

# OPERACIONES SOCIETARIAS SUSTITUTIVAS DEL CONCURSO DE ACREEDORES\*

Emilio M. Beltrán

Catedrático de Derecho Mercantil  
Universidad CEU-San Pablo. Dictum

**Sumario:** 1. Operaciones societarias sustitutivas del concurso de acreedores. 2. La conveniente sustitución del concurso por la liquidación de la sociedad en dos casos. A) En los casos de simple iliquidez. B) En los casos de insuficiencia patrimonial cualificada. C) La posible sustitución del concurso por la modificación estructural traslativa. Nota bibliográfica

## 1. OPERACIONES SOCIETARIAS SUSTITUTIVAS DEL CONCURSO DE ACREEDORES

Constituye un lugar común la afirmación de que el procedimiento concursal tiene un coste, temporal y económico, elevado. Este tópico constituye una verdadera realidad en la Ley Concursal de 2003, que diseñó un único procedimiento, cualquiera que fuese la condición del deudor y la naturaleza de la crisis, y, por tanto, un procedimiento de elevada complejidad. Parece razonable, pues, analizar en qué casos puede ser evitado el concurso de acreedores, alcanzándose los mismos fines con un menor coste. Esa tarea es más sencilla en el caso de sociedades o, en general, de personas jurídicas, en la medida en que el ordenamien-

to jurídico disciplina formas específicas de extinción de sociedades que pueden cumplir las mismas funciones que el concurso de acreedores de una manera más eficiente e incluso más justa. Nos referimos, claro está, a la liquidación como forma de extinción progresiva de personas jurídicas, y a la fusión, escisión total y cesión global de activo y pasivo (es decir, a las modificaciones estructurales extintivas), como formas de extinción inmediata a través de la sucesión universal. Las relaciones entre esas operaciones societarias y el concurso de acreedores, en realidad entre el derecho concursal y el derecho de sociedades, distan mucho de ser claras, pero encontramos un elemento común en la extinción de una persona jurídica que, a diferencia de lo que sucede con la muerte de una persona natural, sólo puede tener lugar

\* El trabajo forma parte de una investigación más amplia sobre “Los problemas de aplicación de la Ley Concursal (y III)”, financiada por el Ministerio de Ciencia y Tecnología (DER2009-10387, subprograma JURI).

cuando haya puesto fin a las relaciones jurídicas que hubiera entablado con los terceros y, en su caso, con los propios socios. La finalización de esas relaciones puede producirse de un modo gradual, a través de la liquidación, o bien de un modo instantáneo, mediante la fusión, la escisión total o la cesión global de activo y pasivo con entrega directa de la contraprestación a los socios, es decir, a través de la transmisión universal de patrimonios y, en su caso, el traspaso de socios a otras sociedades de nueva creación o ya existentes, que podemos denominar modificación estructural extintiva. Curiosamente, la Ley Concursal ha establecido una tercera forma de extinción de personas jurídicas, a consecuencia, precisamente, de un concurso de acreedores (art. 178.3 LC), lo que dota de mayor sentido a estas breves reflexiones.

El análisis de las posibilidades de sustitución del concurso de acreedores por alguna de estas operaciones societarias extintivas ha de partir, como es obvio, de la consideración de las funciones que cumple el concurso de acreedores, a fin de determinar si tales funciones pueden ser igualmente realizadas por las instituciones societarias. El concurso de acreedores (regulado por la Ley 22/2003, de 9 de julio, modificada, de forma parcial y urgente, por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, y de una forma más intensa por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de Reforma de la Ley Concursal) es un instrumento legislativamente previsto para la satisfacción —lo más eficiente y equitativa posible— de los acreedores de cualesquiera deudor insolvente, a través del medio (en caso de empresa, reorganización, transmisión o liquidación) que resulte más adecuado. Naturalmente, entendemos el concurso de acreedores en sentido muy amplio, como solución —judicial o extrajudicial— a las situaciones de insolvencia con pluralidad de acreedores. La circunstancia de que el derecho español solo cuente con un procedimiento regulador de la insolvencia no significa que todas las demás soluciones posibles no merezcan el calificativo de con-

cursales, en la medida en que son soluciones dispuestas para la colectividad de acreedores. En este sentido, no puede menos que considerarse solución concursal (aunque incomprensiblemente se haya generalizado el calificativo de preconcursal) al acuerdo de refinanciación entre el deudor y sus acreedores financieros judicialmente homologado, como ha de calificarse igualmente en tal sentido (aunque sea gobernada por la Administración Pública) la liquidación especial prevista para las entidades de seguros en la Ley de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado, que constituye, además, en muchos aspectos un modelo a seguir. Se echa de menos, sin embargo, en el derecho español un procedimiento concursal total o parcialmente desjudicializado que permitiera solucionar muchas de las crisis empresariales (y profesionales) y prácticamente todas las no empresariales de una forma mucho más rápida y económica, y en la que podría emplearse la figura de la mediación, recientemente potenciada (v. Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles y Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles), que tantos frutos está dando en algunos países. La existencia de tales procedimientos alternativos disminuiría la urgencia de soluciones societarias alternativas.

Pues bien, el derecho concursal cumple tres funciones, que serán las que hayan de tenerse en cuenta para determinar la posibilidad de su sustitución por el derecho societario. La función esencial del concurso es la satisfacción de los acreedores. Naturalmente, se trata de que esa satisfacción se produzca de la manera más eficiente y equitativa posible, y eso es lo que ha justificado, justifica y justificará la existencia de un derecho concursal. Cuando el deudor puede cumplir de forma regular las obligaciones contraídas, los acreedores encuentran suficiente seguridad en las normas legales generales, pues tienen como garantía todos los bienes presentes y futuros del deudor (art. 1911 CC) y cuentan, aunque de forma subsidiaria, con la posibilidad de ejercicio de la acción revocatoria de los actos realizados por el deudor en

fraude de acreedores (art. 1111 CC). Además, quienes dispongan del correspondiente título ejecutivo pueden iniciar la ejecución individual de los créditos y el embargo de bienes de ese deudor por valor suficiente para cubrir el importe de los créditos. Cuando, por el contrario, el deudor no puede cumplir regularmente las obligaciones a medida que devienen exigibles, ese Derecho general se sustituye por un Derecho excepcional a fin de evitar que tan sólo obtengan satisfacción aquellos acreedores que primero ejecuten o embarguen. Si la situación del deudor común es la de insuficiencia patrimonial, por ser el pasivo exigible superior al activo realizable —como acontece normalmente en caso de insolvencia—, la plena satisfacción de los acreedores más diligentes en el ejercicio de acciones ejecutivas supondrá inexorablemente la insatisfacción de aquellos que, por una u otra causa, demoren ese ejercicio. Y si la situación es de mera iliquidez —es decir, en aquellos casos en los que la imposibilidad de pagar no deriva de la situación de insuficiencia patrimonial, sino de dificultades de tesorería—, las ejecuciones individuales suelen producir la desorganización del patrimonio del deudor y afectar a la capacidad productiva de éste. De ahí que, en los casos de insolvencia, exista o no insuficiencia patrimonial, la experiencia jurídica aconseje establecer mecanismos jurídicos para eliminar o, al menos, paliar ese posible efecto negativo, de modo tal que la satisfacción individual por razón del tiempo en el ejercicio de los derechos de crédito —o, más exactamente, por razón de la prioridad en el tiempo del embargo (*prior tempore potior iure*)— se sustituya por la satisfacción colectiva, en la que, bajo la tutela de la autoridad judicial, los créditos de cada uno de los acreedores se identifiquen convenientemente, con cuantificación del pasivo que representen, se clasifiquen conforme a criterios legales de preferencia y se satisfagan los comunes u ordinarios con arreglo al principio de paridad de trato o de comunidad de pérdidas (*par condicio creditorum*).

