



BOLETÍN INFORMATIVO SEMANAL DE SEGUROS

ENERO 2010

Redactor Jefe:

Juan Manuel Blanco

Coordinación:

David Leonor

Secretaría de Redacción:

Ana Gutiérrez

Publicidad:

Laura Palao y Aída Rodríguez

Redacción,

Administración:

Albarracín, 34 - 4º

28037 MADRID

Tel. 913 755 800

Fax: 915 352 955

inesemad@rbi.es

www.inese.es

ISSN: 1697-4158

Es una publicación exclusiva
para los suscriptores de
SOCIOS CLUB

©Copyright INESE S.L.U.

Queda prohibida la reproducción total
o parcial de los artículos incluidos
en esta publicación, su tratamiento
informático y la transmisión por
cualquier forma o medio, sin el previo
permiso por escrito del titular del
Copyright.

BISS no comparte necesariamente
las opiniones vertidas en los artículos
firmados o expresadas por terceros

Editado por:



Sus datos personales serán registrados en un fichero automatizado propiedad de Reed Business Information, S.A. Unipersonal, domiciliada en Bilbao, calle Zancoeta, nº 9. Vd. nos autoriza a su tratamiento para el mantenimiento de la relación comercial, así como para recibir publicidad, a través de correo, fax y/o correo electrónico, de otros servicios de empresas del grupo de RBI y/o de terceras empresas siempre que puedan ser de interés profesional para su área de actividad empresarial. Caso de no recibir respuesta negativa a lo anterior en el plazo de 1 mes, Vd. nos autoriza a remitirle estas informaciones y/o publicidad por parte de empresas del Grupo Reed Business o terceros. No obstante, en cualquier momento Vd. podrá ejercitar sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición dirigiéndose por escrito a RBI, S.A. Unipersonal, en la dirección arriba indicada.

■ ASPECTOS JURÍDICO-CONTABLES DE LA CESIÓN DE CARTERA

Monografía de José Luis Maestro Martínez

ASPECTOS JURÍDICO-CONTABLES DE LA CESIÓN DE CARTERA

*Por José Luis Maestro Martínez
Inspector de Seguros del Estado (excedente)
Socio-director de la consultora IDEAS, S.A.*

La cesión de cartera es una operación societaria propia y específica de las entidades aseguradoras, que presenta analogías con determinadas modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, pero que se diferencia de ellas en que en la cesión no tiene por qué haber transmisión de patrimonio, o de partes de él, de unas sociedades a otras, sino sólo transferencia de contratos de seguro. Este concepto, como analiza José Luis Maestro en la siguiente monografía, adolece de falta de un contorno claro en cuanto a su contenido, pero, en todo caso, implica la transmisión, de cedente a cesionario, de las obligaciones de aquél por los contratos de seguro que son objeto de cesión y, por lo general, la simultánea transferencia de determinados activos afectos a dichas obligaciones.

ASPECTOS JURÍDICO-CONTABLES DE LA CESIÓN DE CARTERA

Por José Luis Maestro Martínez ¹

RESUMEN

La cesión de cartera es una operación societaria propia y específica de las entidades aseguradoras, que presenta analogías con determinadas modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, pero que se diferencia de ellas en que en la cesión no tiene por qué haber transmisión de patrimonio, o de partes de él, de unas sociedades a otras, sino sólo transferencia de contratos de seguro; concepto éste que adolece de falta de un contorno claro en cuanto a su contenido, pero que, en todo caso, implica la transmisión, de cedente a cesionario, de las obligaciones de aquél por los contratos de seguro que son objeto de cesión y, por lo general, la simultánea transferencia de determinados activos afectos a dichas obligaciones.

La normativa aplicable a las cesiones de cartera se inspira en la reguladora de las fusiones entre empresas, dando lugar a paralelismos entre una y otra regulación que no siempre son adecuados a la problemática de la cesión. Además, el hecho de que se trate de una operación propia de las entidades aseguradoras determina que en el procedimiento a seguir tenga un papel decisivo la intervención de la autoridad supervisora, cuya aprobación es necesaria para que la cesión pueda llegar a producirse y juega, con ciertos matices, a modo de condición suspensiva de la eficacia del convenio de cesión; aprobación para cuya concesión intervienen consideraciones de índole financiera, como las relativas al margen de solvencia y al cálculo y cobertura de provisiones técnicas, que requieren de ciertas precisiones en cuanto a su alcance y contenido.

Por otra parte, el régimen contable aplicable a las cesiones de cartera debe tener en cuenta lo dispuesto en la normativa sobre las denominadas combinaciones de negocio, que viene a ser, con alguna adaptación terminológica, mera reproducción de lo dispuesto en el Plan General de Contabilidad. Pero, al ser la cesión de cartera una operación específica de la actividad aseguradora, surgen cuestiones que dificultan la aplicación de lo dispuesto en el Plan contable para operaciones societarias que son ajenas a esta figura; lo que da lugar a que puedan sugerirse otras alternativas para el registro de la operación.

1. José Luis Maestro, Inspector de Seguros del Estado (excedente) y Socio-Director de la consultora IDEAS, S.A.

SUMARIO

1. Concepto y finalidad de la cesión de cartera.
2. Naturaleza jurídica.
3. La cesión de cartera parcial.
4. Supuestos de cesión de cartera parcial.
5. El convenio de cesión: génesis, alcance y contenido.
6. El inventario de activos y pasivos.
7. Fecha de toma de efectos de la cesión.
8. Sentido de la expresión “adquisición del control”.
9. Fecha de efectos y fecha de ejecución.
10. Alcance limitado del control adquirido.
11. Implicaciones contables de la toma de control. El enfoque del Plan Contable.
12. Enfoque alternativo para el registro contable de la operación.
13. El precio de la cesión.
14. Efectos condicionados a la autorización administrativa.
15. Necesidad de cuentas auditadas.
16. Estados de cobertura y de margen de solvencia.
17. El trámite de información pública.
18. La ejecución del convenio de cesión.

1. Concepto y finalidad de la cesión de cartera

La cesión de cartera es la operación mediante la cual una entidad aseguradora cede a otra la totalidad o parte de los contratos de seguro. El hecho de que en la cesión intervengan dos partes, cedente y cesionario, hace que el origen de la misma sea un acuerdo de voluntades entre ambas partes, el cual constituye el convenio de cesión, conforme a la nomenclatura utilizada por la normativa reguladora de esta materia. En todo caso, de lo que se trata en las cesiones de cartera es de sustituir al asegurador cedente por el cesionario en relación con los contratos de seguro que son objeto de las mismas; sustitución cuyo contenido es necesario precisar, ante la indefinición que se encierra en la referencia legal a cesión de contratos de seguro; pues, en realidad, ¿qué significa y qué alcance tiene este concepto? Es lo que trataremos de analizar en los párrafos siguientes.

A esta figura se refiere el artículo 23 del Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (TRLOSSP), cuando dispone que las entidades aseguradoras españolas podrán ceder entre sí el conjunto de los contratos de seguro que integran la cartera de uno o más de los ramos en los que operen; supuesto éste que constituye la denominada cesión total de la cartera, que, a pesar de este calificativo, no se circunscribe a los contratos que integran la totalidad de los contratos de seguro celebrados por la entidad cedente, sino que puede limitarse a los que integran un solo ramo. Es decir, bajo la denominación de cesión total se comprende tanto la totalidad de las pólizas de una entidad como aquéllas que corresponden a un determinado ramo; si bien la Ley también reconoce la posibilidad de cesiones parciales de cartera, que se refieren a sólo una parte de los contratos de seguro que integran un determinado ramo. El desarrollo de esta posibilidad de cesión parcial y los requisitos que deben concurrir para su admisibilidad será objeto de tratamiento más adelante.

Una primera observación que ya cabe formular es que, a pesar de la similitud en su denominación, la cesión de cartera por parte de una entidad aseguradora nada, o muy poco, tiene que ver con la escisión de la misma; comentario éste que podría resultar ocioso, pero que quizá no venga mal traer a colación, porque en alguna ocasión se ha pretendido equiparar la cesión de cartera con una modalidad específica de escisión de la entidad aseguradora. La diferencia que hace a ambos conceptos incompatibles entre sí y elimina la posibilidad de equiparación entre ellos, es que la escisión de una entidad aseguradora consiste en la división de su patrimonio en dos o más partes, o en la segregación de una o varias partes del mismo, para su traspaso en bloque, por sucesión universal, a otra u otras sociedades, ya sean de nueva creación, ya se trate de sociedades preexistentes.

En cambio, en la cesión de cartera no hay segregación ni traspaso del patrimonio de la sociedad cedente; lo único que hay es traspaso de contratos de seguro, por el que, además, se puede cobrar un precio; o incluso pagar, cuando lo que se traspasa es una cartera respecto de la que resulte previsible inferir que va a causar un perjuicio económico al cesionario, si es que así se acuerda entre las partes. Por ello, a diferencia de lo que ocurre con la escisión, sólo con matices puede decirse que la cesión de cartera constituya una modificación estructural de la entidad aseguradora.

El meollo de la cuestión consiste, no obstante, en perfilar el concepto de qué se entiende por traspaso o cesión de contratos de seguro; cuál es el exacto significado y alcance de esta expresión, y qué consecuencias tiene para cedente y para cesionario.

Mas antes se hace preciso indicar que el negocio jurídico en cuya virtud se lleva a cabo la cesión, y que da lugar al correspondiente convenio en el que se plasma el acuerdo de voluntades de las partes, no participa de una clara naturaleza jurídica; razón por la cual dicha naturaleza ha sido

bastante discutida en la doctrina. La cesión tiene como presupuesto la relación jurídica entre asegurador y tomador, en cuya virtud, una vez que éste ha pagado su prima, se convierte en acreedor de aquél: bien porque ya se haya producido el siniestro, bien porque éste aún pueda producirse durante el periodo de cobertura de la póliza.

En el primer caso, esto es, cuando ya se ha producido el siniestro, el asegurador se halla obligado a realizar una prestación, generalmente de dar, en beneficio del asegurado; aunque también puede suceder que la obligación del asegurador tras el acaecimiento del siniestro consista en una prestación de hacer, como es el caso cuando el contrato lo permite y el asegurado lo consiente, de la sustitución de la indemnización por la reparación o reposición del objeto asegurado, contemplada como posibilidad en la Ley de Contrato de Seguro; o el de los contratos de seguro en los que la prestación del asegurador se traduce en la prestación de un servicio, cual ocurre en los seguros de asistencia, en sus diversas modalidades. Y, en el caso de que el siniestro aún no se haya producido, pero aún pueda producirse en lo que quede del periodo de cobertura, el asegurador se halla obligado a una prestación de hacer, consistente en lo que, genéricamente y en abstracto, puede denominarse “de cobertura del riesgo”; la cual consiste en el mantenimiento de unos recursos financieros y de una estructura administrativa que permitan garantizar que, si se produce el siniestro, el asegurador va a poder hacer frente a las consecuencias del mismo: tanto a la tramitación del correspondiente expediente de siniestro como al cumplimiento de la obligación de indemnizar en los términos antes examinados, una vez que la tramitación haya llegado a su fin. En ambos casos, el asegurado ostenta frente al asegurador la condición de acreedor en la relación surgida del contrato de seguro.

Pero, siendo esto así, es decir, si el asegurado se convierte en acreedor del asegurador tras el pago de la prima, la cesión de cartera supone que un nuevo asegurador, el cesionario, sustituye al primitivo en la posición jurídica de deudor; lo que no deja de ser un caso de novación modificativa del contrato original por cambio de deudor. Pero ello, según el artículo 1.205 del Código civil, requeriría necesariamente del consentimiento del acreedor; lo que, por otra parte, resulta de toda lógica, porque así como la novación subjetiva por cambio de acreedor, que da lugar a los supuestos de subrogación previstos en el Código civil, no requiere, en general, el consentimiento del deudor (la Ley sólo pide que se ponga en su conocimiento, aunque sólo sea para que éste sepa a quién tiene ahora que pagar), en la novación por cambio de deudor la necesidad de aquiescencia del acreedor tiene su fundamento en que a éste no le es indiferente la calidad del nuevo deudor. Así, si éste es insolvente, es más que razonable conceder al acreedor la oportunidad de oponerse a una transferencia que perjudica la calidad del crédito que ostentaba contra el deudor original. Ahora bien, una vez que el acreedor ha dado su conformidad a dicha transferencia, es igualmente lógico que la insolvencia del nuevo deudor no haga revivir la acción que aquél tuviera contra el deudor primitivo, como también dice el Código.

Esto sucede en el caso de que haya un solo acreedor y un solo deudor; pero, en el caso de la cesión de cartera lo que se produce es una transferencia global de todos los contratos de seguro integrantes de la misma de un asegurador (cedente) a otro (cesionario); y esa transferencia implica que quienes ocupan la posición de asegurados en los contratos transferidos, que eran acreedores del cedente, pasan a serlo ahora del cesionario, para lo que, de aplicarse el régimen general para la novación por cambio de deudor que establece el Código civil, sería preciso el consentimiento de todos y cada uno de los asegurados. Es claro que, en la práctica, esto resulta poco menos que imposible. Por eso la Ley atiende a los intereses en juego, que se orientan, sobre todo, a la conservación de la cartera como conjunto homogéneo de riesgos susceptibles de un tratamiento similar desde el punto de vista técnico, que es la base de la operación de seguro; y, a estos efectos, arbitra un procedimiento para permitir la transferencia global de los contratos, por el que se obvia la necesidad de consentimiento del acreedor, y se sustituye por la aprobación administrativa, teniendo en cuenta que la función del órgano de control del que dicha aprobación

emana (aunque sea por vía indirecta, como luego se verá, ya que la autorización para la cesión no la otorga la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, sino su superior jerárquico) es, principalmente, la tutela de los intereses de los asegurados. Parece lógico que así sea, no sólo por evitar el inconveniente casi insalvable de tener que recabar el consentimiento individual de todos y cada uno de los asegurados, sino porque, siendo la razón principal de dicha exigencia de consentimiento la de otorgar al acreedor un mecanismo de defensa ante una disminución de la calidad del deudor, tratándose de entidades aseguradoras el órgano de control de la actividad se halla en mucho mejores condiciones que los asegurados para apreciar el grado de solvencia y, por tanto, la capacidad del nuevo asegurador para cumplir las obligaciones que le corresponden por razón de los contratos que son objeto de cesión.

Así pues, la cesión de cartera podría definirse como la transmisión, por ministerio de la ley, y en virtud de un acuerdo de voluntades (convenio de cesión) entre un asegurador, denominado cedente, a otro asegurador, denominado cesionario, de las obligaciones ² que correspondían al cedente frente a los asegurados, beneficiarios o terceros perjudicados por razón de los contratos de seguro suscritos por el primero.

La cesión de cartera se halla regulada en el artículo 23 del Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, conforme a la cual las entidades aseguradoras (españolas) podrán ceder entre sí el conjunto de los contratos de seguro que integren la cartera de uno o más ramos en los que operen. Dispone el mencionado precepto legal que la cesión de cartera no será causa de resolución de los contratos de seguro cedidos, siempre que la entidad aseguradora cesionaria quede subrogada en todos los derechos y obligaciones que incumbían a la cedente en cada uno de los contratos, salvo que se trate de mutuas y cooperativas a prima variable o de mutualidades de previsión social. Es decir, salvo en el caso de que la cesión sea entre entidades de las citadas en último lugar, la cesión no autoriza a la resolución de los contratos de seguro, pero sí implica su novación por cambio de deudor, con tal de que se produzca la subrogación del cesionario en la posición jurídica del cedente; mención ésta que deberá constar de manera expresa en el convenio de cesión, puesto que, de otro modo, dicha subrogación no podrá presumirse, toda vez que los supuestos de presunción de la existencia de subrogación se hallan tasados por la ley (artículo 1210 del código civil); y, además, dichos supuestos se refieren sólo a la subrogación por cambio de acreedor. Pero, precisamente, esa subrogación del cesionario en los derechos y obligaciones del cedente es un elemento del contrato en que consiste el convenio de cesión, que, si bien no puede calificarse de esencial, en el sentido de que sin la concurrencia del mismo el contrato sería nulo, sí es un elemento de importancia muy relevante para la conclusión del negocio jurídico en que la cesión consiste, pues de lo contrario ésta podría verse privada de verdadero contenido económico. De ahí que en los convenios de cesión sea frecuente estipular la subrogación del cesionario en los derechos ³ y obligaciones del cedente.

Pero tal subrogación suele pactarse, no sólo en los derechos y obligaciones derivados del contrato de seguro, sino en otros relacionados con la cartera cedida; para lo cual, no sólo se conviene en que el cesionario asuma la titularidad de los activos vinculados a las obligaciones derivadas de los contratos que se ceden, sino que se obliga a facilitar la transición ordenada de las relaciones contractuales relacionadas con la cartera cedida. Esto es importante, porque la mera declaración

2. La cesión, únicamente, de las obligaciones derivadas del contrato de seguro sería el supuesto más extremo, por su simplicidad, de lo que, normalmente, es un negocio complejo, como se desarrolla más adelante.

3. Así como la subrogación en las obligaciones es consecuencia necesaria de la cesión, la subrogación en los derechos derivados del contrato de seguro debe establecerse con claridad en el convenio de cesión (artículo 1209 del Código civil).

de voluntad de subrogación en la persona del cesionario no es suficiente para que éste llegue a sustituir al cedente en los contratos celebrados con terceros; algunos de ellos tan significativos con vistas a la continuación del negocio cedido como los mediadores de seguros o los reaseguradores, con quienes el cesionario deberá celebrar nuevos contratos tendentes, por regla general, a la novación, por cambio de uno de sus elementos personales de los contratos que hubiese celebrado el cedente. Sólo por lo que se refiere a las relaciones laborales con el personal vinculado a la cesión se produce la subrogación automática del cesionario en los derechos y obligaciones del cedente, en virtud de la remisión que el artículo 23 del TRLOSSP efectúa al artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y, por tanto, a la regulación contenida en éste para el supuesto de sucesión de empresa.

El mencionado artículo 23 del TRLOSSP dispone, asimismo, que la cesión deberá ser autorizada por el Ministerio de Economía y Hacienda, pues, como ya hemos indicado, el requisito de la autorización administrativa obra a modo de acto sustitutorio del consentimiento individual que deberían prestar todos y cada uno de los tomadores de seguros para que pudiera producirse la novación consistente en sustituirse un nuevo deudor (cesionario) en lugar del primitivo (cedente). En garantía de los derechos de los asegurados, dispone, asimismo, el artículo 23 TRLOSSP que después de la cesión el cesionario deberá tener provisiones técnicas suficientes y habrá de superar el margen de solvencia legalmente exigible, así como que las relaciones laborales existentes en el momento de la cesión se rijan por lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores. En todo caso, sobre los efectos de la autorización administrativa volveremos a hablar más adelante.

2. Naturaleza jurídica

Lo antes indicado en relación con la novación modificativa por cambio deudor sólo explica una parte de la problemática jurídica de la operación, pues con ello hemos hecho referencia, exclusivamente, al dato de que el consentimiento del acreedor (el tomador o, en su caso, el asegurado) para la transmisión de las obligaciones que corresponden al deudor (cedente) queda sustituido, merced al procedimiento establecido legalmente para la cesión, por la autorización administrativa, simplificando así un trámite cuyo cumplimiento sería imposible para una gran masa de contratos. Pero, por lo general, la cesión de cartera no sólo entraña la transmisión de obligaciones, sino también la de activos relacionados con el cumplimiento de las mismas. Normalmente, como luego se verá, la cesión de cartera se refiere a la transmisión al cesionario de las obligaciones por razón de contrato de seguro que correspondían al cedente, cuya expresión contable son las provisiones técnicas; y el traspaso de esas provisiones técnicas suele venir acompañado por el de activos que cubren, total o parcialmente, dichas provisiones.

