La extinción de la sociedad mercantil sin declaración judicial de concurso en caso de falta de activo

Autor(es): Quijano González, Jesús

Publicado por: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

URL persistente: URI:<http://hdl.handle.net/10316.2/39857>

DOI: DOI:https://doi.org/10.14195/0870-4260_57-3_9

Accessed : 26-Apr-2023 09:09:49

A navegação consulta e descarregamento dos títulos inseridos nas Bibliotecas Digitais UC Digitalis, UC Pombalina e UC Impactum, pressupõem a aceitação plena e sem reservas dos Termos e Condições de Uso destas Bibliotecas Digitais, disponíveis em <https://digitalis.uc.pt/pt-pt/termos>.

Conforme exposto nos referidos Termos e Condições de Uso, o descarregamento de títulos de acesso restrito requer uma licença válida de autorização devendo o utilizador aceder ao(s) documento(s) a partir de um endereço de IP da instituição detentora da supramencionada licença.

Ao utilizador é apenas permitido o descarregamento para uso pessoal, pelo que o emprego do(s) título(s) descarregado(s) para outro fim, designadamente comercial, carece de autorização do respetivo autor ou editor da obra.

Na medida em que todas as obras da UC Digitalis se encontram protegidas pelo Código do Direito de Autor e Direitos Conexos e demais legislação aplicável, toda a cópia, parcial ou total, deste documento, nos casos em que é legalmente admitida, deverá conter ou fazer-se acompanhar por este aviso.

UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO

BOLETIM DE CIÊNCIAS ECONÓMICAS

HOMENAGEM AO PROF. DOUTOR ANTÓNIO JOSÉ AVELÃS NUNES

VOLUME LVII Tomo III

2 0 1 4

Organizadores:

LUÍS PEDRO CUNHA
JOSÉ MANUEL QUELHAS
TERESA ALMEIDA

COIMBRA

LA EXTINCIÓN DE LA SOCIEDAD MERCANTIL SIN DECLARACIÓN JUDICIAL DE CONCURSO EN CASO DE FALTA DE ACTIVO

I. Liquidación societaria y liquidación concursal en el modelo español vigente: estado de la cuestión

La extinción regular de la personalidad jurídica de una sociedad disuelta y liquidada ha sido tradicionalmente fuente de problemas, casi siempre relacionados con las circunstancias que deben concurrir para que se produzca la debida cancelación registral de los asientos relativos a la sociedad y el cierre de su hoja en el Registro. Ocurre, como es sabido, que tal cancelación de los asientos registrales es una consecuencia natural de la inscripción de la escritura de extinción de la sociedad, que se otorga al finalizar el proceso de liquidación, una vez aprobado el balance final que los liquidadores presentan a la junta general tras concluir las correspondientes operaciones y una vez efectuada la división del patrimonio social para satisfacer primero los créditos a los acreedores y luego la cuota de liquidación a los socios. Los artículos 390 a 394 de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante LSC) así lo establecen con suficiente claridad.

Pero el otorgamiento de la escritura de extinción de la sociedad por los liquidadores está legalmente configurado

como resultado formal de un proceso de liquidación ordinario y exitoso, en que los fines pretendidos (el pago a los acreedores y la restitución de la aportación a los socios a través de su derecho a la cuota de liquidación) se han cumplido con corrección y con regularidad. Es razonable entonces que el artículo 395 de la LSC exija que la escritura de extinción contenga determinadas menciones obligatorias: que el balance final no ha sido impugnado o que, si lo ha sido, las impugnaciones están resueltas por sentencia firme; que se ha procedido al pago a los acreedores, o a la consignación de sus créditos; que se ha satisfecho a los socios la cuota de liquidación, o consignado su importe. Con tal contenido, la escritura accederá a la inscripción, en la que, como así lo indica el artículo 396, se expresará que quedan cancelados todos los asientos registrales relativos a la sociedad. A partir de ahí, el activo o pasivo sobrevenido tendrán el tratamiento previsto en los artículos 398 y 399 de la LSC, coherente con el modelo descrito: si hay activos sobrevenidos (patrimonio social que no había sido objeto de liquidación), dando por hecho que los acreedores han sido satisfechos, su importe será destinado a mejorar la cuota de liquidación percibida por los antiguos socios a través de la llamada “cuota adicional”; si hay pasivo sobrevenido (deudas sociales no satisfechas), los socios responderán solidariamente, sin perjuicio de la responsabilidad que hubieran podido contraer los liquidadores, hasta el límite de lo que percibieron como cuota de liquidación, pues se trata de hacer valer de nuevo el principio de prevalencia de los acreedores, en combinación con la limitación de responsabilidad de los socios, que durante la vida de la sociedad respondían con lo aportado y, extinguida la sociedad, responden con la cuota percibida como retorno de la aportación. Y si fuere necesario formalizar actos jurídicos tras la cancelación de la sociedad, o cumplir requisitos de forma relativos a actos jurídicos anteriores a la cancelación de los asientos de la sociedad,