El concurso de acreedores se explica, pues, por *razones de justicia*. Al más elemental sen-

tido de justicia repugna, en efecto, que, en caso de insolvencia, unos acreedores obtengan íntegra satisfacción y otros de la misma clase o categoría pierdan la posibilidad de cobrar siquiera parte de sus créditos. La aplicación de las normas legales generales significaría la satisfacción de los acreedores con mejor preparación o con mayor información —los acreedores profesionales, especializados en la concesión y en la recuperación de créditos, o los acreedores más cercanos al deudor (familiares o amigos, sociedades pertenecientes al mismo grupo)— en detrimento de los demás acreedores. Pero el Derecho concursal se basa también en *la eficiencia*, de modo que trata de conseguir el mayor grado posible de satisfacción de los acreedores ordinarios. Así se explica, de modo especial, que, en caso de insuficiencia patrimonial, el concurso de acreedores posibilite la rescisión de los actos perjudiciales para los acreedores realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, aunque no hubieran tenido intención fraudulenta (art. 71.1 LC), o que, en caso de calificación culpable del concurso de acreedores, pueda también reintegrarse el patrimonio del deudor con condenas pecuniarias a quienes causaran o agravaran la insolvencia (art. 172 LC).

Ni que decir tiene que esa función, la esencial, del concurso de acreedores sería, evidentemente, cumplida tanto en algunos casos de liquidación como en las modificaciones estructurales extintivas. En la liquidación porque, si bien la finalidad última es la extinción de la sociedad, se establece legalmente la preferencia en la satisfacción de los créditos, de manera que no podrá realizarse distribución alguna del patrimonio entre los socios hasta que no hayan sido satisfechos todos los créditos (art. 391.2 LSC). En la modificación estructural extintiva la función solutoria se cumple de un modo directo en la medida en que todas las deudas sociales y todos los bienes y derechos son transmitidos a otra persona.

La segunda función del derecho concursal —limitada a aquellos casos, ciertamente dominantes, en que el deudor ejercite actividad

empresarial o profesional— es la de adoptar, de la manera más eficaz y eficiente posible, la decisión de si la empresa en crisis puede y debe ser conservada por ser viable o si debe ser expulsada del mercado por ser inviable o, al menos, ineficiente. Como no podía ser de otra manera, el concurso de acreedores puede constituir un instrumento de “salvamento” o de “rescate” de empresas viables, *en beneficio no sólo de los acreedores, sino del propio concursado, de los trabajadores y de otros intereses*. Y, en efecto, entre los objetivos básicos del concurso de acreedores se encuentra el de ayudar a la *conservación de la empresa en crisis*, con independencia de que subsista en manos del propio deudor (*reorganización de la empresa*) o en manos de un tercero (*transmisión de la empresa*), y con independencia igualmente de que la conservación se alcance a través de un acuerdo entre el deudor y la mayoría de los acreedores (*convenio, plan de reorganización*) o, incluso, de una forma imperativa (fase de *liquidación*). Pero, simultáneamente, el concurso de acreedores es también el cauce adecuado para *expulsar del mercado a las empresas inviables, reasignando unos recursos mal empleados*, lo que podría lograrse tanto mediante un convenio entre deudor y acreedores como de una forma imperativa, abriendo la fase de liquidación.

La neutralidad del derecho concursal respecto a la suerte de la empresa en crisis hace que esta segunda función del concurso de acreedores sea, evidentemente también, satisfecha tanto en los casos de liquidación como en los de modificación estructural extintiva. En la modificación estructural extintiva, porque supone que la empresa continuará tras ser transmitida a otra u otras sociedades, de modo que se lleva a cabo una de las soluciones naturales del concurso de acreedores. En caso de liquidación, la función se cumple más claramente aún en la medida en que la sociedad ha optado previamente por una solución a la empresa, que puede consistir tanto en la extinción en sentido estricto como en la transmisión (no puede olvidarse que la sociedad en liquidación puede participar en operaciones de fusión, de escisión y de cesión global).

En fin, ha de concederse también al derecho concursal una *función represora (moralizante)* de determinadas conductas del deudor, de sus representantes y, sobre todo, de sus administradores, que se subordina a las otras funciones del concurso, en el sentido de que permite que los acreedores puedan, en ciertos casos, satisfacerse con cargo a otro patrimonio y puede favorecer las posibilidades de conservación de la empresa en la medida en que inducirá a la presentación del concurso en tiempo oportuno. Por esa razón, en el derecho español está función está claramente matizada, pudiendo hablarse de un auténtico “contrato social”, al que se ha llegado a través de una larga evolución, desde unos orígenes en que la insolvencia era considerada *per se* delito. Ese “contrato social” tiene como fin incentivar a los deudores insolventes a instar el concurso de acreedores tempestivamente, es decir, cuando sean razonables las posibilidades de satisfacción de los acreedores en un grado también razonable y sean también mayores las posibilidades de conservación de la empresa y se traduce en varias medidas importantes. La primera, que la represión no se produce —no se formará ni siquiera la sección de calificación— cuando se apruebe “un convenio en el que se establezca, para todos los acreedores o para los de una o varias clases, una quita inferior a un tercio del importe de sus créditos o una espera inferior a tres años” (art. 167.1-II)<sup>1</sup>. La segunda, que, en los casos en que llegue a formarse la sección de calificación, el concurso solo se declarará culpable cuando exista dolo o culpa grave. La tercera, que la condena a los administradores, liquidadores y apoderados generales de la persona jurídica deudora que con su conducta hayan causado o agravado la insolvencia a la cobertura, total o parcial, del déficit patrimonial solo podrá producirse cuando la sección sexta se forme como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación (art. 172 bis).

Tampoco esta función —muy limitada ya— sería desatendida en caso de liquidación o de modificación estructural. Obsérvese, en primer lugar, que esta función se encuentra subordinada a las otras y que, en definitiva,

la utilización de cualquiera de esas opciones societarias (la liquidación o la modificación estructural extintiva) no impediría que llegara a declararse un concurso en el que llegara a formarse la sección de calificación. Téngase en cuenta, además, que la liquidación y la modificación estructural no impiden que la sociedad, los socios y los acreedores cuenten con las correspondientes acciones de responsabilidad contra administradores, de acuerdo con las reglas generales (y recuérdese que, precisamente, los acreedores solo tienen legitimación para el ejercicio de la acción social de responsabilidad en caso de insuficiencia patrimonial de la sociedad para la satisfacción de los créditos (art. 240 LSC), e incluso no podría descartarse que la responsabilidad pudiera derivar de la utilización torticera de tales operaciones societarias.

Siendo eso así, sorprende que ni la disolución de una persona jurídica ni la iniciación de una operación de modificación estructural extintiva tengan efecto alguno sobre la *concur-sabilidad* de la sociedad: ni enervan el deber de la sociedad de solicitar la declaración de concurso ni obstaculizan la posibilidad de que los acreedores lo insten. No hay duda de la concursabilidad de una sociedad que haya iniciado un proceso de modificación estructural ni hay duda tampoco de la *concur-sabilidad de la sociedad en liquidación*, que conserva su personalidad jurídica mientras la liquidación se realiza (art. 371.2 LSC). Es más, la Ley Concursal da por sentada tal posibilidad, al referirse a sociedades que propongan como solución una modificación estructural en la que se transmita íntegramente el activo y el pasivo (art. 192.2) y al considerar como órgano social competente para instar el concurso voluntario al “de liquidación” (art. 3.1-II LC). Tales normas —que fueron acompañadas de la derogación expresa de las normas societarias que imponían a los liquidadores, en caso de insolvencia de la sociedad, el deber de instar la suspensión de pagos o la quiebra (arts. 281 LSA y 124 LSRL), ya que carecía de sentido una norma especial acerca del deber del deudor de instar el concurso (art. 5 LC)— deben ser repensadas, porque en algunos casos la liquidación debe

ser una solución alternativa del concurso que conduzca a la extinción de la propia sociedad, lo que contradice frontalmente la existencia de un deber, y porque la modificación estructural extintiva puede ser también una alternativa al concurso.

No estará de más señalar que las dos operaciones societarias que pueden ser substitutivas del concurso puedan superponerse, en la medida en que la modificación estructural puede ser la forma de liquidación —abreviada— elegida para la extinción de una sociedad disuelta, ya que se establece que las sociedades en liquidación pueden participar en operaciones de modificación estructural transmisiva (arts. 28 y 83 LME). No hace demasiado tiempo se consideraba incluso que la cesión global de activo y pasivo constituía únicamente una forma de liquidación abreviada

En fin, las dos operaciones societarias pueden ser no solo substitutivas del concurso, sino también, como es lógico, soluciones del propio concurso (arts. 100.3 y 190.2 LC) y también pueden integrar el contenido de un acuerdo de refinanciación, sea ordinario (art. 71.6 LC) u homologado (disp. ad. 4ª LC).