El supuesto de cesión de cartera mediante la simple transmisión de obligaciones, sin el correlativo traspaso de activos que contribuyan a la cobertura de las provisiones que representan el valor económico de esas obligaciones es un supuesto excepcional, que, aunque posible, raramente se da en la práctica. Si éste fuera el caso, sí que sería válido todo lo dicho anteriormente y, en consecuencia, no se trataría sino de la simple novación subjetiva, por sustitución de un nuevo deudor en lugar del primitivo ⁴, para la cual, en lugar de exigirse los requisitos que impone la normativa general en materia de obligaciones y contratos, se aplicaría lo dispuesto por la legislación específica de control de la actividad aseguradora. Pero, como decimos, éste es un supuesto casi de laboratorio, ya que lo normal es que en la cesión de cartera se transmitan activos y pasivos: éstos son las provisiones técnicas, y los activos, los bienes y derechos que contribuyen a la cobertura de aquéllas. Es más, lo normal es que en el convenio de cesión se pacte que los activos a ceder cubran totalmente el valor de las provisiones correspondientes a la cartera cedida, aunque, como también señalaremos más adelante, la completa cobertura de las provisiones cedidas no es un requisito necesario para la cesión.

El hecho de que la cesión de cartera suponga la transmisión de activos y pasivos hace que la operación implique la realización de un negocio complejo, asimilable al supuesto más general de transmisión inter vivos de una empresa. Pero, como advierte la doctrina mercantil sobre la materia, una de las características de la transmisión de una empresa comercial es que ésta no se transmite como universalidad, es decir, como un objeto único, sometido a reglas unitarias, sino como un conjunto heterogéneo de cosas, derechos, obligaciones y relaciones de puro hecho, cuya respectiva transferencia se halla sometida a sus respectivas reglas singulares. Así pues, en la transmisión de un negocio se produce la transferencia de los singulares elementos conexos al mismo, para lo cual habrán de observarse las formas que la ley establece para cada uno de ellos.

En el caso particular de la cesión de cartera, entre los elementos integrantes de la misma se hallan, en virtud de lo acordado en el convenio de cesión, no sólo obligaciones para con los tomadores, asegurados o perjudicados, sino que pueden verse también comprendidos derechos de crédito, bienes inmuebles, derechos de arrendamiento, etc., en relación con cada uno de los cuales sería necesaria la observancia de la forma legalmente establecida para sus respectivas transmisiones, así como la subrogación del cesionario en los contratos laborales suscritos por el

4. A primera vista, la sola transferencia de obligaciones, sin la de activos relacionados con las mismas, podría entenderse como constitutiva de una liberalidad por parte del cesionario; pero, como luego se comentará al tratar del precio de la cesión, ésta puede obedecer a intereses económicos del cedente o del cesionario, distintos de los que pudieran corresponder al simple recibo o pago de un precio.

cedente, en relación con los trabajadores a que afecte el convenio de cesión. De este modo, la cesión constituye un negocio único, que, teniendo como precedente el acuerdo de voluntades en que consiste en el convenio de cesión, y como requisito necesario para su eficacia la preceptiva autorización administrativa, produce efectos traslativos de derechos y obligaciones incluso frente a terceros que no han prestado su consentimiento, y a los que sólo se ha dado la oportunidad de tener conocimiento de la misma mediante el trámite de información pública previsto en la normativa reguladora de la actividad aseguradora. Asimismo, la asimilación de la cesión de cartera a la transmisión inter vivos de una empresa permite aplicar a la primera principios propios de esta última, tales como la obligación del transmitente de no realizar actos que puedan perjudicar la conservación de la clientela, o de evitar la competencia con el beneficiario de la transmisión en relación con el negocio cedido; razón por la cual en los convenios de cesión son también frecuentes los pactos en ese sentido.

Así pues, la cesión de cartera se configura como un negocio complejo, que participa de las notas propias de la novación subjetiva, por lo que se refiere a la sustitución de la persona del deudor, y de las características de las transmisiones inter vivos, por lo que a los activos vinculados a la operación se refiere; y, además, de las transmisiones a título oneroso, no sólo porque suele estipularse un precio para la cesión, sino porque en estas operaciones concurre una nota distintiva de los contratos bilaterales a título oneroso, que es la de que, dando lugar al nacimiento de obligaciones para ambas partes, la prestación a cargo de cada una de ellas es, o, al menos, es considerada por la misma, como equivalente de la prestación que incumbe a la otra parte en el contrato. En todo caso, el hecho de que la cesión de cartera suponga la transmisión de activos a cambio de un precio hace que le resulte aplicable, en términos generales, el régimen jurídico de la compraventa, que es el prototipo de los contratos traslativos de la propiedad a título oneroso.

En efecto, y por lo que a los activos relacionados con la cesión se refiere, hay un acuerdo de voluntades por el que uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa o cosas determinadas y el otro a pagar un precio. La determinación de la cosa o cosas a entregar se lleva a cabo mediante el convenio de cesión, al cual debe acompañar un inventario de los activos a ceder. Y, aunque, como luego veremos, entre la fecha del convenio de cesión y la ejecución del mismo transcurre un periodo, a veces bastante largo, durante el cual el inventario es objeto de modificaciones, de modo que lo que finalmente se entregará al cesionario diferirá del inventario inicialmente elaborado, ello no obsta para que pueda hablarse de objeto determinado, ya que, como establece el Código civil, la indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes. En definitiva, aunque el Código civil requiera que la compraventa tenga por objeto una cosa determinada, la determinación está referida al momento de la entrega de la misma, no al de la perfección de contrato; de modo que el requisito en cuestión es necesario para la consumación del contrato, pero no para la validez del mismo.

El inventario de bienes y derechos a ceder se refiere a una pluralidad de activos que son objeto de transmisión en bloque, y que suelen consistir tanto en valores negociables como en bienes inmuebles de los que es titular el cedente; pero, junto a ellos, aparece, en virtud del propio procedimiento de cesión, como también se verá luego, otra categoría de activos constituidos por los derechos de crédito contra los tomadores de seguro por razón de los recibos de prima pendientes de cobro derivados de la continuidad en la emisión de pólizas por parte del cedente, que acabarán por integrarse en la cartera cedida cuando la cesión adquiera plena eficacia, pero cuya titularidad, de momento, continúa correspondiendo al cedente. Por lo que a estos derechos se refiere, y como parte del negocio complejo en que la cesión consiste, nos encontramos ante un supuesto de cesión de créditos, que, en razón de que se trata de una pluralidad de ellos, nos sitúa en el entorno de la venta alzada o en globo a que se refiere el artículo 1532 del Código civil; en todo caso, siempre del ámbito de la compraventa.

3. La cesión de cartera parcial

Aunque, en principio, el tenor del texto legal se refiere a la cesión del conjunto de los contratos de seguro que integren la cartera de uno o más ramos de una entidad aseguradora, luego se precisa que también serán admisibles cesiones parciales en los supuestos que se determinen reglamentariamente, con la salvedad de que en tal caso los tomadores podrán resolver los contratos de seguro. Es decir, aunque, sustancialmente, no haya diferencia entre la cesión total de cartera y la cesión parcial, pueden establecerse entre ambas dos elementos diferenciales: uno, en cuanto al ámbito objetivo, y otra en cuanto a las consecuencias de la cesión en la relación contractual entre asegurador y tomador.

En cuanto al ámbito objetivo, en la cesión total éste se refiere a la totalidad de los contratos que integran un ramo determinado; pero puede también extenderse a la totalidad de los contratos que integran la cartera de la entidad, que es el supuesto a que se refiere el TRLOSSP bajo la denominación de cesión general de la cartera de contratos de seguro, cuando afecte a todos los ramos en que opera la entidad, y que se configura como causa de disolución, específica de las entidades aseguradoras, en el artículo 27 del mencionada texto legal. En ambos casos podría hablarse de cesión total, siendo la denominada cesión general de todos los ramos un caso particular de la misma.

Junto a ella, se encuentra el supuesto de cesión parcial, que se configura como excepción al caso general y que se limita a sólo una parte de los contratos integrantes de un determinado ramo. La cesión parcial se diferencia de la cesión total, no sólo por su ámbito objetivo (más reducido, por definición), sino también por las consecuencias de la misma en lo que afecta a las relaciones entre tomadores y entidad aseguradora y, más particularmente, al mantenimiento de la relación aseguradora nacida de los contratos suscritos entre ésta y aquéllos.

Así, en el caso de la cesión total, ya vimos cómo ésta no es oponible por los tomadores, o más, exactamente, la oposición de los tomadores a la cesión no es óbice para el mantenimiento de la relación aseguradora surgida del contrato; aunque, como luego veremos, dicha oposición, caso de que se formule, no es totalmente inocua, por cuanto puede influir en la decisión que adopte el órgano administrativo a quien compete la aprobación de la operación; aprobación que, como también vimos, sustituye de hecho a la necesidad de consentimiento del acreedor (en este caso del tomador) para que pueda producirse la novación contractual por cambio en la persona del deudor, cuando éste consiste en la sustitución del deudor primitivo por uno nuevo.

Sin embargo, en el caso de las cesiones parciales, la oposición del tomador, en su condición de acreedor en la relación contractual, opera de modo, hasta cierto punto, similar a como lo hace en el marco de la novación por cambio de deudor, en el sentido de que la oposición del tomador a la cesión determina la resolución del contrato de seguro suscrito con el mismo. Sin embargo, la similitud entre ambos supuestos no es total, porque en el caso de la novación por cambio de deudor lo que se requiere es que haya consentimiento del acreedor, y si éste no se produce la novación no se lleva a cabo y el contrato queda como estaba. Sin embargo, en el caso de la cesión parcial de cartera, aunque también se requiere, implícitamente, el consentimiento del acreedor (tomador), la oposición de éste, que, lógicamente, equivale a la falta de consentimiento, no trae como única e inevitable consecuencia la frustración de la operación de cesión, sino que se traduce en que el tomador puede pedir la resolución de contrato, en cuyo caso tendrá derecho a la devolución de la parte de prima no consumida, siguiéndose en esto lo establecido en el régimen general de resolución de los contratos, conforme al cual los contratantes deberán devolverse las cosas percibidas o el precio de las mismas.

Ahora bien, la resolución del contrato es un derecho que la Ley concede al tomador, al cual puede renunciar; de modo que es posible que el tomador se oponga a la cesión, pero que no vaya más allá en sus actuaciones, en cuyo caso el contrato seguirá en vigor. De manera que, cuando los tomadores manifiesten su oposición a la cesión, en unos casos los contratos habrán quedado resueltos a petición de aquéllos y, en otros, habiendo faltado ésta, los contratos en cuestión continuarán en vigor, aun cuando la oposición manifestada se tendrá en cuenta por el órgano de control en la tramitación del expediente, a efectos de conceder o no la autorización para la cesión.

Así pues, aunque la cesión parcial de cartera pueda ser causa de resolución de los contratos de seguro, ésta, como se acaba de indicar, deberá ser instada por el tomador; de modo que la resolución de los contratos no se produce por el mero hecho de la cesión, sino que precisa de que el tomador del contrato tome la iniciativa en tal sentido, solicitándose así al asegurador, quien, en tal caso, se hallará obligado a resolver el contrato. Aunque, al menos formalmente, no es este el único supuesto de resolución del contrato en caso de cesión, pues, según el artículo 23 del TR-LOSSP, ésta también procederá en el caso de cesión total, a menos que la entidad cesionaria se subrogue en todos los derechos y obligaciones de la entidad cedente. Ocurre, sin embargo, que la cesión de cartera sin subrogación del cesionario en los derechos y obligaciones del cedente en relación con los contratos de seguro que son objeto de la misma parece incompatible con la finalidad objetiva del negocio en que la cesión consiste, por lo que el supuesto a que la Ley hace referencia parece una posibilidad más teórica que real.

4. Supuestos de cesión de cartera parcial.

El Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (ROSSP) dedica a esta figura el artículo 70.5, conforme al cual serán admisibles las cesiones parciales de cartera de un ramo en los siguientes casos:

- a) Cuando comprenda la totalidad de las pólizas de una parte de los riesgos incluidos en un ramo.
- b) Cuando comprenda la totalidad de las pólizas que, perteneciendo a un ramo, correspondan a una determinada zona geográfica.
- c) Cuando comprenda la totalidad de las pólizas que, dentro de un ramo, puedan agruparse atendiendo a un criterio objetivo, que habrá de determinarse claramente en el convenio de cesión.

En relación con cada uno de esos supuestos cabe formular los respectivos comentarios, con el fin de tratar de clarificar su alcance y contenido.

Por lo que se refiere a los supuestos comprendidos en el supuesto a) anterior, su enunciado dista de ser preciso, ya que es difícil entender qué quiere decir “totalidad de las pólizas de una parte” de los riesgos. La totalidad de una parte sugiere que todas las pólizas de esa parte han de ser objeto de la cesión; pero con ello nada se resuelve si no se especifican los criterios para definir cómo se forma esa parte. Hay que entender que lo indicado en ese apartado se limita a reflejar el hecho de que se trata de una cesión parcial, puesto que se refiere a una parte de las pólizas del ramo, ya que si se tratara de todas las pólizas del ramo ya no cabría hablar de cesión parcial. Por tanto, el citado apartado a) constituye el presupuesto necesario de lo prevenido en cualquiera de los dos apartados siguientes, en cada uno de los cuales se formula un criterio para la definición de la parte de pólizas de un ramo cuya totalidad constituye el objeto de la cesión parcial.

El apartado b) permite que el objeto de la cesión lo constituya la totalidad de las pólizas que, perteneciendo a un ramo, correspondan a una determinada zona geográfica. Aquí sí se da un criterio relativamente claro para la definición de la parte de pólizas de un ramo que deben ser objeto de cesión en su totalidad: deberán ser objeto de cesión la totalidad de las pólizas de la parte de riesgos incluidos en un ramo que correspondan a una zona geográfica; es decir, la parte de riesgos en cuestión viene definida por su correspondencia con una zona geográfica determinada, y las pólizas agrupadas según dicho criterio habrá de ser objeto de cesión en su totalidad. La zona geográfica vendrá, normalmente, definida por una o varias ciudades, provincias o comunidades autónomas, si bien es preciso disponer de un criterio claro para el establecimiento de la correspondencia que exige el Reglamento entre dichas zonas geográficas y las pólizas que se ceden. Como el Reglamento, a pesar de esa exigencia de correspondencia entre pólizas y zonas geográficas, no proporciona un criterio para definir cuándo dicha correspondencia se produce, la cuestión queda un tanto en el aire. Un posible criterio para definir esa correspondencia entre pólizas y zona geográfica podría ser el de emisión de la póliza, pero cuando la entidad tiene su emisión centralizada ese criterio de agrupación de las pólizas no parece responder al espíritu de la cesión parcial, ya que todas las pólizas se habrían emitido en las oficinas centrales. Más adecuado parece el lugar de situación del riesgo, o de localización del compromiso, tomando como referencia para la definición de cuáles sean éstos lo dispuesto sobre la materia en el artículo 1 del TRLOSSP.

El apartado c) se refiere a la totalidad de las pólizas que, dentro de un ramo, puedan agruparse atendiendo a un criterio objetivo, que habrá de quedar claramente determinado en el convenio de cesión. Aclara el texto reglamentario que en ningún caso se considerará un criterio objetivo la

cesión de pólizas de seguros de las reguladas en el Real Decreto 1588/1999, de 15 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas con los trabajadores y beneficiarios, correspondientes a una empresa o grupos de empresas ; pero, fuera de esos supuestos, la parte de riesgos incluidos en un ramo cuya totalidad, según el apartado a) anterior, debe constituir el objeto material de la cesión parcial, puede venir definida por cualquier criterio objetivo, entendiéndose por tal aquél que pueda ser establecido en función de alguna característica común a las pólizas que se ceden, y que no dependa, por tanto, de la simple voluntad de las partes.

Así, un criterio objetivo relativamente común en las cesiones parciales de cartera será el de la pertenencia de las pólizas cedidas a una modalidad determinada, entendiéndose por modalidad (aunque no sea ésta la única posibilidad de definirla) el conjunto de pólizas de un ramo que viene amparado por una misma base técnica ⁵. Por ejemplo, una modalidad podría ser la de multirriesgo del hogar, aunque el producto a que la modalidad se refiere incluya coberturas que corresponden a diversos ramos. En algunos casos, se ha considerado también como criterio objetivo de agrupación, con vistas a una cesión parcial de cartera, el conjunto de pólizas que han sido intermediadas por un mismo mediador.

Como antes se ha indicado, en los supuestos de cesión parcial de cartera los tomadores podrán resolver sus contratos de seguro, pero, en tal caso, la entidad cedente deberá comunicarles individualmente tal derecho; de modo que, en atención a los derechos de los tomadores de seguro, y aunque la Ley no haga referencia a este deber, el Reglamento ha entendido necesario establecerlo a fin de garantizar la posibilidad de ejercicio de su derecho por parte de aquéllos. Si el contrato se resuelve por iniciativa del tomador, el efecto de la resolución es el propio de tal situación conforme al régimen general de las obligaciones recíprocas, consistente en la devolución de prestaciones entre las partes. En este caso, y por lo que al tomador respecta, la obligación del asegurador consiste en la devolución de la parte de prima no consumida, que correspondería a la correspondiente provisión portadora del mismo nombre. En principio, esto no debería revestir especial dificultad, habida cuenta de que la provisión de primas no consumidas se calcula póliza a póliza, por lo que, aunque el cálculo de la provisión se realice con periodicidad mensual o trimestral, la entidad debería estar en condiciones de efectuar dicho cálculo en la fecha en que el tomador manifieste su voluntad de resolver el contrato.

Por su parte, el asegurador, que habrá cubierto el riesgo hasta el momento de la resolución, quedará liberado de su obligación a partir de dicho momento, habiendo recibido como contraprestación por el periodo de seguro durante el cual ha cubierto el riesgo la diferencia entre la prima devengada y la parte de prima no consumida, que restituye al tomador. A este respecto, hay que indicar que la devolución de la parte de prima no consumida constituye una notable excepción al principio de indivisibilidad de la prima consagrado en el artículo 76.6 del ROSSP.

5. El ROSSP no define qué deba entenderse por modalidad, sino el que denomina producto comercial, entendiéndose por tal la garantía concreta o el conjunto agrupado de garantías conectadas entre sí, que puedan referirse a los riesgos derivados de una misma clase de objeto asegurado (art. 31.2).

5. El convenio de cesión: génesis, alcance y contenido.

La cesión de cartera se halla sometida al cumplimiento de un procedimiento administrativo, que culmina con la autorización del Ministro de Economía y Hacienda, tal como dispone el artículo 23 del TRLOSSP y el 70 del ROSSP. El precepto reglamentario citado en último lugar exige que, para la autorización por parte del Ministro, se aporte determinada documentación, entre la que se encuentra, en primer lugar, la certificación de los acuerdos adoptados por los órganos sociales competentes de las entidades, aprobando el convenio de cesión y, en su caso, la disolución de la cedente o cedentes, o la modificación del objeto social.

Como antes se ha indicado, la cesión de cartera tiene su base en un negocio jurídico, que es el convenio de cesión, por el cual se manifiesta la voluntad de las entidades interesadas de llevar a cabo la operación. Por lo general, en las operaciones que implican modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, se requiere el acuerdo de la junta general y, en particular, en el caso de la fusión es el acuerdo de dicho órgano social el vehículo obligado para la declaración de la voluntad social que contribuye a la formación del consentimiento como elemento esencial del contrato en cuya virtud la fusión se lleva a cabo. Algo similar sucede en relación con la cesión de cartera, en la que el convenio de cesión nace como consecuencia del consentimiento prestado por cedente y cesionario. Normalmente, el convenio será un acuerdo, fruto de tratos previos celebrados entre uno y otro, en el que aparezcan regulados todos los aspectos relacionados con la cesión. Pero ese acuerdo no tiene, en sí mismo, valor de declaración de voluntad social: ésta se produce como consecuencia de su aprobación por el órgano social competente.