los liquidadores verán extendido o prolongado su poder de representación en los términos del artículo 400, para actuar a esos efectos en nombre de la sociedad ya extinguida, con posterioridad a su extinción registral; e incluso, si ya no hay liquidadores, cualquier interesado puede solicitar del juez del domicilio que tuvo la extinta sociedad la necesaria formalización de los actos jurídicos que la requieran.

No deja de llamar la atención que el régimen de extinción de las sociedades de capital incorporado al Texto Refundido de 2010 proceda de la Ley de Sociedades Limitadas de 1995, artículos 121 a 124, ya que la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 se limitaba en su artículo 278 a hacer una referencia simple a la cancelación en los mismos términos en que lo hacía el artículo 168 de la ley de 1951, refiriéndose entonces a la extinción. De manera que el régimen vigente es fruto de la generalización, para hacerlas comunes, de las normas que eran propias de la sociedad limitada en relación con la escritura pública de extinción, la cancelación de los asientos registrales, y el tratamiento del activo y pasivo sobrevenidos.

El régimen de extinción de la sociedad así configurado se complementa con las reglas correspondientes del Reglamento del Registro Mercantil (RRM), artículos 243 a 248, texto datado en 1996, posterior a las leyes de sociedades de capital de 1989 y 1995, y anterior, y aún sin adaptar, al Texto refundido de 2010. Y tal vez ello explique que, con eventual discordancia, el contenido de la escritura de extinción, cuya inscripción produce la cancelación de la sociedad disuelta y liquidada, haga mención (artículo 247, 2, 3.º) al hecho de que “se ha procedido a la satisfacción de los acreedores o a la consignación o aseguramiento de los créditos, con expresión del nombre de los acreedores pendientes de satisfacción”, expresión que parece referirse a créditos que no han sido pagados en la liquidación porque en ese momento aún no

estaban vencidos, como podría deducirse de la exigencia de que conste el importe de las cantidades consignadas o aseguradas y la entidad en que se hubieren consignado y la que hubiera asegurado el pago de esos créditos.

La orientación del sistema ordinario de liquidación societaria hasta aquí descrito pone bien de manifiesto las dificultades implícitas que ofrece para proceder a la extinción y cancelación por esa vía cuando la falta de activo haga inviable cumplimentar una escritura que debe contener, como mención obligatoria, la manifestación de que se ha procedido al pago de los acreedores o a la consignación de sus créditos. El cauce societario conduce entonces a una confusa situación jurídica: la sociedad está liquidada, materialmente ha desaparecido y carece tanto de actividad como de entidad patrimonial, pero no puede otorgarse escritura de extinción ni procederse a la cancelación de los asientos registrales, porque no puede hacerse constar que los créditos de sus acreedores han quedado satisfechos, por lo que no se ha cumplido el fin típico y natural de la liquidación. Dicho en otros términos, el procedimiento societario de liquidación no está pensado para extinguir y cancelar sociedades con insuficiencia patrimonial o falta de activo.