## 2. LA CONVENIENTE SUSTITUCIÓN DEL CONCURSO POR LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD EN DOS CASOS

La liquidación constituye un instrumento legislativo dispuesto para la extinción de la sociedad (y, en general, de la persona jurídica). Se distinguen entonces los conceptos de *disolución*, *liquidación* y *extinción*, que han encontrado acomodo en todas las normas que integran el derecho de sociedades, y cuyo significado no coincide, obviamente, con el que de modo corriente tienen esos términos. En especial, la *disolución* no significa “desaparición” de la sociedad, sino que únicamente sirve para dar nombre al *momento inicial* del proceso extintivo, que abre automáticamente

te el período de *liquidación* y que, por tanto, se agota en sí misma. Durante el período de liquidación, la sociedad —que, obviamente, sufre algunas modificaciones— debe poner fin a sus relaciones con terceros (*liquidación en sentido estricto*) y, en su caso, con los propios socios (*división del patrimonio* resultante). La liquidación culminará con la *extinción* (definitiva) de la persona jurídica, que se encuentra íntimamente vinculada a la cancelación de sus asientos registrales. El concepto fundamental del proceso extintivo de una sociedad es, pues, el de *liquidación*, que se abre con la *disolución* y se cierra con la *extinción*. En ese sentido, en efecto, el diccionario de la Real Academia de la Lengua define “liquidar” como “poner término a algo o a un estado de cosas” (acepción 4), e incluso, vulgarmente, como “acabar con algo, suprimirlo o hacerlo desaparecer” (acepción 9). La liquidación es, en definitiva, el modo de extinción progresivo de las personas jurídicas, consistente en la gradual extinción de las relaciones jurídicas con terceros (liquidación en sentido estricto) y, en su caso, con los propios socios (división del patrimonio resultante).

La circunstancia de que concurso y liquidación cumplan funciones diferentes implica que sean *independientes* y, por tanto, *compatibles*, de modo que *una sociedad puede entrar en liquidación cuando se encuentre en situación de concurso de acreedores* (así, art. 145.3 LC) y *una sociedad puede ser declarada en concurso de acreedores* —no sólo durante el período de explotación, sino también— *durante el período de liquidación* (arg. ex art. 3.1-II LC). Sin embargo, la autonomía entre el concurso de acreedores y la liquidación de la sociedad se rompe —por imperativo legal— cuando se abra la denominada *fase de liquidación* del concurso, que, como es sabido, es aquella solución, alternativa o consecutiva al convenio, consistente en la enajenación, preferentemente global, de los bienes que integran la masa activa para satisfacer a los acreedores por el orden legalmente establecido, a la que pueden considerarse aplicables las referidas acepciones de la expresión liquidar: “poner término a algo o a un estado de cosas” y “acabar con algo, supri-

mirlo o hacerlo desaparecer”. Surge, entonces, el problema de las relaciones entre la liquidación de la sociedad (la *liquidación social*) y la fase de liquidación del concurso de acreedores (la *liquidación concursal*): la liquidación social es —como se ha indicado— el procedimiento legalmente establecido para la extinción de la persona jurídica, es decir, para la eliminación de sus relaciones jurídicas con terceros —particularmente con los acreedores— y con los socios; en cambio, la liquidación concursal es una —posible— fase del concurso de acreedores —alternativa o consecutiva al convenio— prevista exclusivamente para la satisfacción de los acreedores —y no, por tanto, para la extinción de la sociedad—. En principio, pues, la sociedad puede encontrarse en liquidación fuera del concurso de acreedores; a la inversa, podría abrirse la liquidación concursal sin que ello implicase la disolución de la sociedad y, en fin, podrían coexistir igualmente la liquidación social y la fase de liquidación del concurso. No obstante, se establece, imperativamente, que *la apertura de la fase de liquidación en el concurso de acreedores de la sociedad determina la disolución de la sociedad* (art. 145.3 LC), y, en consecuencia, la liquidación —social— (v., p. ej., art. 371.1 LSC), y, además, que esa liquidación —social— se llevará a cabo necesariamente por la administración concursal (no serán nombrados liquidadores: art. 376.3 LSC). Existe, pues, por imperativo legal, una íntima conexión entre liquidación social y liquidación concursal: la liquidación —social— que deriva de haberse abierto la fase de liquidación del concurso de acreedores se rige por las normas concursales y no por las sociales (así, en particular, no habrá “liquidadores”; ni, por ejemplo, podrán ser designados interventores en las sociedades anónimas). En otros términos, la extinción de la sociedad a través de su liquidación, que implica la extinción de las relaciones jurídicas con los terceros acreedores y, en su caso, con sus miembros, deja de ser materia social y pasa a ser materia concursal<sup>2</sup>.

Pues bien, lo que se quiere indicar ahora es que, del mismo modo que el concurso de acreedores “sustituye” —con limitaciones— a

la liquidación, por imperativo de lo dispuesto en la Ley Concursal, la liquidación puede —e incluso debe— sustituir al concurso, con el consiguiente ahorro de costes temporales y económicos, al menos en dos situaciones diferentes de insolvencia: la derivada de simple iliquidez o de dificultades de tesorería y la derivada de una insuficiencia patrimonial tan cualificada que no permita ni tan siquiera los gastos del concurso.

### A) EN LOS CASOS DE SIMPLE ILIQUIDEZ

El concurso de acreedores es particularmente ineficiente y costoso cuando se trata de liquidar empresas. Por eso, tratándose de empresarios personas jurídicas, la liquidación puede constituir un instrumento más ágil y eficiente de solución del problema de la insolvencia que obedezca exclusiva y precisamente a un problema de iliquidez y que, por tanto, no afectara de forma radical a la satisfacción de los acreedores. En este sentido hay que recordar que el presupuesto objetivo del concurso de acreedores es la *insolvencia*, definida como aquel estado patrimonial que no permite satisfacer regularmente las obligaciones exigibles (art. 2.2 LC); pero ese presupuesto —único— se desvirtúa después en una doble dirección de signo contrario: si la solicitud la presenta el propio deudor, se admite que la insolvencia no exista todavía, sino que sea simplemente una *insolvencia inminente*, es decir, que haya tan sólo un *riesgo de insolvencia* (art. 2.3 LC), con lo que se facilitaría la declaración del concurso; mientras que si la solicitud la presenta un acreedor, no deberá fundarla en realidad en el estado de insolvencia del deudor, sino en alguno de los “hechos presuntos reveladores” específicamente establecidos (art. 2.4 LC), que, en principio, presuponen esa insolvencia, pero que, de un lado, son de tal gravedad que han permitido acuñar la expresión de *insolvencia cualificada*, y, de otro, no impiden que el deudor acredite su solvencia, de modo que, en realidad, obstaculizan la declaración de concurso y convierten el concurso necesario en una institución residual.

La Ley Concursal define la insolvencia como el estado en que se encuentra el patrimonio de un deudor consistente en la incapacidad de satisfacer regularmente las obligaciones exigibles (art. 2.2). En la mayoría de los casos, se declarará el concurso de acreedores cuando el activo del deudor sea inferior al pasivo, es decir, cuando el estado de insolvencia derive de una *insuficiencia patrimonial*. Con cierta frecuencia, sin embargo, el estado de insolvencia coexistirá con una situación de superávit patrimonial, porque no será posible liquidar el patrimonio o porque no será posible hacerlo ordenadamente y ni siquiera será posible la obtención de crédito —o su aplazamiento—. En algunos casos excepcionales, se encontrarán también en estado de insolvencia aquellos deudores que, a pesar de tener bienes suficientes, y a pesar incluso de que podrían obtener liquidez a corto plazo, no podrían cumplir regularmente las obligaciones. Si entendemos por cumplimiento regular el realizado de acuerdo con los *medios ordinarios* —o regulares— con que cuente el deudor, parece claro que, cuando el deudor ejercite una actividad profesional o empresarial, será cumplimiento regular el realizado *conforme a las reglas observadas por los operadores económicos en el específico sector de actividad de que se trate y, además, con medios normales derivados del ejercicio de la actividad*, de modo que se encontrará también en estado de insolvencia —será insolvente— el deudor que no pueda afrontar las deudas con los medios ordinarios, normales, corrientes, regulares.

