusiones para la adopción del correspondiente acuerdo. Y entre ellos, el de quorum reforzado. Aquí quería llegar: a la competencia de la junta general. Otro órgano societario que no puede quedar marginado.

JORGE MIQUEL⁴, analiza con precisión esta tipificación legal indicando que la Ley de Modificaciones Estructurales supuso la aparición de una cobertura legal -artículos 81 a 91- regulándola como modificación estructural y admitiendo la posibilidad para todo tipo de sociedad mercantil inscrita, y resaltando que el órgano competente para su adopción, cumpliendo los requisitos establecidos para la fusión, es la junta general.

En el mismo sentido, JUANA PULGAR⁵, que analiza la posición de la sociedad en liquidación en relación con los efectos de cara a la interrupción del proceso liquidativo y de reactivación de la sociedad.

El objeto de esta reflexión es contraponer la articulación de la Ley de Modificaciones Estructurales frente al posible uso abusivo del concepto de unidad productiva autónoma, en el proceso de liquidación. Esta terminología, propia del ámbito concursal, creada para facilitar la realización de bienes y la continuidad de la empresa en el proceso de liquidación concursal (arts. 146, 148 y 149 LC) no puede, no debe, extenderse más allá de su normativa de origen y aplicación.

Considero que, en todo caso, debe prevalecer la tipicidad legal, que, fuera del ámbito concursal, no

contempla tal concepto. Al contrario, para transmitir unidades relevantes, la Ley nos envía, indefectiblemente, al camino tipificado previsto en la Ley de Medidas Estructurales. Ora como cesión global de activo y pasivo. Ora como escisión. Efectivamente, si un procedimiento liquidatorio nos apunta la existencia de varios grupos de activos, pasivos y trabajadores, susceptibles de funcionamiento autónomo; la vía legal, también la debemos buscar en la Ley de Modificaciones Estructurales.

En otro caso, si un órgano de liquidación transmite la totalidad del activo y del pasivo, o conjuntos susceptibles de funcionamiento autónomo y viabilidad, sin aplicar la Ley de Modificaciones Estructurales, la cosa puede oler a fraude de ley, dado que podríamos estar ante un proceso de liquidación, realizado al amparo de sus normas de aplicación, en el Texto Refundido de la ley de Sociedades de Capital, pero con un resultado prohibido por el Ordenamiento Jurídico: La transmisión de la empresa, cediendo por precio el activo y el pasivo, –o escindiendo parcialmente la misma- pero sin aplicar – en todo caso– la Ley de Modificaciones Estructurales, que se propone como norma infringida. Y sus garantías institucionales. Y sus verdaderos principios e intereses a proteger, legalmente consagrados.

⁴ MIQUEL, Jorge. La Liquidación de las Sociedades Mercantiles (ROJO -BELTRÁN). pág 209. Tirant Lo Blanch. 2011.

⁵ PULGAR EZQUERRA, Juana. Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles (RODRIGUEZ ARTIGAS y otros). Aranzadi. 2009.

¹ CALVO VERGEZ, Juan. Las operaciones de cesión global de activo y pasivo en el nuevo marco de las sociedades de capital. Diario La Ley, Nº 7516, Sección Doctrina, 24 Nov. 2010, Año XXXI, Ref. D-355, Editorial La Ley. La Ley 13401/2010.

² PANTÓN GARCÍA, Gemma (Coord). pág. 143. Bosch. 2014. Aunque parte de la polémica –superada- sobre la necesidad de la reactivación o no de la sociedad, resulta relevante la cita para observar que el sustrato fáctico y la evolución normativa se entienden en el marco de la protección de los derechos de los socios y acreedores.

³ ÁVILA NAVARRO, Pedro y otros. Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles. Bosch. 2009.