Ahora bien, a diferencia de lo que sucede en la fusión, no está claro que ese órgano competente para aprobar el convenio sea la junta general, tanto de la entidad cesionaria como de la entidad cedente. De hecho, el ROSSP se refiere a que debe aportarse certificación del acuerdo adoptado por el órgano social competente, pero sin indicar cuál deba ser éste. La referencia a órgano social excluye que la aprobación del convenio pueda considerarse como un simple acto de administración ordinaria, de los que caen dentro del ámbito de competencia de la dirección de la entidad, y parece que con ella se hace mención a que la competencia para esa aprobación queda reservada al consejo de administración o a la junta general, que sí son órganos sociales. Pero sin que ello suponga que la aprobación del convenio de cesión se halle reservada en exclusiva a la junta general⁶. En este sentido, cabe decir que una consecuencia de la cesión total de cartera referida a un ramo es la revocación de la autorización de la autorización administrativa a la entidad cedente para operar en dicho ramo. Ahora bien, si para conseguir la autorización para extender la actividad de una entidad aseguradora a un determinado ramo no es necesario el acuerdo de la junta general, parece lógico concluir que tampoco lo será para una operación que supone la revocación de dicha autorización, que es el efecto de la cesión general de cartera correspondiente a un ramo.

No obstante, aun cuando falta en el ROSSP una referencia de carácter general a que la aprobación del convenio de cesión deba tratarse de una competencia reservada en exclusiva a la junta general, y de que la referencia a los órganos sociales competentes pudiera entenderse que abarca también al consejo de administración, en el artículo 16 se hace una explícita mención a que, para las mutuas de seguros, resulta preceptivo el acuerdo de la asamblea general para aprobar la cesión de cartera, entre otras operaciones societarias; de donde parece apropiado concluir que, aunque no se diga expresamente, otro tanto será necesario en el caso de las sociedades anóni-

6. Otra cosa sería si, como sucede en algunas entidades aseguradoras, sus estatutos previeran los ramos en que actúan, pues en tal caso se trataría de una modificación estatutaria, que sí es competencia indudable de la junta general.

mas. De hecho, en los expedientes tramitados ante la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones se viene exigiendo ese acuerdo, aunque hubiera sido deseable que, en lugar de la referencia genérica a los órganos sociales competentes, el artículo 70 del ROSSP hubiera hecho explícita mención a la junta general.

Por otra parte, la referencia que se hace en este apartado a que los acuerdos de los órganos sociales competentes deben incluir, en su caso, la disolución de la cedente o la modificación de su objeto social, trae su causa de que, en el caso de cesión general de cartera correspondiente a todos los ramos de seguro, ésta implica la revocación de la autorización administrativa y, cuando ésta afecte a todos los ramos, ello será causa de disolución, a tenor de lo dispuesto en el artículo 27.1 del TRLOSSP. Ahora bien, la revocación de la autorización administrativa no será causa de disolución cuando la entidad cedente manifieste su voluntad de modificar su objeto social para desarrollar una actividad distinta de la aseguradora.

Dispone el apartado b) del número 1 del artículo 70 del ROSSP que un elemento integrante de la documentación que hay que presentar a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones para la tramitación del expediente administrativo de autorización de la operación es el convenio de cesión, que deberá estar suscrito por los representantes de las entidades interesadas.

En la normativa reguladora de la cesión de cartera se ha seguido un esquema similar al establecido para las fusiones de las sociedades anónimas, bien que tratando de adaptarlo a las particularidades de la operación. No obstante, en esa adaptación se han producido algunas simplificaciones que no sólo hacen imperfecto el establecimiento de paralelismos entre la regulación de ambos procesos, sino que plantean dificultades de orden práctico, que es preciso resolver por vía interpretativa.

En el caso de las fusiones, dispone la Ley 3/2009 ⁷, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, que los administradores de cada una de las sociedades que participen en la fusión habrán de redactar y suscribir un proyecto común de fusión. En el mismo sentido se expresaba el derogado artículo 234 de la Ley de Sociedades Anónimas. Pues bien, a ese proyecto común de fusión se equipara el convenio de cesión, que también deberá ser suscrito por los representantes de las entidades interesadas.

Evidentemente, el convenio de cesión es un elemento de decisiva importancia, no sólo para las entidades interesadas en la misma, ya que es en él en donde se plasman los acuerdos adoptados para llevarla a cabo, sino también para que el órgano de control, que es quien tiene que analizar y tramitar el expediente administrativo que se inicia con la solicitud de autorización por las entidades interesadas, conozca el alcance y los términos del acuerdo alcanzado entre cedente y cesionario. La firma del convenio por parte de los representantes de las entidades interesadas es un requisito formal, que pone de manifiesto el hecho antes mencionado de que el acuerdo de las juntas generales aprobando el convenio tiene como necesario precedente una serie de negociaciones entre cedente y cesionario, que, lógicamente, habrán sido llevadas a cabo por sus representantes legales. A diferencia de lo que se hace en la regulación de las fusiones entre sociedades, conforme a la cual, una vez suscrito el proyecto común de fusión, los administradores de las sociedades que se fusionen se abstendrán de realizar cualquier clase de acto o de concluir cualquier contrato que pudiera comprometer la aprobación del proyecto, la normativa aseguradora no contiene ninguna previsión al respecto, aun cuando dicho deber de abstención parezca exigible en aras de la buena fe contractual. Tampoco se prevé en dicha normativa, a diferencia de lo prevenido en el régimen jurídico de las fusiones, que el convenio de cesión quede sin efecto si no hubiera sido aprobado

7. En esta materia, la ley aplicable es la ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, que deroga, entre otros, los artículos 223 a 259 de la LSA.

por las juntas de socios de las sociedades que participan en la misma dentro de los seis meses siguientes a su fecha.

Ante la ausencia de esas referencias normativas a aspectos como los indicados, que contribuyen a dar seguridad al proceso, lo más normal es que las partes suplan esa omisión incorporando al convenio cláusulas del estilo de las disposiciones legales citadas. Pero, en todo caso, tanto por lo que se refiere al proyecto de fusión como al convenio de cesión parece razonable afirmar que el requisito de que haya de ser suscrito por las personas indicadas no debe hacer olvidar que lo decisivo es que ese acuerdo haya sido ratificado por la junta general. Cabe decir que el convenio que se somete a aprobación de las juntas generales de cedente y cesionario juega un papel análogo al del proyecto común de fusión, y es un precedente necesario para la emisión de las correspondientes declaraciones de voluntad por parte de los respectivos órganos sociales, y que la firma de los representantes de las entidades en cuestión no es sino un medio de acreditar ante las respectivas juntas generales que existe un compromiso previo que no precisa sino del consentimiento del órgano soberano de la entidad para convertirse en definitivo. Pero ese compromiso previo tiene ya efectos vinculantes, pues, en definitiva, se trata de una manifestación del consentimiento prestado por los representantes legales de las entidades interesadas, que, como tal, da lugar a la perfección de un contrato que, desde entonces, obliga a quienes lo han suscrito. De modo que si se incumpliesen los términos acordados por cualquiera de las partes, la otra podrá pedir su cumplimiento o reclamar la correspondiente indemnización por daños y perjuicios. En este sentido, puede decirse que el acuerdo previo al convenio de cesión no produce el efecto de que ésta se lleve a cabo, pero sí obliga a dar los pasos necesarios para que esto suceda, entre los cuales se encuentra el sometimiento de dicho convenio a la aprobación de las respectivas juntas generales.

El artículo 70.1.a) del ROSSP recoge las menciones que, como mínimo, ha de incluir el convenio de cesión, sin perjuicio de que puedan (lo que es usual) pactarse otras estipulaciones en garantía de los derechos de las partes; en especial, del cesionario, que es quien a partir de que el convenio de cesión cobre plena eficacia se subrogará en las obligaciones que anteriormente correspondían al cedente; siendo, por tanto, una estipulación muy típica de los convenios de cesión la relativa a la garantía por parte del cedente de la suficiencia de las provisiones técnicas incluidas en el inventario. A este respecto, las indicadas provisiones suelen tener un carácter provisional, en el sentido de que si la experiencia posterior al convenio de cesión muestra que las provisiones en cuestión no se hallaban adecuadamente dotadas, suele imponerse al cedente la obligación de hacer frente a las consecuencias de dicha insuficiencia, indemnizando al cesionario de los perjuicios que esta circunstancia pudiera inferirle. A este tipo de estipulaciones complementarias nos referiremos más adelante, en especial, con ocasión de la cuestión relativa a la toma de control del negocio por el cesionario. Pero ahora conviene hacer algunas precisiones sobre las menciones que necesariamente ha de contener el convenio, porque alguna de ellas presenta serias dificultades de interpretación, derivadas del hecho inevitable de que entre la aprobación del convenio de cesión y la culminación del procedimiento de cesión de cartera transcurre un tiempo, que, en vista de los trámites de que se compone el procedimiento en cuestión, puede ser de varios meses.

Las especificaciones que, conforme a lo dispuesto por el mencionado artículo 70.1ª) del ROSSP, debe contener necesariamente el convenio de cesión son las siguientes:

- 1º. Inventario detallado de los elementos patrimoniales de activo y pasivo que se ceden.
- 2º. Fecha de toma de efectos de la cesión.
- 3º. Precio de la cesión.
- 4º. Efecto condicionado a la autorización administrativa de la cesión.

6. El inventario de activos y pasivos

Aunque la referencia que se hace al inventario sólo contempla como parte integrante de éste los elementos patrimoniales de activo y pasivo que se ceden, es indudable que, antes que nada, lo que se ceden son contratos de seguro. Por ello, parece lógico que, a pesar del silencio reglamentario sobre la cuestión, la primera partida de dicho inventario sea la relativa a las pólizas que son objeto de cesión.

Ahora bien, como se ha apuntado más arriba, entre la fecha de aprobación del convenio y la de plena eficacia de la cesión, a la que denominaremos fecha de ejecución, transcurre un periodo que, conforme a lo dispuesto en el ROSSP, se extiende a lo largo de varios meses; durante los cuales han de producirse, inevitablemente, modificaciones en el inventario inicialmente propuesto. Así, por lo que se refiere a las pólizas, podrán producirse anulaciones, modificaciones o renovaciones; y estas circunstancias deberán tenerse en cuenta por la partes, de modo que el inventario inicialmente confeccionado deberá ser actualizado y puesto al día en la fecha de ejecución.

Otro tanto ocurre con los activos y pasivos que se ceden. En principio, la cesión de pólizas implica la sustitución del cesionario en la posición deudora que tenía el cedente, y la expresión numérica de las obligaciones inherentes a dichas obligaciones son las provisiones técnicas correspondientes a las pólizas cedidas. De este modo, el inventario deberá contener, póliza a póliza, la provisión de primas no consumidas; lo que, por facilidad de cálculo, aconseja hacer coincidir la fecha a que el inventario se refiere con un cierre mensual o trimestral. Y otro tanto cabe decir de la provisión técnica para prestaciones, lo que, al igual que sucede con la provisión de primas no consumidas, tampoco debe presentar especiales dificultades, toda vez que, en principio, se calcula expediente a expediente, y todos los expedientes de siniestro se hallan relacionados con una póliza.

Tampoco debería presentar dificultad la provisión para riesgos en curso, como complementaria de la de primas no consumidas, en el caso de insuficiencia de esta última, ya que la provisión de riesgos en curso se calcula por ramos o modalidades, si bien la cuestión puede complicarse en determinados supuestos de cesiones parciales de cartera (por ejemplo, cuando el criterio objetivo de delimitación de la cartera cedida es de corresponder a una determinada zona geográfica). Por la misma razón, pueden presentarse dificultades en relación con provisiones que no sean objeto de cálculo ramo a ramo, sino de manera global para todo el negocio. Normalmente, deberá incluirse en el convenio alguna previsión específica para cubrir esta eventualidad, considerando, por ejemplo, una cifra provisional en el inventario, que luego deberá actualizarse en función de la experiencia posterior.

Normalmente, el inventario comprenderá también los activos que cubren las provisiones técnicas correspondientes; pero ello no debería llevar a la conclusión de que una condición necesaria haya de ser la de que las provisiones técnicas correspondientes a la cartera cedida se hallen cubiertas mediante activos incluidos en el inventario que debe formar parte del convenio, como una de las especificaciones que el mismo ha de contener. Es ésta una cuestión a la que luego nos referiremos, al comentar otro de los documentos que preceptivamente deben acompañar al convenio de cesión, cual es el estado de cobertura de provisiones técnicas correspondientes a la cartera cedida, referido a la fecha en que se suscribe el convenio de cesión, en relación con el cual cabe formular ciertas reservas en cuanto a su utilidad en orden a la finalidad que se persigue con esta operación.

En todo caso, una circunstancia que afecta por igual a todos los elementos comprendidos en el inventario es la derivada del hecho de que el convenio de cesión se suscribe en una fecha que puede ser muy anterior a la fecha en la que se consuma el proceso, de manera que, entretanto, pueden producirse importantes variaciones respecto de la situación inicial. De ello se deriva que la relevancia del inventario con vistas tanto a la conclusión del convenio de cesión como a la au-

torización administrativa de la operación es sólo relativa. Aunque no por ello pueda decirse que carece totalmente de eficacia: desde el momento en que el inventario forma parte del convenio de cesión, cualquier modificación que no resulte del curso ordinario de los negocios debería ser decidida por común acuerdo de las partes contratantes.

Así, si se producen entradas o salidas de tesorería derivadas del cobro de primas o del pago de siniestros, parece obvio que esto obedece al desarrollo normal de las operaciones, y que las modificaciones que unas u otras puedan suponer al saldo de tesorería que figurara en el inventario original no precisarían de ulterior acuerdo entre las partes; pero si fuera necesario realizar algún activo para conseguir tesorería, sí que debería intervenir el acuerdo de voluntades entre cedente y cesionario para decidir qué activo de los incluidos en el inventario debería convertirse en liquidez; y lo mismo sucede en cuanto al cambio unos activos por otros: el cedente, que hasta la consumación de la operación continúa manteniendo la titularidad de los activos relacionados con la cesión, no es libre para realizar cambio alguno en los activos integrantes del inventario inicial sin el consentimiento del cesionario.

Por la misma razón, en lo que se refiere a los pasivos éstos se irán modificando en razón del curso normal de las operaciones; por ejemplo, las provisiones para prestaciones pendientes de liquidación o pago. Y, en tanto se trate de pasivos de esta clase, tampoco parece lógico que se requiera el consentimiento de las partes. Pero lo que no podrá hacerse es asumir nuevos pasivos, de tipo diferente, sin que intervenga el consentimiento de ambos contratantes. En todo caso, sería conveniente que el convenio de cesión regulara con detalle este tipo de incidencias, a fin de evitar controversias sobre la ejecución del contrato.

Como ya se indicó antes, en la regulación de la cesión de cartera se ha seguido un esquema conceptual que pretende replicar en paralelo el establecido para la fusión de sociedades; y, en esta línea, el inventario de los activos y pasivos que se ceden viene a ser el equivalente del balance de fusión. Pero ese paralelismo apenas es posible, como no sea desde el punto de vista puramente procedimental, porque, en relación con el tema que ahora nos ocupa, no existe similitud entre el balance de fusión y el inventario de activos y pasivos a que se refiere la normativa sobre cesión de cartera.

El balance de fusión es el balance de cada una de las sociedades que intervienen en la fusión, que sirve de base para el establecimiento de la relación de canje de las acciones de cada una de dichas sociedades, teniendo en cuenta el tipo de fusión de que se trate; y aunque, a estos efectos, lo realmente relevante es el patrimonio neto de cada sociedad, éste no deja de ser la diferencia entre el valor de los activos y los pasivos que en dicho balance figuran; activos y pasivos que podrían equipararse a un inventario de los elementos patrimoniales que intervienen en el proceso de fusión.

Pero no es esto lo que ocurre en la cesión de cartera, ya que la esencia de ésta consiste, como se ha visto, en la cesión de los contratos, la cual, a su vez, implica, fundamentalmente, la cesión de las obligaciones derivadas de los mismos, cuya expresión numérica la constituyen las provisiones técnicas, que, por ello, deberán formar parte del inventario en cuestión. Y puede suceder y, de hecho es lo normal, aunque, como luego veremos, no es indispensable, que en el convenio de cesión se pacte que dichas provisiones se hallen adecuadamente cubiertas con activos aptos para esa finalidad según la normativa reguladora de los seguros privados.

Pero, así como en la fusión el balance que se utiliza a estos efectos tiene un carácter prácticamente definitivo, y es con base en él como se determina la ecuación de canje de las acciones, el inventario que forma parte del convenio de cesión tiene, necesariamente, un carácter provisional, si bien resulta útil a efectos de emitir un juicio sobre si las obligaciones correspondientes a la cartera cedida se hallan o no adecuadamente cubiertas a la fecha del convenio de cesión y, si en vis-

ta de esa circunstancia, resulta o no procedente celebrar aquél, según lo aconsejen los intereses de las partes, los cuales vendrán influidos notablemente por el precio estipulado para la cesión.

Por lo demás, ese inventario se halla destinado, inevitablemente, a sufrir modificaciones hasta la fecha de ejecución. Así, es probable que determinados activos financieros sean sustituidos por otros, bien porque han llegado a su vencimiento, bien porque han debido ser realizados para pagar siniestros; o que su valor haya cambiado y en la fecha de ejecución sea diferente al que tenían a la fecha de firma del convenio; y, en especial, se suscita la problemática de un determinado tipo de activos, que surgen constantemente en el tráfico de las entidades aseguradoras, como son los recibos de primas pendientes de cobro, pues a pesar de que según el Plan de Contabilidad dichos activos deberán ser contabilizados por la entidad adquirente (cesionaria) desde la fecha de adquisición, lo cierto es que hasta la cesión sea plenamente eficaz los recibos son emitidos por la cedente, y a ella corresponde tanto el derecho de cobro como la eventual obligación frente al asegurado a cambio de las primas a que dichos recibos corresponden; cuestión ésta sobre la que volveremos al hablar de los efectos contables de la cesión, pues la solución que proporciona el mencionado Plan contable presenta problemas prácticos que conviene analizar.

Por lo tanto, aunque el inventario a que el Reglamento se refiere forme parte necesaria del convenio de cesión, no cabe desconocer que adolece de la nota de provisionalidad, y que lo que realmente será relevante con vistas a aquélla será el inventario definitivo que habrá que elaborar cuando la cesión se lleve efectivamente a cabo. De ahí que sea normal introducir en el convenio alguna cláusula relativa a que el inventario allí incluido deberá actualizarse en la fecha de efectiva ejecución.

7. Fecha de toma de efectos de la cesión

Es otra de las menciones necesarias que debe contener el convenio y, a pesar de la concisión con que este requisito se halla redactado en la norma reglamentaria, es también una de las que mayores problemas puede llegar a producir y de más difícil interpretación en el orden práctico.

La llamada fecha de efectos en la normativa aseguradora se asimila a la que, en la normativa sobre fusiones contenida en la Ley de Sociedades Anónimas (art.235), se denominaba fecha a partir de la cual las operaciones de las sociedades que se extingan habrán de considerarse realizadas a efectos contables por cuenta de la sociedad a la que traspasan su patrimonio ⁸; redacción ésta que en la Ley 3/2009 ha sido sustituida por la referencia a la fecha a partir de la cual la fusión tendrá efectos contables, de acuerdo con lo dispuesto en el Plan General de Contabilidad. Es la fecha que, en los convenios de cesión, suele denominarse fecha de efectos económicos, para diferenciarla de la fecha en que la cesión adquiere plenos efectos jurídicos, tanto entre partes como frente terceros, que necesariamente ha de ser posterior, porque la adquisición de tales efectos plenos se halla subordinada al cumplimiento de una serie de trámites, el primero de los cuales es la aprobación del convenio por las juntas generales de las sociedades interesadas, pasando por el periodo de información pública sobre el convenio de cesión, la orden ministerial de autorización, el otorgamiento de escritura pública y su inscripción en el Registro Mercantil.