Pues bien, esa —gran— amplitud del presupuesto objetivo del concurso de acreedores no puede ser aplicable a las sociedades en liquidación (a menos que, simultáneamente, optasen por su reactivación). En efecto, el presupuesto objetivo del concurso de acreedores de una sociedad en liquidación debe quedar reducido exclusivamente a la insolvencia derivada de una situación de *insuficiencia patrimonial*: carece de sentido declarar un concurso de acreedores si la sociedad está en liquidación y el activo realizable supera al pasivo exigible, porque entonces el instrumento adecuado para la

“expulsión del mercado” es el de la liquidación societaria y no el concurso de acreedores<sup>3</sup>, que nada puede añadir a la liquidación voluntaria (ni siquiera podría alcanzar un convenio con sus acreedores). Para llegar a esa conclusión, basta con considerar que la persona jurídica en liquidación no podría utilizar la solución del convenio, de modo que sería inútil iniciar una fase de liquidación concursal que nada añadiría al estado de liquidación de la sociedad, y puede articularse a través de una interpretación correcta de la exigencia legal de que se trate de una incapacidad de satisfacer *regularmente* las obligaciones exigibles: la sociedad en liquidación con activo superior a pasivo puede satisfacer regularmente las obligaciones exigibles, a través precisamente de la liquidación, que puede considerarse una forma regular de satisfacción de los créditos. Se trata de un supuesto similar al de una herencia con activo superior a pasivo que no desarrolle actividad empresarial<sup>4</sup>. Tanto en el caso de la sociedad en liquidación como en el de la herencia yacente debe calificarse de regular el pago realizado a través de la liquidación extraconcursal de los bienes: la sociedad en liquidación y la herencia deben liquidar sus bienes para satisfacer a los acreedores, sin que tenga ningún sentido acudir al concurso para hacer aquello a lo que ya se encuentran obligados<sup>5</sup>.

Aunque no sea necesaria, podría ser conveniente una reforma legislativa que perfilase el presupuesto objetivo de una persona jurídica en liquidación y, por extensión, las relaciones entre la sociedad en liquidación y el concurso de acreedores. Desde luego, debería separarse con claridad el deber de los liquidadores del correspondiente a los administradores y no caer en una acrítica asimilación. Por el contrario, es evidente que habría que mantener inalterada la posibilidad de que un acreedor inste el concurso, para lo que deberá probar no el estado de insolvencia sino alguno de los hechos legalmente previstos (art. 2.4 LC), pudiendo los liquidadores enervar la declaración de concurso demostrando precisamente que la liquidación societaria podrá terminar en un pago de todas las deudas sociales y que, por tanto,

no existe insolvencia como imposibilidad de cumplimiento regular de las obligaciones exigibles (art. 2.2 LC). Es más, la cancelación de los asientos registrales de la sociedad —que, recordemos, podrá tener lugar incluso sin satisfacción íntegra de las deudas sociales<sup>6</sup>— no puede impedir el concurso de la *sociedad*. Es evidente que en la mayoría de los casos los acreedores de una sociedad cancelada carecerán de interés por solicitar el concurso, porque en unos casos contarán con la responsabilidad de los socios personal, ilimitada y solidariamente responsables de las deudas sociales (arts. 127 y 148-I CCom); en otros con la de los “antiguos socios”, quienes responderán solidariamente de las deudas sociales no satisfechas hasta el límite de lo que hubieran recibido como cuota de liquidación (art. 399.1 LSC), e incluso con la responsabilidad por daños de los liquidadores (art. 399.2 LSC), o sencillamente porque se trataría de un concurso sin masa; pero la facultad de los acreedores de instar el concurso de la sociedad cancelada y, en consecuencia, la concursabilidad de la sociedad cancelada no puede ser negada: si se defendiera que una sociedad cancelada no puede ser declarada en concurso, la satisfacción de los acreedores podría llegar a ser imposible y, además, se incentivarían las cancelaciones contrarias a la Ley.

## B) EN LOS CASOS DE INSUFICIENCIA PATRIMONIAL CUALIFICADA

En segundo lugar, parece claro que debe valorarse la conveniencia de declarar el concurso de una sociedad cuando no se vayan a conseguir ninguno de los fines asignados al concurso, en especial en el supuesto del llamado “concurso sin masa” que se da en el caso de que la masa existente no sea suficiente para cubrir los costes del concurso e incluso cuando los únicos bienes están completamente gravados con garantías reales de modo que no se podría satisfacer a acreedores ordinarios. En tal caso, el concurso debería ser sustituido por la liquidación y, en consecuencia, debería dispensarse a la sociedad del deber legal solicitar el concurso de acreedores si se acude a la liquidación vo-

luntaria. Lejos de ello, como sabemos, la Ley Concursal impone a las sociedades el deber de instar el concurso, con independencia de que se encuentren en período de explotación o en período de liquidación, y, por tanto, es exigible a los liquidadores el mismo deber de instar el concurso que a los administradores (art. 3), y, además, se admite la posibilidad de que se declare la conclusión del concurso por falta de masa en el propio auto de declaración de concurso (art. 176 bis 4).

En ocasiones, el concurso de acreedores carece de fondos para satisfacer los propios gastos que genera. Se ha acuñado la expresión “el concurso del concurso” para hacer referencia a la situación de insolvencia del propio concurso de acreedores; es decir, a aquel estado en que se encuentra la masa activa de un concurso incapaz de pagar regularmente las obligaciones exigibles (art. 2.2 LC), algo que, como atestigua la jurisprudencia, se da demasiado a menudo<sup>7</sup>. Naturalmente, se trata de un juego de palabras, porque sería absurdo, bajo todos los puntos de vista, declarar el concurso de acreedores de una masa activa que, además, carece de personalidad jurídica, en la medida en que conduciría, previsiblemente, a una sucesión indefinida de procedimientos concursales. Se hace preciso, pues, buscar una solución del concurso de acreedores que evite la declaración de concurso del propio concurso. Esa solución se ha convertido en la “tercera vía” para la conclusión de un concurso de acreedores, junto a las dos formas ordinarias de solución formal al problema de la insolvencia: el convenio y la liquidación.

En esta situación (*concurso de acreedores de la masa activa* o *concurso del concurso*) la Ley ha de resolver dos problemas estrechamente unidos: la forma en que el procedimiento habrá de concluir y el criterio para el pago de las deudas de la masa pendientes. a) Por lo que se refiere a la *forma de conclusión del concurso*, parece claro que el auto de conclusión no podrá dictarse hasta que no se hayan agotado realmente los bienes y derechos de la masa, pagando total o parcialmente sus propios créditos en la forma indicada, y ello *sin abrir la fase de liquidación*<sup>8</sup>,

porque en tal caso el concurso deberá concluir inmediatamente. Nos encontramos, pues, ante una forma de conclusión del concurso distinta de la liquidación —y, por supuesto, del convenio—, en la que la administración concursal habrá de convertir en dinero los bienes y derechos que pudieran existir (como le ordena la Ley), pero sin abrir la fase de liquidación concursal. b) Respecto al *orden de pago*, la Ley Concursal establecía en su redacción original, de forma ciertamente incomprensible, que, en caso de que la masa activa resultase insuficiente para el pago, “*lo obtenido se distribuirá entre todos los acreedores de la masa por el orden de sus vencimientos*”<sup>9</sup>, que lo único que dejaba claro era que no había entre los créditos contra la masa pendientes de pago una jerarquía concursal específica que no fuera, en su caso, el orden de sus vencimientos. El derecho vigente establece, en cambio, un orden específico de pagos, no exento de críticas<sup>10</sup>, señalando que

“*la administración concursal deberá proceder a pagar los créditos contra la masa conforme al orden siguiente, y, en su caso, a prorrateo dentro de cada número, salvo los créditos imprescindibles para concluir la liquidación:*

1º *Los créditos salariales de los últimos treinta días de trabajo efectivo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional.*

2º *Los créditos por salarios en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago.*

3º *Los créditos por alimentos, en cuantía que no supere el salario mínimo interprofesional.*

4º *Los créditos por costas y gastos judiciales del concurso.*

5º *Los demás créditos contra la masa”.*

El problema que interesa ahora, parcialmente distinto al de la conclusión del concurso por insuficiencia de la masa; es decir, por no resultar eficiente la *continuación* del procedimiento, es el de *si debe o no declararse un concurso en el que el patrimonio del deudor no sea, presumiblemente, suficiente ni tan siquiera para hacer frente a los gastos del concurso* y, más aún, *si, tratándose de una persona jurídica, tiene sentido que esa concurso sea instado*. El problema no es fácil de afrontar porque, si es evidente que el *establecimiento de la suficiencia del pa-*

*rimonio del deudor para hacer frente a los gastos del concurso como presupuesto objetivo del concurso de acreedores* sería el mejor remedio para evitar la proliferación de concursos sin masa y si igualmente no parece muy eficiente declarar el concurso de un deudor que no dispone de medios suficientes para hacer frente a los gastos del propio proceso, no es menos cierto que la consideración de la suficiencia de la masa como presupuesto objetivo del concurso impediría el juego de los principales instrumentos concursales: las acciones de reintegración de la masa y la posibilidad de obtener una calificación de concurso culpable.

Por esa razón, la Ley Concursal ha optado por una *solución intermedia*: la suficiencia de la masa no constituye, en sí misma considerada, presupuesto de la declaración de concurso y, además, la conclusión del concurso por insuficiencia de bienes queda subordinada a la improcedencia de acciones de reintegración de la masa y de responsabilidad de terceros (arts. 176.1-3º y 176 bis); pero, para evitar que pueda abrirse un “concurso sin masa”, se establece (tras la reforma producida por la Ley 32/2011) que el juez puede acordar la conclusión del concurso en el propio auto de declaración cuando considere inviable tanto el ejercicio de acciones de reintegración de la masa como la culpabilidad del concurso de la que pudiera derivar una responsabilidad de terceros cómplices y, en caso de concurso de persona jurídica, de administradores y liquidadores con la que se reintegraría el patrimonio concursal. La razón de esta solución es evidente: si, declarado el concurso, puede producirse la conclusión por insuficiencia de la masa activa en cualquier momento, es decir, incluso inmediatamente después de la declaración de concurso, en cuanto la administración concursal “*compruebe*” la inexistencia de bienes y derechos y que no hay posibilidades serias de reintegración del patrimonio por ninguna vía, parece claro que el concurso no deberá abrirse cuando esa imposibilidad resulte de manera evidente en el propio momento de la declaración de concurso.

Así lo establece, en efecto, la Ley Concursal (art. 176 bis. 4), a pesar de la contradicción que supone hablar de “conclusión” de un concurso que no llega a declararse:

*“También podrá acordarse la conclusión por insuficiencia de masa en el mismo auto de declaración de concurso cuando el juez aprecie de manera evidente que el patrimonio del concursado no será presumiblemente suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa, que no es previsible el ejercicio de acciones de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros, y que no es previsible la formación de la sección de calificación”.*

La conclusión del concurso por insuficiencia de la masa obliga a pronunciarse acerca de los efectos que ha de producir sobre el deudor. Tratándose de un deudor persona natural, se aplica la regla general según la cual los acreedores recuperan el ejercicio de sus acciones (art. 178.2)<sup>11</sup>. Tratándose de una persona jurídica, parece necesario vincular la conclusión del concurso a la extinción de tal persona, y así lo hace, en efecto, la Ley Concursal, que contiene una causa de extinción de las personas jurídicas, que viene a añadirse a las establecidas en la legislación societaria (la liquidación, la fusión, la escisión total y la cesión global de activo y pasivo con entrega de la contraprestación a los socios): “*la resolución judicial que declare la conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de la masa activa del deudor persona jurídica acordará su extinción y dispondrá la cancelación de su inscripción en los registros públicos que correspondan*”. Pues bien, si, con anterioridad a la reforma de 2011, la Ley Concursal establecía, correctamente, que la conclusión del concurso por *inexistencia de bienes y derechos* traería consigo la extinción de la persona jurídica (art. 178.3), la reforma producida en este precepto por la Ley 32/2011 no ha estado muy afortunada. Al “arrastrar” la regulación de los efectos de la conclusión del concurso desde el supuesto de *inexistencia de la masa* hasta el de —simple— *insuficiencia*, no percibe que esta nueva causa de extinción de personas jurídicas solo tiene razón de ser cuando haya sido completamente liquidado el patrimonio del deudor, sea porque haya fi-

nalizado la fase de liquidación sin satisfacción íntegra de los acreedores, sea porque el concurso concluya con esa “liquidación especial” a la que se refiere el artículo 176 bis, sea, incluso, cuando el deudor no tuviera ni un solo bien o derecho en su patrimonio en el momento de la solicitud de concurso. El proclamado efecto extintivo (art. 178.3) no puede extenderse a los casos de conclusión del concurso en el propio auto de declaración (art. 176 bis. 4), en los que el deudor sea titular de bienes y derechos (aunque insuficientes para satisfacer los gastos del concurso)<sup>12</sup>. La persona jurídica no podrá ser extinguida hasta que no proceda a realizar las correspondientes operaciones de liquidación. Negado el concurso y, por tanto, rechazada la liquidación de ese patrimonio en el concurso, es obvio que tal liquidación deberá realizarse conforme a las normas previstas en el ordenamiento jurídico para la extinción de las personas jurídicas; es decir, procederá su liquidación, de acuerdo con las normas previstas para la persona jurídica de que se trate.

Naturalmente, esa interpretación soluciona el problema creado por la precipitada modificación del tenor literal del artículo 178.3 de la Ley Concursal, pero parece necesario ir más allá y afrontar de raíz el problema de fondo, que no es otro que el de la posibilidad de que las personas jurídicas lleguen a extinguirse sin necesidad de satisfacer íntegramente su pasivo y de solicitar la declaración de concurso. En ese sentido, parece claro que la regulación de las situaciones de insuficiencia patrimonial de las personas jurídicas debería “emigrar” al derecho regulador de la persona jurídica, solucionándose a través de la liquidación —voluntaria— de la propia persona jurídica, y reservando el instrumento del concurso de acreedores —como medio de tutela de los acreedores— para aquellos casos en los que se considere que tal insuficiencia pueda eliminarse por la vía de la reintegración de la masa y/o de la calificación culpable del concurso. La propia ineficiencia que está en la raíz de la causa de conclusión —o de no declaración— de concurso de una persona jurídica sin patrimonio —libre— suficiente para satisfacer los gastos del concurso

justifica que la extinción tenga entonces lugar de acuerdo con las normas generales. Bastaría para ello con establecer una relación adecuada entre la liquidación y el concurso de las personas jurídicas, que hoy está muy lejos de existir.

Como ya señaláramos a propósito de las meras dificultades de tesorería, debería separarse con claridad el deber de los liquidadores del correspondiente a los administradores y no caer en una acrítica asimilación. Por el contrario, es evidente también en este caso la necesidad de mantener la posibilidad de que un acreedor inste el concurso, para lo que deberá probar no el estado de insolvencia sino alguno de los hechos legalmente previstos (art. 2.4 LC). En este caso, los liquidadores no podrían enervar la declaración de concurso demostrando que la liquidación societaria podrá terminar en un pago de todas las deudas sociales, pero (al modo como sucede en el derecho vigente para la reapertura del concurso) debería imponerse al acreedor instante la prueba de que el concurso serviría para reintegrar la masa activa, a través de acciones de reintegración o de responsabilidad o de la sección de calificación. Ni siquiera la cancelación de los asientos registrales impediría el concurso de la *sociedad*.

### C) LA POSIBLE SUSTITUCIÓN DEL CONCURSO POR LA MODIFICACIÓN ESTRUCTURAL EXTINTIVA

La modificación estructural constituye un instrumento dispuesto para *favorecer la transmisión de activos y pasivos de la persona jurídica* y para la creación y la extinción de personas jurídicas. La propia denominación legal (modificación estructural) es muy sugestiva y sólo por eso cumple una finalidad, pero se trata de una denominación que no tiene en cuenta que lo fundamental no es en realidad la modificación de la sociedad, sino la transmisión de empresas y la constitución y extinción de sociedades, y olvida que se trata en realidad de una operación en la que siempre hay más de una sociedad involucrada. Como señaláramos respecto

de la liquidación, concurso de acreedores y modificación estructural cumplen funciones diferentes y, por tanto, son *compatibles* en las dos direcciones posibles: *una sociedad puede —y, lo que es más grave, debe— ser declarada en concurso de acreedores mientras participa en una operación de modificación estructural* (arts. 1 y 5.1 LC) y *una sociedad puede participar en una operación de modificación estructural aun cuando se encuentre en situación de concurso de acreedores* (así, arts. 100.3 y 190.2 LC). Puede criticarse por ello que la Ley 38/2011, que dice profundizar “en las *alternativas* al concurso o los denominados *institutos concursales*” (Preámbulo, III), se haya limitado a los “*acuerdos de refinanciación*”, que no agotan las soluciones alternativas. No se comprende que la Ley no exonere del deber de solicitud de concurso (art. 5 LC) a las sociedades que se encuentren en un proceso de modificación estructural extintiva que pudiera conducir a la superación de la insolvencia, limitándose a admitir el procedimiento abreviado cuando se proponga una modificación estructural con transmisión íntegra del activo y del pasivo (art. 192.2).