La explícita referencia que efectúa el artículo 31 de la Ley 3/2009 a la fecha a partir de la cual la fusión tendrá efectos contables, de acuerdo con lo dispuesto en el Plan General de Contabilidad, y el hecho de que ésta sea también la fecha relevante a efectos de lo dispuesto para las cesiones de cartera en el ROSSP, obliga a analizar con cierto detalle el alcance de lo dispuesto en la mencionada norma contable; si bien resulta aquí más procedente remitirnos a estos efectos al Plan de Contabilidad de las Entidades Aseguradoras, por ser éste el que resulta aplicable en el caso de la cesión de cartera; remisión contra la que no cabe plantear objeciones, dado que en este punto el Plan de Contabilidad de las Entidades Aseguradoras se limita a reproducir lo dispuesto en el Plan General.

El Plan de Contabilidad de las Entidades Aseguradoras regula, en su norma de registro y valoración 18^a, la contabilización de las denominadas combinaciones de negocios, las cuales, según lo dispuesto en la mencionada norma contable, consisten en aquellas operaciones mediante las que una entidad adquiere el control de uno o varios negocios. A estos efectos, la norma define a un negocio como un conjunto de elementos patrimoniales constitutivos de una unidad económica, dirigida y gestionada con el propósito de obtener un rendimiento, menores costes u otros beneficios económicos a sus propietarios o partícipes. Dispone, asimismo, la norma en cuestión que las combinaciones de negocio, en función de la forma jurídica empleada, pueden originarse, entre otras posibles alternativas, como consecuencia de:

- a) La fusión o escisión de varias entidades
- b) La adquisición de todos los elementos patrimoniales de una entidad o de una parte que constituya uno o más negocios.

En los dos supuestos, deberá aplicarse el denominado método de adquisición, el cual supone que la entidad adquirente contabilizará, en la fecha de adquisición, los activos adquiridos y los pasivos asumidos, así como, en su caso, la diferencia entre el valor de dichos activos y pasivos y el coste de la combinación de negocios. A partir de dicha fecha, se registrarán los ingresos y los gastos, así como los flujos de tesorería que correspondan.

Dentro de las operaciones indicadas en la letra b) anterior, cabe incluir a una operación societaria ⁹ típica y exclusiva de las entidades aseguradoras, que es la cesión de cartera regulada en el Texto

8. Idéntica redacción es la contenida en el artículo 228 del Reglamento del Registro Mercantil, al referirse a las circunstancias que necesariamente ha de expresar el acuerdo de fusión.

9. Calificamos la operación como de societaria porque, aunque no implica necesariamente una modificación de la estructura patrimonial de la sociedad, sí 21requiere de la intervención de los órganos sociales

Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados y en su Reglamento, la cual consiste, como ya se indicó al principio, en la operación mediante la cual una entidad aseguradora cede a otra la totalidad o parte de sus contratos de seguro.

La contabilización de las operaciones relacionadas con la combinación de negocios tiene como referencia temporal la fecha de adquisición, que, tratándose de operaciones societarias y, especialmente en el ámbito de actividad de las entidades sujetas a supervisión, como es el caso de las entidades aseguradoras, puede presentar ciertos problemas en cuanto a su determinación. Sin embargo, esa determinación es necesaria, pues dicha fecha indica el momento a partir del cual los hechos económicos deberán ser registrados contablemente por la entidad adquirente; es decir, parafraseando lo dispuesto en el artículo 234 de la Ley de Sociedades Anónimas, derogado por la Ley 3/2009, la fecha a partir de la cual las operaciones de la entidad cedente habrán de considerarse realizadas a efectos contables por cuenta de la entidad cesionaria; o, parafraseando lo prevenido en el artículo 31 de la mencionada Ley 3/2009, la fecha a partir la cual la cesión tendrá efectos contables, de acuerdo con lo dispuesto en el Plan de Contabilidad de las Entidades Aseguradoras.

A este respecto, la norma de referencia es la ya citada norma de registro y valoración 18ª del Plan de Contabilidad de las Entidades Aseguradoras, en función de la cual habrá que determinar la fecha a partir de la cual la cesión tendrá efectos contables; que es tanto como decir efectos económicos, porque a tenor de lo dispuesto en el Marco Conceptual del Plan contable, en la contabilización de las operaciones se atenderá a su realidad económica, y no sólo a su forma jurídica. De modo que si la cesión tiene efectos contables es porque, a pesar de que jurídicamente aún no sea perfecta, en el sentido de que aún no se ha traspasado la titularidad de todos los derechos y obligaciones de la cartera cedida con efectos tanto entre partes como frente a terceros, desde el punto de vista económico debe considerarse que sí se ha producido tal traspaso, y que, en consecuencia, los activos y pasivos relacionados con la operación, así como los ingresos y gastos igualmente relacionados con la misma, corresponden ya al cesionario ¹⁰.

La fecha en cuestión, conforme a la indicada norma de registro y valoración, es la que ésta denomina fecha de adquisición, en la cual la entidad adquirente no sólo contabilizará los activos adquiridos y los pasivos asumidos en la combinación de negocios, así como, en su caso, la diferencia entre el valor de los activos y pasivos y el coste de la combinación (precio de la cesión, en el caso de la figura que nos ocupa), sino que, a partir de la misma se registrarán los ingresos y los gastos y los flujos de tesorería que correspondan; lo que también plantea ciertos problemas de orden práctico, que se relacionan con lo antes indicado sobre necesidad de actualizar, a la fecha de ejecución, el inventario incluido en el convenio de cesión; problemas a los que nos volveremos a referir más adelante, al referirnos a los aspectos contables de la operación.

Pero, volviendo a la determinación de la fecha de efectos contables, de efectos económicos, o de adquisición, dado que todos ellos deben considerarse como sinónimos, subsiste la dificultad práctica de cómo determinar ésta; y, en tal sentido, la solución aportada por el Plan no es del todo clarificadora, pues deja en el aire algunas cuestiones que habrán de resolverse por vía de interpretación.

En efecto, el Plan hace una primera referencia a la fecha de adquisición para fijar el término inicial del periodo a partir de cuyo inicio habrá que proceder contablemente conforme a lo antes indicado, pero en esa primera referencia no precisa qué debe entenderse por fecha de adquisición. Esto lo hace más adelante, cuando indica que la fecha de adquisición es aquélla en que la entidad adquirente adquiere el control del negocio o negocio adquiridos. Pero, una vez más, la cuestión no queda del todo resuelta, por cuanto que tampoco se precisa qué debe entenderse por control, a efectos de que pueda fijarse la fecha en que éste se adquiere.

10. En realidad, las obligaciones a cargo de las partes ya han surgido con el convenio de cesión, aunque su eficacia aún no sea plena.

8. Sentido de la expresión “adquisición del control”

Evidentemente, no se trata aquí del control de una sociedad sobre otra, en los términos establecidos por el artículo 42 del Código de Comercio para definir cuándo hay sociedad dominante en un grupo de sociedades. Este precepto legal, en la redacción dada por la Ley 16/2007, de 4 de julio, dispone que se presume que existe control cuando una sociedad, calificada como dominante, se encuentre en relación con otra, que se calificará como dependiente, en determinadas situaciones, todas las cuales hacen referencia a posesión de mayoría de derechos de voto o facultades de nombramiento de la mayoría de los miembros del órgano de administración. Pero, como decimos, no tienen por qué ser esos supuestos los únicos en los que procede la adquisición de control, en el sentido que otorga a este término el Plan de Contabilidad de las Entidades Aseguradoras.

El control a que se refiere el Plan contable como término de referencia para determinar la fecha de adquisición en una combinación de negocios tiene que ser el indicado más tarde en la norma de registro y valoración 19ª, consistente en el poder de dirigir la política financiera y de explotación de una entidad o negocio, con el fin de obtener beneficios de sus actividades. Ese control es claro que existe cuando, por concurrir cualquiera de las circunstancias mencionadas en el artículo 42 del Código de Comercio, una sociedad ejerce el dominio sobre otra, porque en tal supuesto no cabe duda de que podrá dirigir sus políticas financieras y de explotación. Pero hay supuestos en los que se adquiere el poder de dirigir esas políticas sin que se haya producido ninguna de las situaciones que según el Código de Comercio permiten formar la presunción de existencia de control. Y esto sucede especialmente en aquellas operaciones societarias que, teniendo como fin último la producción de alguna de las situaciones antedichas, la consecución de dicha finalidad se halla sometida a la observancia de un procedimiento hasta cuya culminación no se producirá la aparición de ninguna de esas situaciones. En tales circunstancias, es normal que entre el inicio del procedimiento en cuestión y su terminación se produzca una situación transitoria, en la que aún no se ha adquirido el pleno control de una sociedad por otra, pero en la que existe cierto poder de dirección sobre las políticas de la entidad adquirida. Y, en el ámbito propio de la actividad de seguros, existen operaciones tan específicas del mismo, como es la de cesión de cartera, en las que, habiendo también un periodo transitorio, nunca se llega al ejercicio del control en los términos del Código de Comercio, porque las nociones de posesión de derechos de voto o de facultad de nombrar a miembros del órgano de administración le resultan ajenas.

La existencia de ese periodo transitorio obliga a determinar cuándo se produce el comienzo del mismo, el cual vendrá dado por el hecho de la adquisición del control, en los términos prevenidos por el Plan contable; cuestión ésta que no siempre tiene una fácil respuesta, a pesar de la aparente claridad de la fórmula utilizada por la norma contable cuando habla de poder de dirigir la política financiera y de explotación de la entidad o negocio adquirido. La cuestión estriba en dilucidar cuándo se produce efectivamente este hecho, pues será a partir de su producción cuando proceda la contabilización de las operaciones con arreglo a lo que el Plan dispone; con las dificultades, en todo caso, que comporta la estricta observancia de lo previsto por la norma contable, a las que luego nos referiremos.

Una interpretación bastante extendida en el caso que nos ocupa es la consistente en entender que, en operaciones societarias, tales como la fusión, o la cesión de cartera, la fecha de toma de control, es decir, la fecha de adquisición, es la del convenio de cesión, por ser a partir de dicho momento cuando las partes quedan vinculadas al cumplimiento de lo pactado en el mismo, que, por regla general, contendrá limitaciones al libre ejercicio de su actividad por parte de la cedente, con el fin de garantizar los intereses de la cesionaria entre la fecha de firma del convenio y la fecha de ejecución. Como mínimo, y siguiendo en esto lo dispuesto para el caso de la fusión, habrá que entender que los administradores de la cedente se verán obligados a abstenerse de realizar cualquier clase de actos o de concluir cualquier contrato que pudiera comprometer la aprobación del proyecto. Si bien, y por precisar más el momento, cabe sostener que la fecha de adquisición, mejor que la del convenio de cesión, es la de aprobación del mismo por parte de cualquiera de las entidades interesadas, una vez que lo haya hecho la otra. De hecho, lo que se pide como parte de la documentación a aportar a la Dirección General

de Seguros y Fondos de Pensiones para la tramitación del expediente administrativo de cesión es, no sólo el convenio de cesión, sino la certificación de que éste ha sido aprobado por la junta general de las entidades interesadas, como ya se ha visto más arriba.

En este sentido se expresa la consulta del ICAC (Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas) publicada en el Boletín de dicho Organismo número 75, si bien con alguna matización dirigida a clarificar la noción de toma de control por la entidad adquirente. Así, cuando se refiere al acuerdo de la junta de accionistas por el que aprueba el proyecto de operación societaria, se remite a un dictamen de la Abogacía del Estado del Ministerio de Economía y Hacienda en el que se precisa que esa fecha será la de toma de control, a partir de la cual las operaciones de la sociedad adquirida habrán de considerarse realizadas, a efectos contables, por cuenta de la sociedad adquirente, siempre que dicho acuerdo contenga pronunciamiento sobre la asunción del control del negocio por parte de la sociedad adquirente. A este respecto, entendemos que el pronunciamiento no ha de ser expreso, sino que basta con que del convenio de cesión se desprenda esa toma de control por medio de hechos concluyentes, incompatibles con la voluntad contraria. Por otra parte, el mero pronunciamiento, sin venir acompañado de esos hechos que demuestren que se ha producido la toma de control, sería irrelevante.

En similar sentido se expresa la instrucción de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (DGSFP) sobre esta misma materia, en la que, además de reiterar lo que sobre la cuestión dispone el Plan contable, conforme a lo indicado en los párrafos anteriores, insiste sobre la necesidad de analizar caso por caso cuándo la toma de control tiene lugar, para lo cual deben analizarse todos los hechos y circunstancias que rodean a la combinación de negocios. Continúa diciendo la instrucción de la DGSFP que, en la mayoría de los casos, la fecha de control efectivo coincide con la del acuerdo de la junta de accionistas relativa a la combinación de negocios. La instrucción de la DGSFP tiene como referencia el supuesto de la fusión entre entidades, pero su contenido es extrapolable al supuesto de la cesión de cartera, que, como antes se ha indicado, no deja de ser una combinación de negocios; de modo que aunque el acuerdo de la junta general de accionistas a que la instrucción se refiere es el acuerdo de fusión, lo prevenido para este caso es aplicable al acuerdo por el que se aprueba el convenio de cesión. Por otra parte, la junta de accionistas que se menciona en el proyecto de instrucción deberá ser tanto la de la entidad cedente como de la cesionaria, pues el acuerdo de ambas es necesario para la prestación del consentimiento.

En relación con lo anterior, hay que hacer la precisión de que el acuerdo de las juntas de accionistas de ambas entidades tiene como necesario precedente el texto del convenio, en el cual debe constar, por imperativo de lo dispuesto en el artículo 70 del ROSSP, la fecha de efectos de la cesión. En realidad, el acuerdo de la junta de accionistas, tanto de la cedente como de la cesionaria, equivale a la prestación del consentimiento en el negocio jurídico que la cesión de cartera representa. Hasta el momento de aprobación del convenio por las juntas generales no hay, en sentido técnico, verdadera declaración de voluntad por ninguna de las partes, ya que, tratándose de una materia reservada a la competencia exclusiva de la junta general, la declaración de la voluntad societaria habrá de ser la aprobación del convenio por aquélla. De modo que es en el momento en que dicha aprobación se produce cuando tiene lugar el concurso de la oferta y la aceptación de cada una de las partes, por medio del cual se manifiesta su consentimiento a la celebración del contrato como elemento esencial para que éste resulte válido; y es en el momento en que se produce el consentimiento de las partes cuando el contrato queda perfeccionado, y desde entonces obliga al cumplimiento de lo pactado.

En todo caso, en la instrucción de la DGSFP se hace igualmente referencia a que, respecto a la consideración de la fecha de autorización administrativa como posible fecha de la toma de control, no se considera necesario que la transacción quede cerrada o finalizada legalmente para que la entidad adquirente (en este caso, la cesionaria) adquiera el control. Pero esto no quiere decir que el contrato no sea válido y eficaz, aunque, por lo motivos que luego veremos, una parte de dicha eficacia quede necesariamente sometida al transcurso de un término y al cumplimiento de determinadas condiciones.

9. Fecha de efectos y fecha de ejecución

De todo lo anterior se desprende que la fecha de toma de control no tiene por qué coincidir con la que podríamos llamar, como así se hace a veces en este tipo de convenios, fecha de ejecución, que es la fecha en que, previo el cumplimiento de las eventuales condiciones suspensivas que puedan haberse estipulado en el contrato, una de las cuales habrá de ser, necesariamente, la preceptiva autorización administrativa, se otorgue la escritura pública de cesión; fecha en la que, conforme al texto de la instrucción que comentamos, la transacción queda cerrada o finalizada legalmente. La instrucción de la DGSFP se dirige especialmente a indicar cómo debe procederse, desde el punto de vista de la contabilización de las operaciones, desde la fecha de adquisición (toma de control) hasta la fecha de ejecución. La instrucción parte, pues, de la falta de coincidencia entre una y otra.

La referencia a la fecha de otorgamiento de la escritura pública de cesión como fecha de ejecución no quiere decir que los acuerdos contenidos en el convenio de cesión no tuvieran validez. Como antes se dijo, dichos acuerdos, una vez aprobados por las juntas generales de las sociedades interesadas, representan el consentimiento de las partes en relación con la operación y, por tanto, obligan a su cumplimiento desde el momento mismo de la prestación de dicho consentimiento. Pero entre ese instante y el del otorgamiento de la escritura pueden haberse producido nuevos hechos y haberse modificado el inventario original de activos y pasivos a ceder; modificaciones a las que responde la cláusula habitual en este tipo de convenios conforme a la cual el inventario habrá de actualizarse a la fecha de ejecución. Por lo que, en definitiva, la cesión habrá de llevarse a cabo conforme a lo que resulte de la escritura, cuyo contenido, en lo que se refiere a los elementos patrimoniales involucrados en la cesión, podrá diferir respecto de los términos en que se hubiese redactado el convenio inicial, si bien no hasta el punto de desnaturalizar éste o de alterar sustancialmente su contenido (por ejemplo, si se cambian los ramos que van a ser objeto de cesión), pues en tal caso la autorización administrativa debería reputarse ineficaz, por haber versado sobre un supuesto de hecho distinto al que motivó su concesión; y otro tanto sucedería con los acuerdos de las juntas generales aprobando el convenio de cesión. Por lo demás, el contrato de cesión sigue siendo consensual y, por tanto, generador de obligaciones para las partes, pero por sí solo no produce el efecto de la entrega en relación con aquellos elementos que requieran de la misma para el traspaso del dominio, para lo que es necesario el otorgamiento de escritura pública.

Pero que la fecha de toma de control y la fecha de ejecución no tienen por qué coincidir se desprende, no sólo de lo indicado en la instrucción de la DGSFP que comentamos, sino de la propia sistemática del Plan contable, porque, si fuera de otro modo, resultaría de todo punto innecesaria la referencia que el Plan efectúa a que, a partir de la fecha de adquisición, la entidad adquirente contabilizará los activos y pasivos asumidos y los ingresos y gastos que correspondan. Esto sucede en cualquier transacción que suponga un desplazamiento patrimonial de un titular a otro, y no requiere de ninguna precisión adicional relativa a la toma de control, porque dicha toma de control es inherente a la transmisión, como efecto ineludible de la misma.

La posible falta de coincidencia entre la fecha de ejecución y la fecha de adquisición, que, como hemos indicado, es la fecha de efectos contables (fecha de adquisición en la terminología del Plan contable) se desprende también de la regulación contenida en la norma de supervisión, que es el mencionado artículo 70 del ROSSP, en donde se dice que una de las especificaciones que ha de contener el convenio de cesión es la de la fecha de toma de efecto de la cesión. Si parece razonable equiparar la fecha de toma de efecto con la fecha de adquisición, o de toma de control, a que antes se ha hecho referencia, parece igualmente necesario considerar a dicha fecha como distinta de aquélla en que la cesión produzca plenos efectos, tanto entre partes como frente a terceros, por haber quedado totalmente terminada o consumada la operación. Si así no fuera, es decir, si la toma de efectos hubiera de coincidir necesariamente con la fecha de ejecución,

estaría de más la referencia que a dicha toma de efectos se hace en el mencionado precepto reglamentario, ya que la única fecha posible sería la fecha de ejecución. Y lo mismo ocurre con lo dispuesto en la normativa sobre derecho de sociedades, cuando pide que en el proyecto de fusión (equiparable al convenio de cesión) se indique la fecha en que las operaciones de la sociedad adquirida habrán de considerarse realizadas a efectos contables por la sociedad a la que traspasa su patrimonio: si esa fecha fuera la que hemos llamado fecha de ejecución, esa exigencia carecería de sentido, porque una y otra serían coincidentes. Es claro que la idea subyacente en toda esta regulación es que la fecha de efectos contables es anterior y diferente a la fecha de efectivo traspaso patrimonial.