Como es lógico, solo pueden considerarse verdaderamente sustitutivas del concurso las modificaciones estructurales extintivas (la fusión, la escisión total y la cesión global de activo y pasivo con entrega de la contraprestación a los socios), en la medida en que la sociedad en crisis se extingue transmitiendo todas sus deudas, aunque también puede incluirse la cesión global de activo y pasivo con entrega de la contraprestación a la propia sociedad, en la medida en que afecta también a todos los acreedores y a todos los bienes. Y así parece haberlo entendido la Ley Concursal, en la medida en que establece que “El juez podrá también aplicar el procedimiento abreviado cuando el deudor presente ... una propuesta de convenio que incluya una *modificación estructural por la que se transmita íntegramente su activo y su pasivo*” (art. 190.2). Por supuesto, ni la transformación ni el traslado internacional de domicilio tienen efecto directo alguno sobre los acreedores, pero tampoco pueden considerarse, por sí mismas, sustitutivas del

concurso la escisión parcial y la segregación, en la medida en que, por definición, no afectan a todos los acreedores ni a todos los bienes. La modificación estructural sustitutiva del concurso será, además, aquella en que la sociedad en concurso transmita todo su activo y todo su pasivo, aunque la adquisición de una empresa por parte de una sociedad insolvente puede mejorar su situación e incluso poner fin al estado de insolvencia.

*El supuesto típico es, pues, aquel en que una sociedad en crisis se extingue, por fusión o escisión total o lleva a cabo una cesión global de activo y pasivo.* La sociedad en crisis puede transmitir todo su pasivo y todo su activo y extinguirse, mediante una *fusión*, que es el traspaso por sucesión universal de todo el patrimonio y, por tanto, de la empresa, a *otra sociedad (única)*, sea nueva (fusión por constitución) o sea preexistente (fusión por absorción), traspasando también los socios; mediante una *escisión total*, que es el traspaso de todo el patrimonio y, por tanto, de la empresa, a *varias sociedades*, sean nuevas o preexistentes, traspasando también los socios, cuya diferencia fundamental con la fusión es que divide su patrimonio —y, en su caso, sus socios— entre varias personas, de modo que surge un problema de “reparto” de activos y, sobre todo, de pasivos, para los que rige un principio de relativa libertad, que se soluciona con la responsabilidad solidaria de todas las sociedades resultantes; o mediante la *cesión global de activo y pasivo en la que la contraprestación sea recibida por los socios*, en la que la sociedad se extingue mediante el traspaso por sucesión universal de todo el patrimonio y, por tanto, de la empresa, a *otra persona, sociedad o no*, sea nueva o sea preexistente (como si fuera una fusión), o traspaso de todo el patrimonio —no de los socios— y, por tanto, de la empresa, a *varias personas, sociedades o no*, sean nuevas o preexistentes (como si fuera una escisión total). Aunque la sociedad subsista, puede incluirse el supuesto de *cesión global de activo y pasivo en la que la contraprestación sea recibida por la propia sociedad*, puesto que se transmite todo el activo y todo el pasivo.

La sociedad en crisis puede realizar también una *escisión parcial*, transmitiendo por sucesión universal una parte de su patrimonio (*una empresa*) a cambio de acciones o participaciones para los socios, o una simple *segregación*, transmitiendo por sucesión universal una parte de su patrimonio (*una empresa*) a cambio de acciones o de participaciones que serán titularidad de la propia sociedad concursada. Ambas operaciones pueden ser una solución, pero solo parcial, al problema de la insolvencia, en la medida en que pueden permitir desgajar la parte de la empresa —que constituya una unidad económica— más afectada por la crisis, que sería absorbida por otra empresa.

La “compatibilidad” entre la modificación estructural y el concurso de acreedores obliga a considerar ahora dos posibilidades: que se declare el concurso de acreedores cuando la operación de modificación estructural se encuentre ya en marcha o que se declare el concurso cuando ya ha sido completamente ejecutada.

A) Es posible, en primer lugar, *que la modificación estructural transmisiva (cualquier modificación) se encuentre pendiente de ejecución cuando se declare el concurso de la sociedad*. El concurso de acreedores, como procedimiento previsto para satisfacer los derechos de los acreedores en caso de insolvencia del deudor, puede —es más, debe— tener lugar con independencia de que una sociedad esté o no participando en un proceso de modificación estructural. Se lee, con frecuencia, que la fusión y la escisión total y la cesión global de activo y pasivo son una forma instantánea de extinción de sociedades, a diferencia de la liquidación, y así es en su resultado; pero lo cierto es que constituyen también un proceso. Por eso, si el proceso aún no se ha completado, aun en el caso de que se trate, por ejemplo, de una sociedad filial inmersa en un proceso de reestructuración del grupo solvente, la declaración de concurso se someterá a las reglas generales, de modo que cualquier acreedor puede instar el concurso invocando la concurrencia de cualquiera de los hechos presuntos reveladores (art. 2.4 LC) y la sociedad sólo podrá evitar el concurso probando que, a pesar de eso, es sol-

vente (art. 18 LC). Además, como ya señaló, la apertura de un proceso de modificación estructural por parte de una sociedad insolvente no paraliza el deber de los administradores de solicitar el concurso (art. 5 LC), aunque lógicamente modulará sus consecuencias.

Cuando se declare el concurso de una sociedad en proceso de realizar una modificación estructural, hay que valorar los efectos de la declaración de concurso sobre la operación societaria. Evidentemente, a pesar de la publicidad derivada de la propia declaración de concurso, hay que considerar que la formación de las masas activa y pasiva del concurso constituyen “modificaciones importantes del activo o del pasivo acaecidas”, de modo que se activa el doble (y sucesivo) deber de información legalmente exigido (art. 39.3 LME). Además, la solicitud de declaración de concurso y, por supuesto, la declaración judicial de concurso constituirían *justa causa* para la resolución del correspondiente proyecto por parte de cualquiera de las otras sociedades participantes e incluso para la *revocación* del correspondiente acuerdo. Además, será preciso interrogarse acerca de si serán aplicables las previsiones de la Ley Concursal sobre los contratos bilaterales pendientes de ejecución y, en particular, la posibilidad de que el contrato pueda resolverse en interés del concurso (art. 61.2-II LC). Con esas salvedades, el proceso de modificación estructural iniciado por una sociedad que más tarde sea declarada en concurso podrá continuar adelante, aunque quedará sometido a las reglas concursales, del mismo modo que si el proceso se iniciara con posterioridad a la declaración de concurso. Eso significa que, en todo caso, habrá de intervenir, en mayor o menor medida, la administración concursal, y, además, obliga a distinguir si la sociedad concursada es transmitente o adquirente, porque en el primer caso la modificación estructural que estuviera realizándose deberá integrarse necesariamente en alguna de las soluciones formales del concurso —convenio o liquidación—.

B) La segunda circunstancia a valorar es que la modificación estructural llegue a completarse y con posterioridad sea declarado el concur-

so de una de las sociedades participantes en la operación. Surge entonces el tema de la posibilidad de rescindir la modificación estructural realizada dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, siempre, claro está, que fuese perjudicial para la masa activa (art. 71 LC). Dos son los argumentos que, con carácter general, se barajan en contra de la rescisión: la *inimpugnabilidad de la operación* (arts. 47 y 90 LME) y el *derecho de oposición de los acreedores* (arts. 44 y 88 LME). A ellos se añade, en los casos de escisión y de cesión global la *responsabilidad solidaria* de los participantes (arts. 80 y 91 LME). El argumento fundamental y de mayor peso es el derivado del artículo 47.1 de la Ley de Modificaciones Estructurales (v. también art. 90 LME), que establece que “ninguna fusión podrá ser impugnada tras su inscripción siempre que se haya realizado de conformidad con las previsiones de esta Ley. Quedan a salvo, en su caso, los derechos de los socios y de los terceros al resarcimiento de los daños y perjuicios causados”. La norma trata de garantizar que una modificación estructural que haya cumplido con las exigencias legales no podrá declararse ineficaz después de su inscripción registral y la cuestión estriba entonces en determinar si tal inimpugnabilidad incluye la rescisoria concursal. Se añade el argumento del *derecho de oposición*, pero ese derecho no tiene carácter general, ya que tutela solo a los acreedores cuyos créditos hubieran nacido antes de la fecha de publicación del proyecto de modificación estructural, no hubieran aún vencido en ese momento y no se encontraran ya suficientemente garantizados (arts. 44 y 88 LME). En fin, para los casos de escisión y de cesión global se añade el argumento de la *responsabilidad solidaria por las deudas de la sociedad transmitente*, que evita fraudes en el reparto del activo y del pasivo entre las sociedades beneficiarias.

A falta de solución legal expresa, el “conflicto” entre las reglas societarias y las concursales debe solucionarse distinguiendo dos supues-

tos. Tratándose de una *modificación estructural extintiva* (y teniendo en cuenta que la cuestión solo puede plantearse en caso de concurso de una sociedad absorbente —en la fusión o en la escisión total— o de una sociedad beneficiaria en la escisión total<sup>13</sup>, o de un cesionario, puesto que la sociedad en crisis se habrá extinguido y no será posible su declaración de concurso) parece lógico que prevalezca la regla de inimpugnabilidad, en la medida en que la sociedad en crisis se ha extinguido transmitiendo todo el activo y todo el pasivo. Por definición, no hay perjuicio para la masa activa o para la colectividad de acreedores, sino un simple cambio de deudor. Deben prevalecer las reglas societarias sobre las concursales, pues no hay viejos acreedores sin tutela y parecería excesivo deshacer operaciones que a nada pueden conducir. Y en ese sentido no cabe olvidar el fundamento de la reintegración de la masa. Tratándose, de una escisión total o de una cesión global con pluralidad de cesionarios, existe, además el argumento de la *responsabilidad solidaria* de los beneficiarios y cesionarios.

La posibilidad de rescisión cobra, en cambio, pleno sentido cuando se declare el *concurso de la propia sociedad* que hubiera llevado a cabo una escisión parcial, una segregación o una cesión global de activo y pasivo con entrega de la contraprestación a la propia sociedad, es decir, cuando la sociedad transmitente subsista. No puede darse preferencia a la norma del derecho de sociedades, en la medida en que un deudor concursado habrá realizado una operación de transmisión de activos que puede ser perjudicial para sus acreedores, lo que asemeja la operación a una simple compraventa (o permuta). La irrescindibilidad sería especialmente grave en caso de escisión parcial que vacíe de patrimonio a la sociedad, que puede afectar a acreedores con los créditos ya vencidos en ese momento (y, por tanto, sin derecho de oposición) y también a los nuevos acreedores, que pudieran contratar ignorando la verdadera situación patrimonial de la sociedad.

## NOTAS

1. Con la reforma de la Ley 38/2011, se ha suavizado aún más la función represora, ya que, a diferencia de lo previsto en la Ley de 2003, la calificación no se abrirá cuando se apruebe cualquiera de las dos modalidades de convenio previstas: una quita inferior a un tercio o una espera inferior a tres años. Por lo demás, la decisión legislativa acentúa la importancia de determinar a qué se refiere el legislador cuando se refiere a “acreedores de una o varias clases”.
2. La —errónea— conexión entre liquidación social y liquidación concursal se pone de manifiesto también, aunque sea de una forma indirecta, cuando la solución del concurso de acreedores sea el convenio, ya que la Ley Concursal prohíbe los convenios de liquidación. Surge entonces el problema de la compatibilidad entre el estado de liquidación de la sociedad y el convenio concursal, que no puede ser afrontada ahora.
3. En este sentido, cabe recordar que la Dirección General de los Registros y del Notariado se ha pronunciado a favor de permitir la cancelación registral de una sociedad aunque existan acreedores sociales, al argumentar que es la “inexistencia de haber social” y no la “inexistencia de deudas” el presupuesto que permite dicha cancelación y considerando que no existe norma alguna que supedita la cancelación registral a la previa declaración de concurso. Las Resoluciones de la DGRN de 13 de abril de 2000 y de 29 de abril de 2011: “En el ámbito estrictamente registral no existe norma alguna que supedita la cancelación de los asientos registrales de una sociedad de capital que carezca de activo social a la previa declaración de concurso (...) aunque es principio básico de nuestro ordenamiento jurídico societario que el reparto del haber social entre los socios requiere inexcusablemente la previa satisfacción de los acreedores sociales —o la consignación o el depósito del importe de la obligación pendiente e, incluso, su aseguramiento o afianzamiento, según los casos— (cfr. Artículos 391.2, 394.1, 395 y 396 de la Ley de Sociedades de Capital, 235 del Código de Comercio, y 1708 en relación con el 1082, del Código Civil), es también cierto que esas disposiciones relativas al pago de los acreedores o consignación de sus créditos presuponen necesariamente una disponibilidad patrimonial que permita el cumplimiento de tales obligaciones de suerte que si resulta acreditada la inexistencia de haber social, no puede impedirse la cancelación de los asientos registrales de la sociedad”.
4. Así lo señaló, acertadamente, el auto del Juzgado de Primera Instancia número 10 y Mercantil de Santander de 14 de junio de 2005: “al ser superior el activo al pasivo en más de una tercera parte, no desarrollar actividad empresarial o profesional alguna y ser perfectamente posible el pago de los acreedores mediante la venta de los bienes de la herencia, que es lo que piden en el plan de liquidación, no puede concluirse que exista imposibilidad de cumplir regularmente las obligaciones exigibles puesto que, a la vista de las circunstancias, puede considerarse como cumplimiento regular la venta de los bienes para el pago”.
5. Así lo dispuso el auto del Juzgado de lo Mercantil de Coruña, de 2 de mayo de 2008, según el cual “ante el cese de la actividad de una compañía y su inminente liquidación, la perspectiva desde la que debe examinarse el presupuesto objetivo del concurso no puede ser la misma que en el caso de una empresa en funcionamiento, que razonablemente trata de preservar los elementos patrimoniales vinculados a su actividad productiva para poder mantenerla”, añadiendo que si la propia deudora declara que no tiene capacidad ni intención de continuar con la explotación de su objeto social y cuenta con patrimonio para atender al cumplimiento de sus obligaciones, “podrá cumplir regularmente sus obligaciones exigibles y no se halla en estado de insolvencia, ni actual ni inminente”, e incluso que “cuando una sociedad mercantil, tras analizar su situación económica y financiera, decide en junta general, y por acuerdo unánime de sus socios, que ya no es posible continuar con una actividad mercantil que sólo habrá de generar nuevas pérdidas —y congruentemente, que debe cesar y cesa en el ejercicio de esa actividad—, deberá acordar su disolución y la apertura del proceso ordinario de liquidación, notificándolo a todos sus acreedores”.
6. V. las ya citadas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de abril de 2000 y de 29 de abril de 2011.
7. El motivo principal del concurso del concurso es, sin duda, la falta de una cultura concursal en los operadores económicos y jurídicos, pues el concurso sigue considerándose un problema en sí mismo y no la solución a un problema previo. Los deudores sólo recurren a él cuando la situación es desesperada y lo mismo hacen los acreedores. Pero no es menos cierto que esa falta de cultura concursal no fue debidamente afrontada por la Ley Concursal. Una de las principales razones de la proliferación del concurso del concurso es, sin duda, la defectuosa concepción del presupuesto objetivo del concurso. A pesar de las palabras de la Exposición de Motivos, la Ley Concursal no se ha enfrentado con decisión al denominado “problema temporal”, y sigue obligando a los acreedores y, lo que es más grave, a los propios deudores a presentar pruebas de su estado de insolvencia y a pagar un precio demasiado alto para intentar la reestructuración de su empresa, de modo que, inevitablemente, un número importante de concursos —tanto voluntarios como, sobre

todo, necesarios— se declara cuando las posibilidades de satisfacción de los acreedores concursales y de conservación de la empresa en crisis son inexistentes, es decir, cuando el propio procedimiento no puede cumplir las funciones para las que se ha creado, y cuando, para lo que ahora interesa, el patrimonio del deudor es insuficiente para sufragar el coste del propio procedimiento.