La adquisición de elementos patrimoniales mediante un contrato de ejecución instantánea, tal como la compraventa, implica el traspaso de la titularidad sobre los elementos que constituyan el objeto del contrato. Y con dicho traspaso, el de todos los derechos y obligaciones relativos al mismo; lo que sucederá tanto si se trata de bienes o derechos singulares como si se trata de una empresa. Evidentemente, como se ha dicho antes, dicho traspaso de titularidad supone, necesariamente, la adquisición de control por el adquirente, si por control se entiende el ejercicio del poder de disposición inherente al dominio de una cosa. Pero, en el caso de que el elemento traspasado sea un negocio, y de que en este caso se hable de control sobre el mismo, implica que se distingue entre adquisición de control y adquisición de la titularidad de los bienes y derechos relacionados con el negocio; y ello es porque se considera que se trata de realidades distintas; de donde necesariamente se deriva que una y otra se producen en momentos igualmente diferentes.

Ello resulta inevitable en las combinaciones de negocio que implican operaciones societarias; especialmente aquéllas que se hallan sujetas para su plena eficacia al cumplimiento de todos los trámites inherentes a un determinado procedimiento. Lo que es especialmente relevante en el supuesto de empresas sometidas a supervisión, donde no sólo es necesario el acuerdo de los órganos sociales competentes, sino el otorgamiento de la autorización administrativa, tras la culminación de un procedimiento que puede ser bastante dilatado en el tiempo. En estos casos, los acuerdos adoptados por esos órganos sociales pueden dar lugar a que el control, en los términos indicados por el Plan contable, se transfiera de una sociedad a otra en un momento muy anterior a la plena eficacia del convenio de que se trate.

Por ello resulta necesario precisar cuándo se produce la adquisición del control; y a esto se refiere el Plan cuando dispone que ello sucede cuando se traspasa el poder de dirigir la política financiera y de explotación de un negocio; lo cual, como se ha indicado, puede ocurrir en un momento anterior al de la plena eficacia jurídica de la operación, tanto frente a terceros como entre las partes; y ello dependerá, por lo general, de lo que éstas acuerden. Según la interpretación de la DGSFP, esto sucederá, normalmente, en la fecha del acuerdo de fusión o del convenio de cesión.

10. Alcance limitado del control adquirido

En todo caso, la expresión “adquisición de control”, en los términos que hemos venido analizando, es decir, la producida en un momento anterior a la de plenos efectos jurídicos de la operación, tiene un sentido forzosamente limitado y condicionado a la consumación de todos los pasos que integren el proceso de la combinación de negocios, ya que, como también hemos apuntado anteriormente, la toma de efectos con carácter absoluto e incondicionado, equivalente al control ilimitado sobre el negocio adquirido, sólo se producirá cuando se hayan cumplido todos los trámites legalmente necesarios al efecto. Por eso el Plan hace esa referencia al poder de dirigir la política financiera y de explotación; lo cual sugiere un cierto grado de control sobre el negocio adquirido, pero no el poder de disposición sobre el mismo ni la plena titularidad sobre los derechos y obligaciones con él relacionados.

De ahí que la toma de control haya de venir establecida por vía convencional, por medio de la cual se establezcan los mecanismos a través de los cuales se haga el efectivo ejercicio del control, en los términos prevenidos por el Plan contable. Normalmente, ello sucederá en la fecha de aprobación del convenio; y por eso a esa fecha también se la puede denominar, como antes se ha indicado, fecha de efectos económicos o de efectos contables, siendo ésta la fecha a partir de la cual el Plan dispone que la cesionaria deberá contabilizar los activos adquiridos y los pasivos asumidos; aunque, como ya hemos apuntado y también veremos luego, la norma de registro y valoración del Plan contable que así lo dispone da lugar a problemas prácticos que conviene poner de manifiesto. En todo caso, parece oportuno resaltar que dicho control se adquiere por acuerdo de las partes; pero, como hemos dicho más arriba, ese acuerdo, por sí solo, no sería suficiente para que resultara de aplicación lo dispuesto en el Plan contable en relación con la fecha de adquisición, ya que según el Marco Conceptual, la sustancia económica de la operación debe prevalecer sobre la forma jurídica.

Por ello, el acuerdo de las partes en cuanto a la fecha de efectos económicos, que debe tener como presupuesto la toma de control, no puede ser un acuerdo vacío de contenido, ajeno a toda realidad concreta, sin otra virtualidad que la de conformar una realidad virtual; sino que la mencionada toma de control debe manifestarse a través de factores objetivos, que deben venir establecidos en el convenio de cesión y que, normalmente, se concretarán en que, a partir de dicha fecha, la entidad cedente pierde su autonomía de gestión en relación con la cartera cedida, y se obliga a observar una conducta que resulta incompatible con el mantenimiento del control sobre la cartera que es objeto de cesión.

Así, es frecuente el pacto según el cual la entidad cedente se obliga a realizar su gestión según el curso ordinario de los negocios y de forma consistente con lo realizado hasta la fecha, debiendo abstenerse de realizar cualesquiera cambios en sus políticas de suscripción, distribución, contabilidad, actuarial y de dotación de provisiones técnicas, y a no asumir nuevos compromisos con terceros sin la previa autorización de la cesionaria. También suele pactarse que, desde la fecha de firma, la cedente no podrá realizar nuevas contrataciones de empleados afectos a la cartera objeto de cesión sin el consentimiento de la cesionaria; lo que también tiene su trascendencia con vistas al contenido del convenio de cesión, toda vez que el artículo 23 del TRLOSSP dispone que las relaciones laborales existentes en el momento de la cesión se regirán por lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores.

De este tipo de estipulaciones contractuales se desprende que la cedente queda privada, desde la fecha de aprobación del convenio de cesión, del poder de dirigir la política financiera y de explotación de la cartera cedida, las cuales, desde la fecha indicada, pasan a la cesionaria y, con ellas, en virtud de lo dispuesto en la norma contable, el control del negocio cedido. Pero, además, a lo largo del procedimiento que se inicia con el convenio y culmina en la completa ejecución de lo

dispuesto en el mismo, se producen, de manera continuada, situaciones de hecho expresivas de la toma de control por la entidad cesionaria, como son las de suministro por parte de la cedente a la cesionaria de cuanta documentación de gestión fuera requerida por ésta, abstracción hecha del carácter confidencial o no que pudiera tener dicha documentación, o las actuaciones en materia de personal (p. ej., despido de empleados, limitaciones a la contratación de otros nuevos) que puedan producirse por indicación de la cesionaria.

Es cierto que, como antes se ha indicado, el control adquirido por la cesionaria no es absoluto e incondicionado; pero parece bastante evidente que sí comporta serias restricciones a la capacidad de la cedente de dirigir su propia política de explotación en relación con el negocio cedido; y si la cedente no puede ejercer dicho control por impedírsele sus acuerdos con la cesionaria, no parece que pueda razonablemente ponerse en duda que es porque dicho control se ha transferido a ésta, aun antes de que se consume totalmente la operación desde el punto de vista de sus plenos efectos jurídicos; es decir, antes de la fecha de ejecución. Y que, por lo tanto, se hace preciso distinguir entre la fecha de efectos económicos, según lo convenido por las partes y los hechos objetivos que sustentan la adopción de dicho convenio (toma de control efectivo por la cesionaria, en los términos antes comentados), y la fecha de ejecución. En este sentido, si, tras el convenio de cesión, la cedente queda privada del poder de dirigir su política de gestión, porque requiere de la autorización previa de la cesionaria, parece difícil sostener que sea la cedente, y no la cesionaria, quien ostenta el control sobre la cartera objeto de la transacción.

Por otra parte, habría sido difícil proceder de otro modo, porque el convenio de cesión necesariamente debe ser muy anterior a la fecha de ejecución, dado que para que se pueda llevar a cabo la tramitación administrativa del expediente que conduce a la cesión la celebración del convenio es condición previa. Para evitar toda duda sobre si la cedente conserva el control de la cartera cedida el convenio tendría que haber previsto que éste fuera el caso hasta la terminación del procedimiento; pero ello supondría tal imprecisión en los términos del acuerdo y dejaría tal margen de discrecionalidad a la cedente que bien pudiera suceder que la validez y el cumplimiento del contrato quedara al arbitrio de aquélla; lo que no sólo sería muy difícilmente aceptable por la cesionaria, sino que podría poner en duda la validez misma del acuerdo. La forma más viable de proceder parece ser la establecer un acuerdo sobre la base de una situación de hecho conocida por las partes, que se manifiesta, entre otras cosas, en la documentación que, conforme a la normativa de ordenación de los seguros privados, debe acompañar al convenio de cesión, y en articular el mecanismo para que esa situación de partida no experimente más modificaciones que las derivadas de la evolución del negocio según lo acordado por las partes; y ello se asegura mediante la toma de control por la cesionaria, mediante cláusulas del estilo de las antes mencionadas.

En particular, y por lo que se refiere a la documentación que debe acompañarse al convenio de cesión, a efectos de la tramitación administrativa del expediente, la normativa vigente también sugiere que la fecha de ejecución deber ser distinta (y, lógicamente, posterior) a la fecha de efectos, y que ésta fecha debe ser la considerada como de toma de control. Así, la referencia a que debe incluirse un inventario de los activos y pasivos que se ceden indica que la cedente pierde el control sobre unos y otros, pues de lo contrario ese inventario sería irrelevante, ya que el único que importaría sería el que se hiciera en la fecha de la transmisión efectiva de derechos y obligaciones; pero éste sólo se podría confeccionar en la fecha de ejecución, y no en una anterior. Como se ha indicado antes, aunque la relevancia del inventario sea sólo relativa, con vistas a los activos y pasivos que finalmente acabarán siendo objeto de cesión, no por ello deja de tener fuerza vinculante en los términos ya examinados. Además, la fecha de efectos, que también es una mención necesaria del expediente de cesión en orden a conseguir la autorización administrativa, sería una fecha incierta e indeterminada si se difiriera a un momento futuro, cual es el del otorgamiento de la correspondiente escritura, previo el cumplimiento de todo los trámites inherentes al procedimiento de cesión.

En definitiva, tras el acuerdo de cesión, no cabe sostener que la cedente mantenga el control del negocio que es objeto de cesión, porque viene obligada a seguir una determinada política en materias tan importantes como distribución, suscripción o provisiones técnicas, y sólo con la conformidad de la cesionaria puede alterar su conducta en relación con dichas cuestiones. De donde parece lícito inferir que si la cedente ya no tiene el poder de dirigir sus políticas en tal sentido es porque dicho poder ha pasado a la cesionaria, aun cuando ese poder (o sea, el control, en el sentido del Plan contable) no pueda ejercerse con carácter absoluto e incondicionado. Así pues, si la fecha del convenio (fecha de aprobación) es la de toma de control, ésta será también la fecha de adquisición, que equivale a la de efectos económicos en la sistemática del Plan contable ¹¹.

11. Implicaciones contables de la toma de control. El enfoque del Plan contable

Dicho lo anterior en cuanto a la equivalencia de fecha de adquisición, fecha de toma de efectos económicos y fecha de efectos contables, en virtud de la adquisición de control por parte de la entidad cesionaria, procede ahora indicar qué implicaciones tiene este hecho en la contabilidad de las dos entidades intervinientes en la operación. A este respecto, la norma de aplicación es la ya mencionada norma de registro y valoración 18ª del Plan de Contabilidad de las Entidades Aseguradoras, a cuyo tenor la entidad adquirente, es decir, la cesionaria, contabilizará en la indicada fecha los activos adquiridos y los pasivos asumidos, así como, en su caso, la diferencia entre el valor de dichos activos y pasivos y el coste de la combinación de negocios en que la cesión consiste. Añade la norma que, a partir de dicha fecha, se registrarán los ingresos y gastos, así como los flujos de tesorería que correspondan; y, aunque el Plan no lo precisa, debe entenderse que el registro de ingresos y gastos a que la norma se refiere corresponde a la cesionaria, en relación con los hechos económicos vinculados a la operación de cesión, ya que si dicho registro siguiera correspondiendo a la cedente habría sido innecesario formular ninguna precisión al respecto. Además, dicho registro de ingresos y gastos por la cesionaria, en relación con la cartera cedida, es complementario del previo reconocimiento de los activos adquiridos y los pasivos asumidos.

Esta forma de contabilizar supone el pleno reconocimiento de la sustancia económica de la operación sobre la forma jurídica, conforme a lo dispuesto en el Marco Conceptual del Plan y, al menos por lo que a los activos adquiridos se refiere, no puede dejar de considerarse algo maximalista, pues, por mucho que la eficacia de la operación, desde el punto de vista económico, tenga como referencia la fecha de adquisición, resulta difícil sostener que el cedente que es titular de un activo consistente en un bien o derecho deje de registrarlos en su balance y, en su lugar, lo haga el cesionario; especialmente si se trata de activos cuya titularidad frente a terceros se acredita mediante la inscripción en un registro público, cual es el caso de los inmuebles, en relación con los cuales no deja de resultar forzado que su titular registral los haga desaparecer de su balance, cuando es claro que, frente a terceros, siguen siendo de su propiedad, y cuando todas las obligaciones y cargas en relación con los mismos seguirán siéndole exigibles a él, con independencia de los pactos que haya podido celebrar con el cesionario. Y esto que ocurre con los inmuebles, sucede también con otro tipo de activos que son propios de la actividad aseguradora, y que surgen cada día en el ejercicio de la misma, como son los recibos de prima pendientes de cobro, pues, en tanto la cesión no consuma, es el cedente quien los sigue emitiendo, y es, por tanto, el nombre del cedente el que figura en los mismos, y el que el tomador obligado al pago de las primas percibe

11. En todo caso, no debe olvidarse que el convenio de cesión ya obliga a las partes desde su aprobación y, por lo que al cesionario se refiere, los derechos derivados de lo pactado en el convenio suponen la adquisición de un importante grado de control sobre el negocio cedido.

como titular del crédito que en el recibo se documenta. Hasta tal punto que si, por las razones que fuere (desistimiento de las partes, falta de autorización administrativa, etc.) la cesión no se llega a consumar, la titularidad del cedente sobre los activos indicados no sólo resulta indiscutible, sino que no requiere de ninguna actuación ulterior cerca de terceros para justificar que sigue inalterada, en los mismos términos existentes antes del acuerdo de cesión.

Por otra parte, el mecanismo contable establecido en el Plan provoca, al menos en relación con los activos adquiridos, una situación de signo contrario a la descrita en el párrafo precedente, ya que el cesionario registrará dichos activos como si ya fuera titular de los mismos, cuando, al menos en sus relaciones con terceros, no está en condiciones de acreditar dicha titularidad. En realidad, antes de que se produzca la consumación del proceso de cesión, lo que tiene, en virtud del convenio suscrito con el cedente, es un derecho de crédito en relación con los activos incluidos en el inventario, pero no un derecho de propiedad sobre los elementos patrimoniales que lo integran. Y si, siguiendo la sistemática establecida por el Plan, ha registrado como propios los activos en cuestión, en el caso de que la cesión no llegue a su término tendrá que darlos de baja en su balance; cuando, en realidad, nunca deberían haber formado parte del mismo.

Otro tanto cabe decir de los pasivos asumidos. Si se trata de pasivos que reflejan obligaciones frente a determinados sujetos, ya hemos dicho que, al consistir la cesión en una novación por cambio de deudor, es necesario el consentimiento del acreedor; y si éste se sustituye por la orden ministerial de autorización de la operación, es obvio que ésta aún no se ha dictado en la llamada fecha de adquisición, de manera que el acreedor que reclame su crédito de ningún modo lo hará contra el cesionario, sino contra el cedente. Y otro tanto ocurre con los pasivos procedentes de operaciones de seguro, es decir, con las obligaciones representadas por las provisiones técnicas: los acreedores son los asegurados, y mientras la cesión no se autorice, lo seguirán siendo del cedente, y no del cesionario. Por ello, no parece que tenga sentido que, a partir de la fecha de efectos, sea éste el que registre los pasivos en cuestión; y mucho menos parece tenerlo el que el cedente dé de baja en su balance unos pasivos representativos de obligaciones en las que ocupa la posición de deudor. Otra cosa, como antes apuntábamos, es lo que ocurre en las relaciones entre cedente y cesionario, que, en el caso de los pasivos, dan lugar al nacimiento de un crédito del primero contra el segundo que, a efectos contables, neutraliza el efecto del pasivo de que se trate. Pero, frente a terceros, es claro que los pasivos siguen siendo del cedente; por lo que la solución adoptada por el Plan parece contraria a la realidad de las cosas.

De acuerdo con esa solución, en el momento de la toma de control (fecha de adquisición) el cedente tendría que hacer un asiento en el que daría de baja los activos incluidos en el inventario, que tendría como contrapartida los pasivos cedidos más la entrada en bancos representada por el precio de la cesión, o, si aún no se ha pagado el precio, por el crédito contra el cesionario por el importe de aquél. Y el cesionario haría lo contrario: registraría los activos que se le ceden contra los pasivos asumidos más la deuda que contrae por el precio pendiente de pago, o, en su caso, el importe pagado por la cesión¹². Y, a partir de entonces el cedente dejará de contabilizar los ingresos y los gastos por razón de la cartera cedida, pasando a hacerlo el cesionario.

No obstante, el mecanismo de contabilización de los ingresos y gastos derivados de contratos de seguro no puede ser tan lineal ni tan automático como el Plan sugiere. Como decíamos antes, cuando se produce la emisión de un recibo, el titular del derecho de crédito documentado en el mismo contra el tomador del seguro sigue siéndolo el cedente, por lo que la emisión deberá hacerse en el mismo modo que se venía haciendo, si bien, a continuación de registrar el ingreso por

12. En ambos casos, el precio pagado en exceso de la diferencia entre el valor de los activos y pasivos cedidos representará, respectivamente, un beneficio para el cedente y un activo intangible para el cesionario.

primas que constituye la contrapartida del recibo deberá hacerse un asiento anulando dicho ingreso, que corresponde al cesionario, reconociendo una deuda para con él. Y algo similar, pero de signo contrario, tendría que hacer el cesionario, quien, aunque el Plan parece sugerir otra cosa, tampoco podrá reconocer el crédito contra el tomador a la emisión del recibo: si quiere reconocer el ingreso por primas, su contrapartida no podrá ser un crédito contra el tomador, sino contra el cedente. En resumen, los asientos a realizar por cedente y cesionario, a la emisión del recibo, deberían ser, en síntesis, del siguiente tenor:

Por parte del cedente:

A la emisión del recibo	DEBE	HABER
Recibos de primas pendientes de cobro	x	
Primas emitidas		x
Primas emitidas Cesionario	x	
		x

De este modo, habría anulado el ingreso que representa la prima, el cual corresponde ya al cesionario, al tiempo que reconocido la deuda para con éste por razón de la prima cedida.

Por parte de cesionario procedería un asiento de este tipo:

A la emisión del recibo	DEBE	HABER
Cedente	x	
Primas devengadas		x

En el que la contrapartida del ingreso, que ya registra como suyo, no es el recibo, ya que aún no es titular de derecho alguno frente al tomador, sino el crédito que surge contra el cedente; sin que, por otra parte, parezca procedente utilizar, para el reconocimiento del ingreso, la cuenta de primas emitidas, ya que no es el cesionario, sino el cedente quien las emite.

De modo similar habría que proceder con los gastos. Así, el pago de un siniestro correspondiente a la cartera cedida habrá de ser realizado por el cedente, quien lo registrará como tal, aunque a continuación lo anule mediante un asiento de signo contrario, en el que la contrapartida del gasto anulado será el reconocimiento de un crédito contra el cesionario, quien procederá en sentido inverso, registrando el siniestro como un gasto cuya contrapartida será una deuda con el cedente.

Todo este mecanismo contable, o, al menos, la remisión al mismo, en los términos del Plan de Contabilidad de las Entidades Aseguradoras, debería quedar recogido con claridad en el convenio de cesión, a fin de evitar discusiones ulteriores sobre el significado de la toma de efectos económicos; discusiones que pueden producirse si, una vez firmado el convenio de cesión, los resultados de la cartera cedida no son los esperados por el cesionario.