8. Un apunte en SJM Madrid 22.11.2010, según la cual iniciar una larga y costosa liquidación concursal para satisfacer un derecho crediticio dotado de ejecución separada (art. 57 LC), sin posibilidad alguna de satisfacer créditos ordinarios y subordinados, carece de sentido jurídico y justificación económica.

9. La finalidad de la norma era resolver el concurso entre acreedores de la masa pendientes de satisfacción, pero no podía considerarse afortunada. a) En primer lugar, porque la interpretación literal del precepto era imposible: si la masa activa es insuficiente, no puede *distribuirse* entre *todos* los créditos contra la masa por el *orden de sus vencimientos*, sino que o bien se reparte el activo existente entre *todos* los créditos contra la masa pendientes de pago (a prorrata) o bien se pagan, por el orden de sus vencimientos, algunos de esos créditos, pero no todos, que es lo que la norma parece querer (V. SJM 1 Barcelona 31.7.2009: “*Al disponer que en caso de resultar insuficiente la masa activa para el pago de los créditos contra la masa, se distribuya la masa activa “entre todos los acreedores de la masa por el orden de sus vencimientos” (art. 154.3), sí que (...) regula expresamente la posibilidad de que concurren una pluralidad de créditos (...) y deba establecerse un criterio para el cobro, que no es otro que el orden de sus vencimientos. En este último supuesto, la norma sí que prevé que los de vencimiento anterior se hagan efectivos antes que los que vencen con posterioridad*”).

b) En segundo lugar, porque la Ley no dejaba a salvo de esa regla la eventual preferencia que pueda asistir al titular de un crédito contra la masa, por aplicación de las normas comunes, ya que nada obsta, como es obvio, a que un crédito contra la masa tenga al mismo tiempo la condición de privilegiado en sentido estricto, cuya preferencia deberá ser respetada en el procedimiento concursal. Como dice, respecto de créditos salariales, la sentencia JM 2 Barcelona 31.7.2009, “*los créditos contra la masa derivados de salarios posteriores a la declaración de concurso pueden ser clasificados y seguir un criterio de prelación para su pago distinto del vencimiento, ya que la normativa concursal no deroga ni contradice el sistema de privilegios establecido en la legislación laboral*”).

10. Dos son las críticas fundamentales que merece: en primer lugar, la utilización de la expresión “liquidación”, cuando es evidente, como la propia Ley indica, que no se abre la fase de liquidación del concurso y que, por tanto, esa “liquidación” constituye solo la forma de referirse a la necesaria enajenación de los bienes existentes. En segundo lugar, no haber hecho referencia expresa a los honorarios de la administración concursal, que, en consecuencia, deberán incluirse entre los créditos por costas y gastos judiciales (n.º 4º), salvo los relativos a los gastos derivados de la enajenación de los bienes y derechos existentes, que han de considerarse, precisamente, “créditos imprescindibles para concluir la liquidación”.

11. El derecho español sigue teniendo como asignatura pendiente la de ofrecer a los deudores personas naturales un sistema razonable de remisión de las deudas que no puedan satisfacer en la liquidación concursal. Cuando esa asignatura se apruebe, habrá que decidir también si la remisión de deudas puede producirse también cuando el concurso no sea posible por falta de masa.

12. Así lo ha percibido con nitidez el auto del Juzgado de lo Mercantil de Palma de Mallorca de 22 de febrero de 2012. No conviene olvidar, además, que la decisión legislativa de preferir los créditos con privilegio especial a los créditos contra la masa (art. 154 LC) hará que no deba declararse el concurso en aquellos casos en los que el deudor sea titular únicamente de bienes y derechos afectos a privilegio especial cuyo valor no sea superior al de los correspondientes créditos.

13. Es el caso de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Las Palmas de 12 de diciembre de 2011. Las importantes discrepancias entre los dos socios provocaron la escisión de la sociedad, dividiendo el patrimonio social en dos partes, agrupadas en torno a dos ramas de actividad. La escisión se estructuró a favor de dos sociedades beneficiarias preexistentes titularidad de los correspondientes socios. Pasados algunos meses, una de las sociedades beneficiarias de la escisión es declarada en concurso de acreedores. La administración concursal interpuso demanda en la que ejercitaba una acción rescisoria basándose en el perjuicio causado a la masa activa por la deficiente valoración y atribución patrimonial de los activos adjudicados en la operación de escisión total, es decir, alegando que con la escisión se había procedido a una división desigual o no equitativa de la sociedad escindida entre las dos sociedades beneficiarias, una de las cuales había sido después declarada en concurso de acreedores.

## NOTA BIBLIOGRÁFICA

- BELTRÁN, E., “Las modificaciones estructurales y el concurso de acreedores”, en *AAMN*, 2010, pp. 157-183; “La liquidación de la sociedad y el concurso de acreedores”, en Rojo/Beltrán (dirs.), *La liquidación de las sociedades mercantiles* (2ª ed.), Tirant Lo Blanch, 2012, pp. 417-449.
- BELTRÁN, E./MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “Efectos de la conclusión del concurso (art. 178)”, en Rojo/Beltrán, *Comentario de la Ley Concursal*, Civitas, 2004, II, pp. 2642-2676.
- CERDÁ, F., “Fusión y escisión de sociedades en liquidación y de sociedades en situaciones concursales”, en *RGD*, 1998, julio-agosto, pp. 9331 y ss.; “Modificaciones estructurales societarias y concurso de acreedores: acciones de impugnación y convenio concursal”, en *El Derecho Mercantil en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños*, Marcial Pons, 2010, pp. 713-729; “Rescisión concursal y modificaciones estructurales transmisivas”, en *ADCo*, 26 (2012-2), pp.
- CORTÉS, L. J./PÉREZ TROYA, A., “Algunas notas sobre la fusión de sociedades de capital en liquidación societaria o concursal”, en AAVV, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, 2005, IV, pp. 4805-4825.
- FERNÁNDEZ SEIJO, J.Mª., “Los posibles escenarios concursales de la Ley de Modificaciones estructurales de las Sociedades mercantiles”, *www.elderecho.com*, 6.2.10.2010.
- GUTIÉRREZ GILSANZ, A., “Cesión global de activo y pasivo y concurso de acreedores”, en *RDCP*, 14 (2011), pp. 151-170.
- LARGO, R., “La fusión y la escisión de las sociedades como contenido del convenio concursal”, en *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal. Libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, Marcial Pons, 2007, III, pp. 2135-2154; “El convenio concursal mediante la modificación estructural de la sociedad concursada”, en *RDCP*, 9 (2008), pp. 87-116.
- MORILLAS, Mª J., *El concurso de las sociedades*, Iustel, 2004.
- MUÑOZ PÉREZ, F., “¿Es posible una operación de cesión global como contenido de un convenio concursal?”, en *RDCP*, 3 (2005), pp. 327-329
- PÉREZ TROYA, A., “Las especialidades concursales de las entidades de crédito ante la crisis financiera”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, 2010, pp. 241-259 (disponible también en <http://hdl.handle.net/10017/7975>); voz “Modificaciones estructurales y concurso de acreedores”, en *Enciclopedia de Derecho Concursal*, Thomson Reuters, 2012, en prensa.
- PULGAR, J., “Modificaciones estructurales y concurso de acreedores en el marco de la Ley 3/2009, de 3 de abril”, en *La Ley*, martes, 20 de octubre de 2009, pp. 1-6, y “Modificaciones estructurales de sociedades en liquidación y en situación concursal”, en Rodríguez Artigas y otros (dirs.), *Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Aranzadi, 2009, II, pp. 729-771.
- SÁNCHEZ-CALERO, J./FERNÁNDEZ TORRES, I. “Fusiones apalancadas, asistencia financiera y concurso (oportunidad y acierto del artículo 35 LME)”, en *RDCP*, 14 (2011), pp. 109-133.
- Fecha recepción: 16/07/2012  
Fecha aceptación: 05/11/2012