En cualquier caso, el mecanismo de registro contable establecido por el PCEA no deja de presentar dificultades, incluso de naturaleza conceptual. Como se ha indicado, el Plan dispone que a partir de la fecha de adquisición el adquirente, en este caso el cesionario, deberá registrar los activos adquiridos y los pasivos asumidos. Pero, aun asumiendo que esto sea razonable, desde el punto de vista estrictamente contable, en razón de la prevalencia de la sustancia económica de la operación sobre su forma jurídica, el registro por parte del adquirente de los activos y pasivos objeto de la cesión parece implicar que el cedente debe hacer lo contrario, porque lo que no pa-

rece razonable es que tales activos y pasivos sigan figurando en su balance, cuando también lo están haciendo en el balance del cesionario. Es decir, un activo, sea un inmueble o una inversión financiera, no puede estar simultáneamente en el activo del cedente y del cesionario. Y otro tanto cabe decir de los pasivos: si éstos representan obligaciones, tampoco pueden figurar al mismo tiempo en el balance de uno y de otro.

Una vez más, habría que recurrir, para resolver esta aporía, al argumento del predominio de la sustancia económica sobre la forma jurídica. Sólo que, a diferencia de lo que sucede con los ingresos y los gastos, en el caso de los activos y pasivos esa posición intelectual resulta mucho más difícil de mantener. En efecto, en relación con los ingresos y los gastos, en la medida que unos y otros representan, respectivamente, recursos económicos que acabarán por entrar o salir del patrimonio de la empresa, cabe sostener que, en virtud de las circunstancias que rodean a la operación, si ésta llega a su término pueden considerarse como de la entidad adquirente (cesionaria); o, como decía la anterior normativa sobre sociedades anónimas, a partir de la fecha de efectos contables es como si las operaciones que realiza la entidad adquirida las estuviera realizando por cuenta de la adquirente. Pero es muy difícil trasladar esa idea al terreno de los activos y de los pasivos, respecto de los cuales la titularidad es un elemento esencial, que impide considerar que, en tanto aquélla se mantenga en sus términos originales, los derechos y obligaciones en que unos y otros consisten se puedan atribuir a un titular distinto. Así, si se trata de un inmueble, del que es titular registral el cedente, resulta extremadamente forzado pretender que desaparezca de su activo y pase a figurar en el activo del cesionario. Por mucho que la imagen fiel, según el Plan de contabilidad, resulte de la aplicación de los principios contables, hay otra imagen fiel, que deriva del sentido común y de la evidencia de las cosas, que pugna con no reconocer como propio lo que todo el mundo reconoce como tal. En el citado caso del inmueble, la titularidad registral acredita frente a todos que aquél es propiedad de quien la ostenta; y todos los derechos anejos a la misma corresponden, lógicamente, a dicho titular, así como las obligaciones: si hay un impuesto que grava el inmueble, el obligado al pago no será el que diga el Plan, sino el propietario.

Otro tanto ocurre con las obligaciones. Si se trata, por ejemplo, de una obligación tributaria, la Hacienda no se va a dirigir contra el cesionario, sino contra el cedente; y, si se trata de obligaciones derivadas del contrato de seguro, los asegurados o perjudicados no van a reclamar al cesionario, sino al cedente; al menos, hasta que la cesión se consume, pues en tal momento sí se habrá producido la subrogación del segundo en la posición jurídica que correspondía al primero.

Una forma de soslayar este inconveniente que presenta la aplicación de la literalidad de la norma de registro y valoración en relación con los activos y pasivos cedidos sería la de proceder de modo análogo a la antes indicada para la contabilización de los recibos de prima pendientes de cobro emitidos en el periodo transitorio (que tampoco se halla avalada por la literalidad del precepto). Así, en lugar de que el cesionario contabilizara los activos y pasivos cedidos como si ya fueran propios, podría contabilizar, respectivamente, créditos y deudas con el cedente, por razón de tales activos y pasivos, cuya titularidad efectiva sólo se le transferirá cuando la cesión se consume.

12. Enfoque alternativo para el registro contable de la operación

Por ello, entendemos que, al amparo de lo que el Plan dispone, cabe otro esquema contable para el registro de las operaciones relacionadas con la cesión, que no violenta los imperativos del sentido propio de las palabras ni las exigencias del tráfico jurídico. Éste consiste en utilizar el procedimiento que el Plan articula en relación con las que denomina “operaciones interrumpidas”, de las que la cesión de cartera puede constituir un buen ejemplo.

En relación con este tipo de operaciones, el Plan contable contiene normas de registro y valoración (en concreto la norma 6ª) para los que denomina grupos enajenables de elementos mantenidos para la venta, entendiendo por tales el conjunto de activos y pasivos directamente asociados de los que se va a disponer de forma conjunta, como grupo, en una única transacción; que es, precisamente, el caso de la cesión de cartera, en la que se ceden tanto los pasivos correspondientes a los contratos de seguro que son objeto de la operación como determinados activos relacionados con los mismos, que, normalmente, son aquellos afectos a la cobertura de las provisiones técnicas constitutivas de los pasivos en cuestión. Aun cuando la cesión de cartera no sea exactamente una compraventa, en el sentido estricto de contrato mediante el cual se transmite una cosa determinada a cambio de un precio cierto, el negocio en que la misma consiste presenta evidentes analogías de fondo con la compraventa y, al menos, por lo que a la transmisión de activos se refiere, cabe la plena asimilación con ella, como se ha adelantado al referirnos a la naturaleza jurídica de la figura que estamos comentando. Al fin y al cabo, hay transmisión de activos a título oneroso; y hay, asimismo, determinados supuestos que en el Código civil figuran dentro del título relativo a este tipo de contratos, que forman parte del negocio complejo que la cesión de cartera representa, cual es el caso de la compraventa alzada o en globo, o de la cesión de créditos. Por ello, la asimilación a efectos contables de la compraventa y de la cesión de cartera, especialmente si se tiene en cuenta lo dispuesto en el Marco Conceptual del Plan contable en relación con la ya aludida prevalencia del fondo económico de la operación sobre su forma jurídica, parece plenamente justificada.

Admitida, pues, la posibilidad de relativa asimilación entre la compraventa y la cesión de cartera, la presentación en cuentas por parte de vendedor (cedente) de los activos y pasivos correspondientes a este tipo de operaciones, en tanto se realiza efectivamente la cesión, supone incluir, tanto en el activo como en el pasivo, los elementos correspondientes a las operaciones interrumpidas en sendos epígrafes denominados, respectivamente, activos mantenidos para la venta y pasivos vinculados con activos mantenidos para la venta, en los que quedan agrupados bajo una sola denominación todos los bienes y derechos relacionados con la cartera cedida y, por otro, todas las obligaciones correspondientes a la misma; en ambos casos, según el inventario de activos y pasivos. Por lo que se refiere a los ingresos y gastos relacionados con dicha cartera, se agrupan bajo un solo epígrafe en la cuenta no técnica, que es el de resultado de operaciones interrumpidas, el cual recoge el saldo de lo que sería una cuenta de pérdidas y ganancias en la que se recogieran, exclusivamente, los indicados ingresos y gastos, que se presentarían así de forma separada a los demás que forman parte del negocio de la entidad cedente. De esta manera, desde la fecha de efectos contables, los ingresos y gastos correspondientes a la cartera cedida se registrarían por el cedente, pero se formaría con ellos una cuenta separada de pérdidas y ganancias, cuyo saldo se llevaría, en las cuentas anuales, o, en su caso, en las que se elaboren con periodicidad inferior, al epígrafe “resultado de operaciones interrumpidas” como una partida única, cuyo desglose no figuraría en el modelo de cuenta.

Abreviadamente, el registro contable que se propone respondería al esquema que a continuación se indica. Por lo que se refiere al balance, éste sería del siguiente tenor (tanto para este balance como para las demás cuentas que ilustran el proceso las cifras que se utilizan son inventadas, y no tienen otro objeto que el de mostrar la mecánica contable que se describe en los ejemplos que siguen):

Balance a la fecha de efectos (fecha de adquisición)			
Activos mantenidos para la venta	1000	Patrimonio neto	1000
Resto de activos	4000	Pasivos vinculados con activos mantenidos para la venta ¹³	1000
		Resto de pasivos	3000
Total activo	5000	Total pasivo	5000

En este balance se ha utilizado la denominación de activos mantenidos para la venta y pasivos vinculados con activos mantenidos para la venta por ser aquella la que prevé el modelo oficial de cuentas del Plan contable; aunque, en el caso que nos ocupa, sería más adecuado haber utilizado la de activos y pasivos a ceder. Tales activos y pasivos serían los incluidos en el inventario que debe acompañar al convenio de cesión. Por lo que se refiere a los ingresos y gastos, si consideramos, únicamente, a efectos de simplificar las explicaciones, primas emitidas, prestaciones pagadas y constitución de provisiones técnicas, los asientos a realizar, desde el momento de la fecha de efectos, serían, en síntesis, los siguientes:

Emisión de recibos			
1060	Recibos pendientes	Primas emitidas	1000
		Tributos repercutibles	60
Cobro de recibos			
954	Bancos	Recibos pendientes	954
Pago de tributos repercutibles			
54	Tributos repercutibles	Bancos	54
Pago de siniestros			
200	Prestaciones pagadas	Bancos	200
Constitución de provisiones técnicas a la fecha de ejecución			
700	Pérdidas y ganancias	Provisión primas no consumidas	500
		Provisión de prestaciones	200

Los asientos anteriores darían lugar a que el resultado de las operaciones interrumpidas fuese el que se desprende de la siguiente cuenta:

Primas emitidas.....	1000
Prestaciones pagadas	(200)
Dotación a la provisión para primas no consumidas.....	(500)
Dotación a la provisión de prestaciones.....	(200)
Resultado de operaciones interrumpidas.....	100

13. Esta agrupación incluiría las provisiones técnicas correspondientes a la cartera objeto de cesión, según el inventario, mientras que en la agrupación "Resto de pasivos" se hallarían incluidas las provisiones técnicas (para primas no consumidas, de prestaciones) correspondientes al negocio que no se cede, cuyo desglose no se detalla por no complicar el ejemplo.

De esta forma, el balance correspondiente a las operaciones interrumpidas sería el siguiente:

Balance de operaciones interrumpidas			
Recibos pendientes de cobro	106	Resultado operaciones interrumpidas	100
Bancos	700	Provisión primas no consumidas	500
		Provisión de prestaciones	200
		Tributos repercutibles	6
Total activo	806	Total activo	806

Este balance, referido a la fecha de ejecución, se integra por activos y pasivos que modificarían, o se agregarían, a los que se agrupan bajo la denominación de mantenidos para la venta; de modo que el balance de la cedente a la fecha de ejecución, suponiendo que no ha habido más movimientos que los procedentes de operaciones interrumpidas, es decir, manteniendo invariables todas las demás partidas, sería éste:

Balance a la fecha de ejecución (cedente)			
Activos mantenidos para la venta	1806	Patrimonio neto	1000
Resto de activos	4000	Resultado de operaciones interrumpidas	100
		Pasivos vinculados con activos mantenidos para la venta	1706
		Resto de pasivos	3000
Total activo	5806	Total pasivo	5806

En este momento, el cedente deberá entregar al cesionario los activos y pasivos a ceder, más los generados desde la fecha de efectos, siendo la diferencia entre el valor de aquéllos y de éstos el saldo de la cuenta resultado de operaciones interrumpidas. Hasta ese momento, el cedente es el titular de los activos y pasivos generados; pero en el momento de la ejecución se produce la subrogación del cesionario en tales activos y pasivos, de modo que a los inicialmente seleccionados en la fecha de efectos, e incluidos en el correspondiente inventario, se agregarían los generados desde entonces. El balance de la cesionaria quedaría así:

Balance a la fecha de ejecución (cesionaria)			
Activos (según inventario)	1000	Resultado de la cesión	100
Recibos pendientes de cobro	106	Provisión primas no consumidas	500
Bancos	700	Provisión de prestaciones	200
		Tributos repercutibles	6
		Pasivos (según inventario)	1000
Total activo	1806	Total pasivo	1806

Donde los activos y pasivos según inventario son los que figuraban en el balance de la cedente a la fecha de efectos como activos mantenidos para la venta y pasivos vinculados con activos mantenidos para la venta, porque en este ejemplo hemos supuesto que no se han alterado hasta la fecha de ejecución, habiéndose añadido a los mismos los activos y pasivos generados durante el periodo transitorio.

Esta alternativa de contabilización no responde exactamente al supuesto contemplado en el Plan para el tratamiento de las operaciones interrumpidas, porque el presupuesto para éstas es que los activos y pasivos relacionados con las mismas sigan siendo titularidad de la empresa que prevé efectuar su transmisión, mientras que en las combinaciones de negocios se parte del presupuesto de que dichos activos y pasivos son ya de la sociedad adquirente. En este caso, si, antes de la transmisión efectiva, el titular del negocio que se adquiere realiza el registro contable de las operaciones, lo estará haciendo por cuenta del cesionario, por cuya razón no debería registrar como propios los activos ni los pasivos, ni tampoco los ingresos y gastos relacionados con los mismos, que es lo que sucede con el esquema contable diseñado para las operaciones interrumpidas. Además, las operaciones interrumpidas tienen como presupuesto de hecho la existencia de intención de transmitir elementos patrimoniales, pero sin que dicha transmisión se haya realizado todavía; mientras que en las combinaciones de negocios se parte de la premisa de que la adquisición de éste y, por tanto, de los elementos patrimoniales relacionados con los mismos, ya ha tenido lugar.

Sin embargo, volvemos a insistir en que, antes de la transmisión efectiva, la aplicación a la cesión de cartera del enfoque previsto en el Plan tiene mucho de forzado, pues por mucho que se quiera argumentar la prevalencia del fondo sobre la forma lo cierto es que la titularidad de los activos y de los pasivos sigue siendo del cedente: especialmente, en el caso de ciertos activos, como los inmuebles, cuya titularidad frente a terceros se acredita mediante la inscripción registral; o de los recibos de primas emitidos, que lo siguen siendo por el cedente, de modo que será al cedente a quien el tomador identifique como titular del derecho de crédito y será también a él a quien se dirija para el pago de la prima. Y otro tanto ocurre con los pasivos, tanto con las obligaciones derivadas de los contratos de seguro, para cuya satisfacción el acreedor (asegurado o perjudicado) se dirigirá contra el cedente, como para las que dimanen de cualquier otro hecho jurídico de los que da lugar al nacimiento de las mismas; por ejemplo, las obligaciones para con acreedores tales como la Hacienda Pública, o el Consorcio de Compensación de Seguros, que, para la extinción del crédito que ostentan contra el cedente se dirigirán contra él, y no contra el cesionario.

El esquema propuesto, basado en el procedimiento contable establecido para las operaciones interrumpidas, tiene la ventaja de que, hasta la fecha de ejecución, los activos y pasivos a ceder continúan en el balance de la cedente, que es lo que corresponde a la realidad de las cosas. Al propio tiempo, la contabilización de las transacciones inherentes a la cesión como operaciones interrumpidas y, correlativamente, la de los activos y pasivos relacionados con las mismas como activos mantenidos para la venta y como pasivos relacionados con dichos activos, respectivamente, muestra la especial situación en que éstos se encuentran, permitiendo su clara identificación en los estados financieros, de manera separada al resto de activos y pasivos, y de ingresos y gastos; y, por otra parte, respeta el principio establecido en el Plan de que, a partir de la fecha de adquisición (fecha de efectos), los ingresos y los gastos, o, lo que viene a ser lo mismo, el resultado de las operaciones relacionadas con la cesión, se atribuye al adquirente, o sea, al cesionario. Si, por las razones que fueren (por ejemplo, porque no llegare a dictarse la autorización administrativa para la cesión, o por mutuo disenso de las partes antes de la fecha de ejecución) la cesión no llega a llevarse a cabo, no hay que proceder a dar de baja en el activo de la cesionaria unos activos y pasivos que nunca fueron realmente suyos; al menos, no con eficacia frente a terceros.

13. El precio de la cesión

Es otra de las menciones necesarias del convenio de cesión, según el Reglamento; lo que, por otro lado, parece que tiene pleno sentido, puesto que la cesión de cartera, además de suponer una novación modificativa, por cambio de deudor, de los contratos de seguro integrantes de la misma, no deja de ser una transmisión de un negocio en marcha, que, como tal, tiene un valor en sí mismo, que justifica el pago de un precio. Ahora bien, la determinación del precio es un elemento del contrato que queda al arbitrio, o, mejor, al acuerdo de las partes. Lo que no podrá ocurrir es que el señalamiento del precio quede al arbitrio de sólo una de ellas, por ser contrario, no sólo al régimen jurídico de la compraventa, sino a los principios generales de contratación, a cuyo tenor la validez y el cumplimiento de los contratos, en general, no puede quedar al arbitrio de uno de los contratantes.

En la determinación del precio intervienen, indudablemente, factores objetivos, pero no cabe afirmar que el precio que las partes finalmente acuerden para la cesión se base solamente en este tipo de elementos. La primera dificultad para que esto fuera así deriva de la propia discrecionalidad que interviene en la valoración de dichos factores: así, una de las técnicas de valoración más usuales es la consistente en proyectar hacia el futuro los flujos de beneficio esperados de la cartera de que se trate, y actualizar dichos flujos a la fecha a que se contraiga el acuerdo de cesión. Pero en la brevísima descripción que acabamos de hacer del procedimiento de determinación del valor de una cartera ya se han deslizado suficientes elementos de subjetividad como para hacer que la valoración que resulte sea discutible. Así, hablamos de flujos futuros, cuando el futuro es, por definición, de imposible predicción, y todo lo más que cabe hacer es aproximaciones basadas en hipótesis razonables, que luego pueden verse confirmadas por la experiencia o no. El único flujo real es el flujo actual, y todo lo que se haga en relación con flujos futuros son estimaciones, de las que, con vistas a una transacción, lo más importante es que sean aceptadas por las partes; aunque no cabe duda de que dicha aceptación será tanto más probable cuanto más razonables sean las hipótesis en que se sustentan esas estimaciones. En este sentido, es normal que se hagan cálculos basados en el resultado actual del negocio, y que se formulen hipótesis sobre la caída de cartera, la evolución previsible de la siniestralidad, etc.; pero también se formulan hipótesis sobre capacidad de generar nuevo negocio, y su traducción en términos de contribución al resultado, porque, así como hay quien afirma que el nuevo negocio depende de la capacidad y el esfuerzo del cesionario, no cabe ignorar el efecto de inercia que implica el disponer de un negocio en marcha y una clientela consolidada.

Pero, si ya aquí se presenta un importante problema de determinación de flujos futuros, no menos arduo resulta el de calcular el valor actual de dichos flujos a la fecha del acuerdo; y en dicho cálculo intervienen, una vez más, consideraciones de índole subjetiva a la hora de fijar el tipo de interés que debe utilizarse para el descuento financiero de los flujos en cuestión. Además, cuando se habla de estimación y descuento de flujos futuros, es preciso manejar horizontes temporales razonables, pues resulta perfectamente inútil plantearse escenarios que abarquen un excesivo número de años, a lo largo de los cuales el mantenimiento de las hipótesis que se hayan podido establecer en el momento de la valoración no pasa de ser una ilusión. Una limitación insalvable de muchos cálculos financieros es que toman horizontes temporales de treinta o cuarenta años, cuando la experiencia ha demostrado que en ese tiempo puede cambiar no sólo el escenario económico, sino hasta la propia configuración del mapa político de todo un continente.

Sea cual fuere el procedimiento de determinación del valor de la cartera objeto de cesión, la fijación del precio de la misma es una cuestión que queda exclusivamente al criterio y al acuerdo de las partes, las cuales pueden o no tener en cuenta el cálculo efectuado para determinar su valor. Por lo general, será normal que lo tengan en cuenta, pero ello no quiere decir que ese cálculo sea el único elemento de juicio para llegar a la fijación del precio. Éste puede resultar superior si así

conviene al interés del cesionario, que puede estar dispuesto a pagar un precio más alto a cambio de conseguir una posición dominante en el mercado, o el acceso a un determinado ramo en el que no tiene experiencia, o por cualquier otra razón que convenga a sus intereses particulares. Por otra parte, la cesión de una cartera no tiene por qué suponer, necesariamente, el pago de un precio por parte del cesionario, aun cuando esto sea lo normal: en determinadas circunstancias, puede suceder que sea el cedente, interesado en desprenderse de un negocio que no le interesa, quien se halla dispuesto a no cobrar, e incluso a pagar un precio para que sea otro asegurador quien se haga cargo de las obligaciones que, de otro modo, le corresponderían a él. Ello no quiere decir necesariamente que se trate de un negocio generador de pérdidas: puede tratarse, simplemente, de un negocio que no responde a la estrategia de una compañía o grupo y del que, en determinadas circunstancias, resulte oportuno desprenderse lo antes posible. No son, desde luego, situaciones frecuentes, porque un negocio en marcha con una gestión adecuada debe ser generador de resultados positivos y ello, a su vez, da lugar a que deba atribuirse al mismo un valor igualmente positivo, que demanda un precio a cambio de su cesión a otro asegurador. En todo caso, como la finalidad objetiva y típica del convenio del que trae su causa la cesión de cartera es la transmisión de los contratos de seguro integrantes de la misma a cambio de un precio, éste es un elemento esencial del contrato de cesión que, como tal, debe figurar en el correspondiente convenio, tal como exige el Reglamento de Seguros.

Con todo, el precio de la cesión fijado en el convenio no siempre es un precio definitivo. El hecho de que sean frecuentes las estipulaciones contractuales en virtud de las cuales el cedente garantiza al cesionario la suficiencia de las provisiones técnicas correspondientes a la cartera cedida hace que, con cierta frecuencia, el cedente deba compensar al cesionario de las desviaciones producidas en relación con dichas provisiones, igual que sucede con los pactos que obligan a actualizar el inventario a la fecha de ejecución, actualización de la que puede derivar un cambio en la valoración de los activos o de los pasivos cedidos; lo que no dejan de ser modos de alterar, siquiera por vía indirecta, el precio inicialmente convenido. Otro tanto puede suceder cuando, tras la toma de control que se produce en la fecha de adquisición, el desarrollo del negocio no responde a los planteamientos sobre los que se fundamentó el convenio de cesión, siempre que en este se haya previsto que, en tal supuesto, el precio de la misma podrá ser sometido a revisión.

Sucede aquí algo similar a lo antes indicado en relación con las cosas objeto del contrato: el hecho de que el precio inicialmente pactado no sea el definitivo, en función de las modificaciones que puedan producirse en el inventario de activos y pasivos desde la fecha de efectos a la de ejecución, no quiere decir que no se trate de un precio cierto que invalide el contrato por no responder a la regulación propia del contrato de compraventa. En este sentido, debe recordarse que, en el sistema del Código civil, para que el precio se tenga por cierto bastará con que lo sea con referencia a otra cosa cierta, cuales son los elementos integrantes del activo y pasivo que se ceden. Desde otro punto de vista, nos encontramos, de nuevo, ante el supuesto de indeterminación en la cantidad, que no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes. Claro que, si las partes han convenido en un precio como definitivo, cualquiera que sea el desarrollo posterior de los acontecimientos, no habrá lugar a modificación alguna, ni por vía directa ni indirecta; por más que la cláusula de garantía de la suficiencia de las provisiones técnicas, en particular la de prestaciones, raramente se excluya en los convenios de cesión.

14. Efectos condicionados a la autorización administrativa

La última de las menciones que obligatoriamente debe incluir el convenio de cesión, según el Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, es la relativa a que los efectos de la cesión se hallan condicionados al otorgamiento de la preceptiva autorización administrativa. En realidad, no se trata de una condición impuesta por iniciativa de las partes, sino que se trata de una “conditio iuris”, sin cuyo cumplimiento el negocio no llega a ser eficaz; de modo que aunque en el convenio no figurara una mención explícita a esta circunstancia, no por ello la falta de aprobación dejaría de revestir la misma importancia. Así pues, la autorización administrativa se configura en el Reglamento, y así suele expresarse en los convenios, de modo similar al de una condición suspensiva, en el sentido de hecho futuro e incierto, no dependiente, por tanto, de la voluntad de las partes, de cuyo cumplimiento depende la eficacia del contrato, pues aunque “conditio iuris” y condición suspensiva no sean términos equivalentes, el hecho de que el Reglamento exija que en el convenio de cesión se haga referencia a la fecha de efectos, condicionada a la autorización administrativa, conduce, en la práctica, a dicha equivalencia.

Sin embargo, el hecho de que el Plan contable configure el registro de la operación en los términos en que lo hace, y de que se hable de fecha de efectos económicos, o de efectos contables, hace que el incumplimiento de la condición consistente en el otorgamiento de la autorización administrativa juegue más bien como condición resolutoria de unos efectos que ya han empezado a producirse. Así, desde el punto de vista contable ya hemos visto cómo la conclusión del convenio da lugar a que el cesionario registre los activos y pasivos adquiridos, así como los ingresos y los gastos relacionados con la cesión; y dicho registro contable trae su causa de la toma de control del negocio por parte de la cesionaria, en los términos en que el Plan concibe ese control que, como ya hemos indicado, no es un control total e incondicionado, ya que éste sólo se produce tras la total consumación del proceso de cesión. Pero, con esas limitaciones, no cabe duda de que el convenio de cesión ya ha producido numerosos efectos, entre los cuales no es el menos importante el ya comentado de la toma de control, justificativa de que el Plan articule ese procedimiento de contabilización.

Ahora bien, si la autorización administrativa no llega a otorgarse, o se deniega, no sólo es que no se cumpla la condición en cuya virtud la cesión llega a tener plenos efectos, sino que todo lo hecho hasta entonces, con su consiguiente reflejo en el orden contable, queda sin efectos; de modo que, como apunta la instrucción de la DGSFP antes comentada, habría que deshacer contablemente todo lo hecho hasta ese instante, procediendo de la manera que el Plan de contabilidad establece para la corrección de errores.

Lo anterior indica que existe cierta disociación entre los conceptos subyacentes bajo la expresión “toma de efectos” según el Reglamento y según el Plan contable; pero aun siendo esto así, tampoco parece demasiado apropiada la referencia que efectúa el Reglamento a esta noción cuando exige que el convenio incluya una mención relativa a la toma de efectos de la cesión condicionada a la autorización administrativa, por cuanto parece sugerir que una vez producida ésta la cesión será plenamente eficaz, cuando no es así.

La autorización administrativa es una condición necesaria para que la cesión llegue a producir efectos, pero para ello es preciso que la cesión se lleve efectivamente a cabo mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública y su inscripción en el Registro Mercantil, sin las cuales el convenio seguirá obligando a las partes en los términos en que se hubiere suscrito, pero no será eficaz frente a terceros; siendo, precisamente, ese efecto frente a terceros, los tomadores de seguro, lo que fundamentalmente se persigue con la cesión de cartera y lo que constituye su razón de ser. Es decir, la autorización no supone sino la conformidad de la Administración con la operación de cesión; es una habilitación necesaria para que ésta pueda llevarse a cabo, pero

se limita a eso: la autorización administrativa, una vez concedida, permite que la cesión se lleve a efecto, pero no obliga a ello. De modo que, incluso después de que la autorización se haya otorgado, las partes pueden poner fin a la relación surgida del convenio por mutuo disenso ¹⁴, en cuyo caso es claro que la simple autorización administrativa que se configura en el Reglamento como obligatoria es condición necesaria, pero no suficiente para que la cesión produzca plenos efectos.

El hecho de que la autorización administrativa opere como una condición suspensiva, de cuyo cumplimiento dependen los efectos del negocio en que la cesión consiste, hace que jueguen también las previsiones que establece el Código civil para el periodo que media entre la conclusión del contrato y su plena eficacia; en particular, las relativas a que el acreedor pueda ejercer, antes del cumplimiento de la condición, todas las acciones que resulten procedentes para la conservación de su derecho. Así, el cesionario podría oponerse a cambios en la política comercial o de suscripción por parte del cedente, en la medida en que con ellos se pudiera comprometer la calidad del negocio que es objeto de la cesión de cartera. En este sentido, es usual que en los convenios de cesión se introduzcan cláusulas en garantía de los derechos del cesionario, que vienen a reforzar las previsiones generales de la ley en tal sentido.

14. En este caso, que, ciertamente, no debe considerarse como normal, parece que la renuncia a la transacción debería realizarse con las mismas formalidades que las observadas en relación con el convenio de cesión; al menos en cuanto a la aprobación de la renuncia por las juntas generales de ambas entidades y a la comunicación al órgano de control.

15. Necesidad de cuentas auditadas

El artículo 70.1.c) del ROSSP exige también, como parte de la documentación necesaria para la tramitación del expediente de cesión de cartera, la presentación del balance y cuenta de pérdidas y ganancias de las entidades interesadas, cerrados dentro de los seis meses anteriores a la fecha de adopción del acuerdo de cesión de cartera por el órgano social competente, adjuntando el informe emitido, en su caso, por los auditores de cuentas de la entidad.

La referencia al informe emitido, en su caso, por los auditores de cuentas, plantea algunos problemas de interpretación. Si se trata de cuentas anuales, la expresión “en su caso” parece referirse a los supuestos en que dicho informe es obligatorio, dejando fuera, por tanto, aquellos casos en que no se precisa el informe de auditoría. Según lo dispuesto en la disposición adicional primera, 1.d) de la Ley de Auditorías (Ley 19/1988, de 12 de julio), deben someterse a auditoría de cuentas anuales las entidades que tengan por objeto social cualquier actividad sometida a la Ley 33/1984, de Ordenación de los Seguros Privados; referencia legal que hoy debe entenderse hecha al Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. Pero indica la Ley que dicha obligación de auditoría se halla sujeta a los límites que reglamentariamente se determinen; límites que se establecieron por la disposición adicional quinta del Real Decreto 1636/1990, de desarrollo de la Ley de Auditoría. Pero éste fue derogado por el Real Decreto 239/2007, de 16 de febrero, de modificación del Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, por lo que cabe entender que en la actualidad no existen límites reglamentarios a la obligación de someter a auditoría las cuentas de las entidades aseguradoras y que, por lo tanto, todas ellas, con independencia de su volumen de operaciones, se hallan sometidas a dicha obligación.

Pero esa obligación legal se refiere sólo a las cuentas anuales. El Reglamento de Seguros también contempla, sin embargo, la posibilidad de que la cesión de cartera se realice, tomando como referencia los balances de situación y cuenta de pérdidas y ganancias de las entidades interesadas, cerrados dentro de los seis meses anteriores a la fecha de adopción del acuerdo de cesión, que, si es posterior al treinta de junio, dará lugar a que ya no puedan utilizarse el balance y la cuenta de pérdidas y ganancias correspondientes al cierre del último ejercicio económico. En relación con éstos, no hay una norma que obligue a que dichos estados financieros se hallen auditados, por lo que cabría entender que, al utilizar el Reglamento la expresión “en su caso” para referirse a que los documentos en cuestión se hallen auditados, esta obligación sólo rige para el caso de que se tome como fecha de referencia el inicio del ejercicio. No parece, sin embargo, que fuera éste el criterio de la Administración de control; entre otras cosas, porque sería poco coherente exigir el requisito de la auditoría para unos estados financieros referidos al comienzo del ejercicio y no hacerlo así cuando la fecha de referencia es otra distinta. Por eso, parece oportuno entender que la expresión “en su caso” ya no tiene aplicación, y que el requisito de informe de los auditores siempre es exigible; aspecto éste que debería tenerse en cuenta en futuras reformas del Reglamento. Por otra parte, y al hilo del relativo paralelismo entre las operaciones de fusión y de cesión de cartera, conviene recordar que en la normativa sobre fusiones se exige que el balance de fusión sea verificado por el auditor de cuentas (artículo 37 de la Ley 3/2009).

Como antes se ha indicado, la normativa sobre cesión de cartera contenida en el Reglamento de Seguros se halla inspirada en gran medida por la regulación establecida para las fusiones de sociedades. En ese sentido, la normativa sobre fusiones constituida por la mencionada Ley 3/2009 dispone que en la información sobre el proyecto de fusión que ha de ponerse a disposición de los socios, obligacionistas y titulares de derechos especiales se incluyan las cuentas anuales de los tres últimos ejercicios sociales, así como el balance de fusión de cada una de las sociedades, cuando sea distinto del último balance anual aprobado; esto es, cuando sea posterior en más de seis meses al de cierre del último ejercicio. Pero la normativa aseguradora en relación con la cesión de cartera sólo toma como referencia el último balance, así como la cuenta de pérdidas y ganancias.

Desde una perspectiva de mayor conocimiento de las circunstancias que acompañan a la cesión, podría haber parecido más lógico que se hubiera requerido la presentación de las cuentas anuales en su conjunto, y no sólo del balance y la cuenta de pérdidas y ganancias. Sin embargo, la posibilidad de que el acuerdo de cesión pueda tomarse en fecha posterior en más de seis meses al cierre de un determinado ejercicio hace que la falta de mención a la memoria tenga sentido, pues ésta sólo se elabora en relación con las cuentas anuales, y no con un cierre contable realizado en fecha distinta, con respecto a la cual sí resulta procedente, en cambio, la elaboración de un balance y de una cuenta de pérdidas y ganancias.

Lo que sí cabe plantearse es una cuestión de mayor calado, cual es la de la razón de ser de esta exigencia de presentación de los documentos referidos, cuando de lo que se trata no es de la transmisión a título universal de un patrimonio, sino la de determinados contratos de seguro. Sin duda, esta exigencia se funda en el ya aludido paralelismo que se ha seguido en la regulación de la cesión de cartera con la establecida para la fusión; pero así como en este último caso los documentos en cuestión resultan especialmente relevantes, no sucede lo mismo en el caso de las cesiones de cartera; especialmente cuando se trata de cesiones de un ramo y, con mayor razón, si se trata de cesiones parciales.

En efecto, en el caso de las fusiones es preciso que en el proyecto de fusión se informe sobre el tipo de canje de las acciones, la compensación complementaria en dinero que, en su caso, se hubiere previsto, así como del procedimiento de canje, si es que éste resulta procedente. En todo caso, para la determinación del capital de la sociedad resultante de la fusión, o del importe en que procede aumentar el capital de la sociedad absorbente, en el supuesto de fusión por absorción (salvo el caso de la que sociedad absorbida se halle íntegramente participada por la absorbente, o que ambas sociedades se hallen íntegramente participadas por un mismo socio) la documentación de referencia la constituyen los balances de fusión de las sociedades involucradas, puesto que es con base en éstos como se va a determinar el patrimonio de la nueva sociedad y el valor de las acciones que haya que entregar a los socios de las sociedades fusionadas o de la sociedad absorbida. Pero en el caso de la cesión de la cartera el patrimonio de las sociedades intervinientes no juega papel alguno.

A este respecto, parece que la única finalidad de la presentación de las cuentas auditadas es la de acreditar ante el órgano de control que la cesión, que no tiene por qué entrañar la transmisión del patrimonio, o de parte de él, de la sociedad cedente a la cesionaria, tiene como marco de referencia unos estados financieros que contienen una información fiable, con base en la cual poder formar una opinión favorable sobre la situación de las entidades interesadas. Esto puede parecer razonable, toda vez que la cesión de los contratos de seguro que conforman la cartera en cuestión implica, como es lógico, la subrogación del cesionario en unas obligaciones cuya expresión contable son las provisiones técnicas, que deben hallarse adecuadamente calculadas y contabilizadas; por lo que el dictamen de los auditores acerca de las mismas es relevante, no sólo para las partes en el convenio de cesión, sino para el órgano de control que es, en definitiva, quien tiene que dar su aprobación a la operación en sustitución del consentimiento individual de todos y cada uno de los tomadores de seguro afectados por la misma. Sin embargo, si el dato más relevante para la autorización administrativa de la cesión, por lo que a información financiera se refiere, es el relativo a las provisiones técnicas de la cartera cedida, dicha información se obtiene con mucha mayor claridad y precisión de la documentación a que a continuación se hace referencia, es decir, del estado de cálculo y cobertura de provisiones técnicas de la cartera cedida; especialmente, si se trata del supuesto más frecuente, que es el relativo a cesiones de cartera de uno o varios ramos. Con vistas a formar un criterio sobre la suficiencia de las provisiones correspondientes a la cartera cedida, el balance de situación sólo tiene relevancia, en relación con la entidad cedente, en el supuesto de cesión general de la cartera correspondiente a todos los ramos. En los demás casos, la información que éste proporciona en relación con las provisiones técnicas es de nula utilidad, porque las provisiones que aparecen en balance son las totales, y no las específicas de cada ramo; como también es de muy poca relevancia la información contenida en la cuenta de pérdidas y ganancias, ya que en ella no figuran las provisiones técnicas, sino el cambio que experimenta su importe en el periodo a que la cuenta se refiera; o sea, la diferencia entre las provisiones constituidas al cierre y al inicio del periodo en cuestión.

16. Estados de cobertura de provisiones técnicas y de margen de solvencia

Entre la documentación que debe presentarse al órgano de control, junto con el convenio de cesión, menciona el Reglamento el estado de cálculo y cobertura de las provisiones técnicas de la cartera cedida, a la fecha en que se suscriba el convenio de cesión, así como el estado de margen de solvencia de la entidad cesionaria, para el caso de que se lleve a efecto la cesión. También exige la norma reglamentaria el estado de margen de solvencia de la entidad cedente, para el supuesto de que continúe su actividad aseguradora.

Como antes se ha indicado, el estado de cálculo y cobertura de provisiones técnicas de la cartera cedida sí puede ser un elemento de juicio relevante para la formación del criterio administrativo sobre la procedencia o no de autorizar la cesión de cartera, aun cuando también aquí resulte conveniente formular algunas consideraciones a las que en seguida nos referiremos. Antes, puede resultar procedente indicar que, así como en relación con los balances y las cuentas de pérdidas y ganancias se exige el requisito de que se adjunte el informe emitido por los auditores de cuentas de la entidad, no se hace mención a dicho informe en relación con esta documentación.

Esta omisión en relación con el dictamen de los auditores no deja de resultar llamativa, si lo que se pretende con el dictamen en cuestión es cooperar a la formación de un criterio por parte del órgano de control sobre la suficiencia de las provisiones correspondientes a los contratos que son objeto de cesión; si bien, en el esquema normativo vigente, resulta explicable en razón de que, si se trata de una cesión general de la cartera correspondiente a todos los ramos, las provisiones cedidas serán las que figuran en los estados financieros de la entidad, y si éstos se hallan auditados, el ámbito material de la auditoría comprenderá necesariamente la comprobación de las provisiones técnicas. Pero si se trata de una cesión de la cartera correspondiente a uno o varios ramos, que es el supuesto más frecuente, o de una cesión parcial, lo que hubiera sido procedente, en orden a la mencionada finalidad de emitir un juicio sobre la suficiencia de las provisiones, habría sido un informe de los auditores relativo a la cartera cedida. Es decir, en el marco de una cesión de cartera, tiene mucha más relevancia el informe de los auditores en relación con las provisiones correspondientes a la cartera cedida que el relativo a las cuentas anuales de las entidades interesadas en la fusión.

Bien es verdad que en el informe de auditoría se incluye un detalle sobre la evolución de las provisiones técnicas por ramos, en el caso de las provisiones para prestaciones, y también se hace mención a la suficiencia de las demás provisiones técnicas, que si mostraran alguna insuficiencia en relación con algún ramo, aparecería en el informe, si es que excediera de los límites impuestos por la aplicación del principio de importancia relativa; pero eso sólo sucedería en los casos de cesión total de cartera de un ramo o ramos: en los supuestos de cesiones parciales de cartera la información contenida en las cuentas anuales, sobre las que versa el informe de los auditores (o en los estados financieros que, en su caso, se elaborasen con referencia a fecha distinta a la de cierre del ejercicio) no se contiene información sobre las provisiones relativas a carteras que no sean las de la totalidad de un ramo.

Pero, en todo caso, y salvo, una vez más, en el supuesto de cesión general de toda la cartera, el informe de los auditores se refiere a la suficiencia de las provisiones, es decir, a la corrección de los cálculos efectuados para la determinación de su importe, pero no a la cobertura de dichas provisiones. El estado de cobertura de provisiones técnicas que es objeto de auditoría, como uno de los puntos que forman la memoria integrante de las cuentas anuales, es el estado de cobertura de la totalidad de dichas provisiones.

No hay estado de cobertura de provisiones técnicas por ramos; por lo que, en principio, cabría pensar que, lo mismo que cabe echar de menos una referencia al informe de los auditores en

relación con las provisiones técnicas correspondientes a la cartera cedida, igualmente habría sido conveniente una mención a que el informe de los auditores también alcanzase a la cobertura de dichas provisiones.

Sin embargo, hay que plantearse hasta qué punto resulta necesario, no sólo ese informe, que no se halla previsto en la norma reglamentaria, sino el propio estado de cobertura de las provisiones técnicas de la cartera cedida, que aquélla exige expresamente. En realidad, lo que importa no es tanto el estado de cobertura de la cartera cedida, referido a la fecha en que se suscriba el convenio de cesión, como pide el artículo 70.1.d) del Reglamento, sino que las provisiones técnicas correspondientes a dicha cartera se hallen cubiertas, después de la cesión, pues es esa cobertura la única que garantiza realmente los intereses de los asegurados, con vistas a lo cual lo que pasara antes de la cesión resulta irrelevante. Puede suceder que la entidad cedente no tenga cubiertas las provisiones técnicas correspondientes a la cartera a ceder, pero carecería de sentido oponerse a la concesión de autorización para la cesión si la entidad cesionaria garantiza la adecuada cobertura de las mismas. Por otra parte, esa referencia temporal es la que establece el Reglamento con relación al margen de solvencia; es decir, la correspondiente al supuesto de que la cesión se lleve a efecto, en la que lo que importa es, sobre todo, el margen de solvencia de la entidad cesionaria, más que el de la cedente, que ha dejado de tener relación con la cartera cedida; aunque también se pida información sobre este último, por si se ve afectado por la cesión.

En efecto, en relación con el margen de solvencia, el Reglamento exige la presentación del estado de margen de solvencia de la entidad cesionaria previsto para el caso de que se lleve a efecto la cesión, al objeto de garantizar que el aumento en la cuantía mínima del nuevo margen de solvencia exigido a esta última, debido al incremento de volumen de primas (o, en su caso, de siniestralidad) derivado de la nueva cartera adquirida se halla suficientemente cubierto con patrimonio propio no comprometido, de modo que no se ponga en peligro la capacidad financiera de la entidad cesionaria para cumplir sus compromisos con los asegurados. También se pide el estado de margen de solvencia de la entidad cedente para el supuesto de que continúe con la actividad aseguradora. Esto sucederá siempre que la cesión no afecte a todos los ramos en los que opera la entidad, pues, en tal caso, dicha cesión será causa de revocación de la autorización administrativa para operar en seguros y, consiguientemente, causa de disolución. Pero, en el caso de que la entidad continúe con su actividad, la entidad cedente tendrá que presentar su nuevo estado de margen de solvencia, que podrá diferir, e incluso verse perjudicado, respecto del que tenía antes de la cesión, ya que la transferencia de las partidas de activo que cubren las provisiones técnicas podrá implicar el correlativo traspaso de plusvalías latentes correspondientes a dichas partidas, alterando, en consecuencia, el patrimonio propio no comprometido.

17. El trámite de información pública

Dispone el número 2 del artículo 70 del ROSSP que, una vez presentada la documentación comentada en los apartados anteriores, junto con la solicitud de autorización, se acordará la apertura del periodo de información pública, en los términos previstos por el propio precepto reglamentario. Hasta la reforma del Reglamento llevada a cabo por el Real Decreto 1298/2009, de 31 de julio, el acuerdo de apertura del periodo de información pública requería orden del Ministro de Economía y Hacienda, pero a partir de dicha reforma se realiza mediante resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones; lo que simplifica el procedimiento, al menos en términos de tiempo de tramitación. La resolución de la Dirección General de Seguros autoriza a las entidades interesadas a la publicación de anuncios en uno de los diarios de mayor circulación de las provincias donde tengan su domicilio social y en otro diario de ámbito nacional, según la nueva redacción del precepto que ahora comentamos; que difiere de la redacción anterior en que, por lo que se refiere a la publicación de anuncios, esta obligación sólo afectaba a la que, de manera un tanto imprecisa, se llamaba la entidad interesada; lo que obligaba a un esfuerzo de interpretación para concluir cuál era ésta, ya que en la cesión intervienen y, por tanto, están interesadas, dos entidades: la cedente y la cesionaria.

Dicha interpretación conducía a la conclusión de que la entidad interesada, por lo que al anuncio se refiere, es la entidad cedente, puesto que la información pública tiene por objeto que los asegurados, o los tomadores, puedan manifestar las razones que les asiste para oponerse a la cesión, siendo ésta la base para que la Administración pueda juzgar sobre la procedencia o no de su autorización. Pero los tomadores y los asegurados, hasta que la cesión se lleve a cabo, lo son sólo de la cedente, y la autorización administrativa surte, como hemos dicho, el efecto de suplir el consentimiento individual de todos y cada uno de los acreedores por contrato de seguro en relación con el sujeto pasivo de las obligaciones respectivas para con cada uno de ellos, que es la cedente. Así pues, parece lógico que, si sólo los tomadores y asegurados de la cedente se pueden oponer a la cesión, sea también la cedente la entidad interesada en publicar el anuncio.

Sin embargo, la nueva redacción del Reglamento ya no habla de la entidad, sino de las entidades interesadas, lo que parece obligar a que ambas publiquen los anuncios a que el precepto se refiere. Una vez más, la asimilación de procedimientos entre la cesión de cartera y la fusión conduce a una regulación que puede no ser la más adecuada, porque en el caso de la fusión sí que tiene sentido la comunicación al público por parte de las entidades interesadas; pero en el de la cesión de cartera la información que tenga que hacer la cesionaria parece innecesaria, porque los tomadores y asegurados de la entidad cesionaria no tienen nada que decir a este respecto. Es cierto que la norma reglamentaria, cuando habla del derecho de oposición, lo hace en relación con los tomadores, sin especificar si lo son de la cedente o de la cesionaria, con lo que, atendiendo a la pura literalidad del precepto, podría pensarse que se refiere a ambos; pero es claro que la finalidad que se persigue con la información pública obliga a concluir que sólo quienes ostentan la condición de acreedores de la cedente se hallan legitimados para mostrar su oposición a la cesión. No obstante, y dado que la nueva redacción del precepto se refiere a ambos tipos de tomadores, habrá que concluir que la Administración quiere dar también la oportunidad de que puedan manifestarse los tomadores de la cesionaria, no con el carácter de acreedores, sino de interesados en la operación, que pueden dar su opinión a efectos de que el órgano de control considere todos los factores en juego en orden a la autorización de la misma.

Por lo demás, se mantiene la referencia a que los anuncios han de publicarse en un diario de los de mayor circulación de las provincias en la que las entidades interesadas tengan su domicilio social y en otro diario de ámbito nacional. La referencia a un diario de mayor circulación en la provincia o provincias de que se trate obliga a un juicio de valor sobre un hecho discutible y, además, en la actual coyuntura de la prensa escrita, en la que los periódicos de ámbito nacional se distribuyen por todas las provincias, llega a resultar difícil establecer la diferencia entre ambas situaciones, pues bien

puede suceder que el diario de mayor circulación en la provincia del domicilio social sea también un diario de ámbito nacional, lo que llevaría a publicar dos veces el mismo anuncio en el mismo diario; aunque, en la práctica, y con el exclusivo fin de evitar controversias sobre la materia, lo normal será que se tienda a evitar esta situación mediante la publicación en dos diarios distintos.

La Ley 3/2009 ha superado esta dificultad que se produce en relación con la publicación de anuncios en prensa, cuando, al regular la publicidad del acuerdo de fusión, dispone que se publique, además de en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, en uno de los diarios de gran circulación en las provincias en que cada una de las sociedades tenga su domicilio. De este modo, basta con un anuncio en un solo diario que reúna las características indicadas.

El contenido del anuncio es el necesario para dar a conocer el convenio de cesión, debiendo advertirse a los tomadores del derecho que les asiste a comunicar a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, en el plazo de un mes desde la publicación del anuncio, las razones que pudieran tener para estar disconformes con la cesión. Dar a conocer el convenio de cesión no quiere decir que haya que facilitar a cada uno de los tomadores el convenio en cuestión, sino sólo que dicho convenio se ha celebrado y que supone la cesión de los contratos de seguro que integran la cartera a una nueva entidad, que es la que se subrogará en la posición jurídica que antes de que se realice la operación ostentaba la cedente. Así como en las fusiones se exige que en la publicidad del acuerdo se haga constar en el anuncio el derecho que asiste a los socios y acreedores de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado y del balance de fusión, así como del derecho de oposición que asiste a los acreedores, aquí no hay una exigencia de este tipo, porque, a diferencia de las fusiones, en las que la situación financiera de las entidades interesadas y los pactos entre ellas pueden afectar a los accionistas y a los acreedores, en la cesión de cartera los tomadores que pueden mostrar su oposición a la misma no tienen necesidad alguna de conocer los términos completos del acuerdo: los pactos entre cedente y cesionario, tales como el precio de la cesión o las garantías a favor del cedente, resultan irrelevantes para ellos; más aún cuando la cesión se halla tutelada, en interés de los asegurados, por el órgano de control, quien sólo la autorizará cuando haya formado un juicio favorable sobre este extremo a la vista de la documentación presentada.

Por otra parte, tampoco cabe concluir que la oposición a la cesión por parte de los tomadores, vaya a impedir que aquella pueda realizarse: las razones que los tomadores puedan aducir en contra de la operación serán elementos de juicio que se tengan en cuenta a la hora de autorizar la operación, pero no serán un obstáculo para la concesión de la autorización, si el órgano competente para ello lo estima oportuno. Si las razones para la oposición son de índole económico-financiera, es seguro que el órgano de control ya habrá tomado en cuenta esas consideraciones en la tramitación del expediente y, seguramente, con más conocimiento de causa que el tomador que manifiesta su oposición. En todo caso, se podrá prescindir del trámite de información pública cuando se deniegue la autorización por no reunir ésta los requisitos legalmente exigibles para ello.

En relación con los efectos del trámite de información pública, nótese que éste no dispensa del deber de notificar individualmente a los tomadores de seguro del derecho que les asiste a resolver los contratos, en los casos previstos en el artículo 23 del TRLOSSP, esto es, cuando la cesionaria no quede subrogada en todos los derechos y obligaciones que correspondían a la cedente en cada uno de los contratos, y cuando se trate de cesiones parciales de cartera. Como lo normal será que, en la misma notificación en que se comunica ese derecho a los tomadores, se les informe también de la cesión proyectada, se puede producir una duplicidad en la comunicación, al no hallarse prevista la dispensa, en tales casos, de la publicación de anuncios en la prensa. Tal duplicidad se daría en el caso de que en la notificación a los tomadores de su derecho a resolver el contrato se incluyeran las menciones exigidas como contenido necesario de los anuncios que han de publicarse en prensa.

18. La ejecución del convenio de cesión

Una vez transcurrido el plazo de un mes desde la publicación del último anuncio, el Ministro de Economía y Hacienda, visto el expediente abierto al efecto y examinadas las manifestaciones de disconformidad que se hubiesen efectuado, dictará la Orden ministerial que proceda sobre la operación de cesión de cartera. Dicha Orden declarará, en su caso, la revocación de la autorización administrativa de la cedente, y se publicará en el Boletín Oficial del Estado.

La referencia a la revocación, en su caso, de la autorización administrativa de la cedente hace alusión al supuesto previsto en el artículo 70.6 del ROSSP, a cuyo tenor la autorización administrativa concedida a la entidad cedente para ejercer la actividad aseguradora caducará automáticamente en cuanto al ramo o ramos totalmente cedidos; caducidad que, por suponer que la entidad deje de cumplir alguno de los requisitos establecidos en la Ley para el ejercicio de la actividad aseguradora, debe equipararse a la revocación de la autorización administrativa prevista en el artículo 25 del Texto Refundido de la LOSSP. Si se trata de cesión general de cartera de todos los ramos, será constitutiva de causa de disolución de la entidad, conforme al artículo 27 del citado texto legal, salvo que la entidad manifieste la modificación de su objeto social, para desarrollar una actividad distinta a la actividad aseguradora.

La revocación de la autorización administrativa en la misma Orden en que se autoriza la cesión debería prever la posibilidad de que, una vez concedida aquélla, la cesión no llegara a llevarse a cabo, bien porque, incumpliendo las obligaciones que derivan del convenio, una de las partes se negara a hacerlas efectivas, bien por mutuo disenso de los contratantes, antes de que llegara a otorgarse la escritura de cesión. En este caso, que no por infrecuente deja de ser posible, no tendría sentido que el cedente se viera privado de la autorización para seguir realizando la actividad que venía desempeñando hasta el momento de dictarse la Orden por la que se aprueba la cesión; especialmente, si se tiene en cuenta que los únicos motivos por los que, conforme al artículo 26 del TRLOSSP, podría proceder la revocación de la autorización administrativa (ya que los demás que se citan en el mencionado precepto legal no guardan relación con el tema que nos ocupa) serían los de renuncia expresa de su titular, o la de haber dejado de cumplir alguno de los requisitos necesarios para su concesión; ninguno de los cuales habría concurrido en este caso. Por ello, parece razonable que en la citada Orden se condicionara la revocación de la autorización administrativa para operar en los ramos de que se trate al hecho de que la cesión llegara a consumarse, por haberse dado todos los pasos necesarios para ello, incluido, por tanto, el de otorgamiento de la correspondiente escritura pública.

Una vez autorizada la cesión mediante la oportuna Orden ministerial, se formalizará en escritura pública, y se inscribirá en el Registro Mercantil; y, en el plazo de un mes desde el otorgamiento de la escritura, deberá remitirse copia autorizada de la misma a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, con acreditación de que se ha presentado en el Registro Mercantil. Una vez practicada la inscripción, deberá también remitirse justificación de la misma al citado Centro directivo, en el plazo de un mes desde que se hubiera producido.

La escritura de cesión contendrá los acuerdos de cesión, es decir, los adoptados con ocasión del convenio de cesión, así como de traspaso patrimonial de los elementos a los que afecte la cesión, que serán, como se ha dicho, los incluidos en el inventario que se acompaña al convenio, con las actualizaciones que resulten desde la fecha del mismo hasta la de otorgamiento de escritura. De este modo, la escritura de cesión desempeña la función prevista en el artículo 1279 del Código civil para el caso de que la observancia de dicha formalidad resulte necesaria para hacer efectivas las obligaciones derivadas de un contrato, que no por ello priva a éste de su carácter consensual ni de que, por tanto, los pactos contenidos en el convenio de cesión obliguen a su cumplimiento en los términos acordados. Sólo que, en este caso, no sólo es que las partes puedan compelerse recíprocamente a llenar la forma de escritura pública desde que haya concurrido su consentimiento y las demás condi-

ciones necesarias para la validez del contrato, sino que dicha forma es necesaria para la conclusión del procedimiento, por virtud de lo dispuesto en la normativa de supervisión aseguradora. Por ello, en el caso antes mencionado de que, una vez dictada la Orden ministerial de autorización de la cesión, una de las partes se negara a hacer efectiva la obligación que le incumbe de cooperar al otorgamiento de la escritura, ello no impediría que el procedimiento de cesión se llevara finalmente a cabo en todos sus términos, porque la otra parte podría compelerle a dicho otorgamiento en vía judicial; pero como ello supondría una inevitable dilación en el tiempo, la revocación de la autorización a la cedente para operar en el ramo a que se refiera la cesión no debería ser tan automática.

De esta forma, puede decirse que la ejecución del convenio de cesión se produce en la fecha de otorgamiento de la escritura, a la que, por este motivo, hemos denominado fecha de ejecución, siendo en ésta cuando se adquiere por el cesionario la titularidad de los bienes y derechos, así como de las obligaciones, que son objeto de la cesión, a cuya transmisión se habían obligado las partes en el convenio de cesión. Es decir, el convenio refleja el acuerdo de voluntades dirigido a la transmisión de determinados activos y pasivos, y su ejecución, o sea, el acto de hacer efectivas las obligaciones derivadas del contrato en que el convenio consiste, se lleva a cabo mediante el otorgamiento de la escritura.

A este respecto, debe hacerse la observación de que, así como en la fusión la ley exige, para que se produzca la eficacia de la misma, que la escritura en la que conste el acuerdo se inscriba en el Registro Mercantil, en el caso de la cesión de cartera no existe previsión legal ni reglamentaria en tal sentido. El artículo 70 del Reglamento se limita a exigir que la escritura de cesión, que deberá recoger los acuerdos de traspaso patrimonial, se inscriba en el Registro mencionado, pero sin hacer prevención alguna en cuanto a la eficacia de dicha inscripción. Entendemos, no obstante, que dicha inscripción es necesaria para que la cesión produzca plenos efectos frente a terceros, y que para la transmisión de aquellos elementos patrimoniales que sean objeto de inscripción en un registro, el cambio de titularidad a favor del cesionario requerirá de la previa inscripción de la escritura de cesión en el Registro Mercantil; si bien mantenemos la denominación de fecha de ejecución para la del otorgamiento de la escritura, por ser la inscripción en el Registro un acto meramente formal, que no implica una conducta activa de las partes en cuanto a la prestación de consentimiento.

Por ello, cabe decir que la verdadera y definitiva adquisición del negocio se produce en la fecha de ejecución, si por adquisición se entiende el traspaso de titularidad de los activos y pasivos que son objeto de la cesión y la eficacia de dicho traspaso frente a terceros; pero, como se ha venido apuntando a lo largo de este trabajo, aunque el convenio no produzca efectos traslativos del dominio ¹⁵, para lo que es necesario la entrega de la cosa, lo que sí produce es la obligación de poner los elementos que hayan sido objeto del contrato en manos del cesionario y, por ello, desde el momento de su conclusión, puede decirse que la adquisición del negocio a que la cesión se refiere, ya se ha producido; y, con ella, la de toma de control sobre el negocio cedido, por las razones que también se han expuesto con anterioridad. Es decir, en relación con los bienes y derechos que son objeto de la cesión, el otorgamiento de la escritura surte los efectos de la entrega, mediante la cual se adquiere la titularidad de aquéllos (el derecho real, en los términos del artículo 1095 del Código civil), aunque la obligación de entregarlos haya surgido con anterioridad, a la perfección del contrato. Otro tanto cabría decir de la transferencia de obligaciones al cesionario, en relación con la cual, para el otorgamiento de escritura pública que la norma exige, la autorización administrativa para la cesión habrá sido condición necesaria, aunque no suficiente, para que dicha transferencia se realice; no obstante lo cual, la obligación de sustituirse en el lugar del deudor primitivo por parte del cesionario ya habrá nacido con el convenio de cesión.

15. *El que la transferencia de dominio no se produzca hasta que se realice la entrega, no quiere decir que el contrato de cesión, al igual que el de compraventa, no sea un contrato traslativo de dominio: lo es, en cuanto sirve de título para la transmisión de la propiedad.*