Si esa situación es constitutiva de insolvencia, el cauce societario debe dejar paso al cauce concursal, pues no en vano los liquidadores están legitimados para solicitar el concurso (artículo 3, 1, de la Ley Concursal, en adelante LC) y nada impide declarar en concurso a una sociedad en liquidación, incluso cuando, tras haber sido disuelta, las operaciones de liquidación ya estén en marcha. Todo dependerá de cuando se constate que la sociedad deudora está en insolvencia por no poder cumplir regularmente sus obligaciones exigibles; porque si tal constatación es previa (en concreto al concurrir la causa de disolución por pérdidas cualificadas), la obligación de solicitar la declaración del concurso ya recaía sobre los

administradores, en los términos de los artículos 363, 1, e) y 365, como alternativa al deber de procurar la disolución que abriría la liquidación de la sociedad. Y si se declara el concurso, la disolución de la sociedad acaecerá cuando se habrá, en su caso, la fase de liquidación concursal, y la extinción y cancelación serán entonces un efecto de la propia conclusión del concurso, todo ello conforme a lo que disponen los artículos 145, 3, y 178, 3, de la LC.

El itinerario descrito pone bien de manifiesto la relación entre las dos vías liquidatorias, la societaria y la concursal, y los problemas de superposición y coordinación que plantean. Porque la LSC se limita a enunciar un principio de especialidad de la liquidación concursal en el artículo 372, sin precisar bien el tránsito de una a otra, el momento, las causas o los efectos.

Esta relación entre expedientes de liquidación remite en definitiva a una dimensión más amplia, como lo es la relación previa entre la disolución y liquidación de la LSC y el procedimiento concursal de la LC. Comentando el artículo 372 de la LSC, decía Emilio BELTRÁN, con su habitual lucidez, que

“la relación entre la liquidación de la sociedad de capital y el concurso de acreedores ha de afrontarse partiendo de la función que cumplen: el concurso de acreedores es el instrumento legislativamente previsto para la satisfacción, lo más eficiente y equitativa posible, de los acreedores de cualesquiera deudor insolvente, a través del medio (reorganización, transmisión o liquidación de la empresa que resulte más adecuado, y la liquidación es un instrumento legal de extinción de personas jurídicas” (en “Comentario a la Ley de Sociedades de Capital”, dir. ROJO-BELTRAN, 2011, Tomo II, pág. 2601).

A partir de ahí, afirmaba la autonomía e independencia de ambas instituciones y su compatibilidad: en efecto, una sociedad de capital puede llegar a la liquidación a través del

concurso, y una sociedad en estado de liquidación por disolución previa puede ser declarada en concurso durante ese periodo.

Así están orientados los textos legales: el artículo 361 de la LSC afirma que la declaración de concurso de una sociedad no es, por sí sola, causa de disolución; lo es la apertura de la fase de liquidación en el concurso, y con el carácter de disolución de pleno derecho. En lógica correspondencia, el artículo 145, 3, de la LC establece que la resolución judicial que abra la fase de liquidación en el concurso de una persona jurídica declarará la disolución de la sociedad, si es que no estuviera ya acordada, quedando sus administradores o liquidadores sustituidos por la administración concursal, sin perjuicio de que continúen representando a la concursada durante el procedimiento. Desde la otra perspectiva, conocida, o debida conocer, la situación de insolvencia de la sociedad, debe solicitarse la declaración del concurso aunque la sociedad esté disuelta y en periodo de liquidación societaria; a tal efecto están legitimados los liquidadores (artículo 3, 1, de la LC), y sobre ellos recae el deber en los términos del artículo 5, lo que justifica que a lo largo de la LC los liquidadores sean mencionados reiteradamente junto a los administradores de la sociedad a los distintos efectos que pueden ir derivando del concurso de la sociedad (embargo preventivo, acción social de responsabilidad por daños, cese, declaración de personas afectadas por la calificación del concurso como culpable, condena de responsabilidad concursal por déficit, etc.). De modo que la sociedad puede encontrarse en liquidación, tras haber sido disuelta, sin estar declarada en concurso; pero si la sociedad está en concurso, y se abre la fase de liquidación, quedará automáticamente disuelta y continuará el proceso de liquidación concursal; y si ya había sido disuelta y estaba en proceso de liquidación societaria, y durante tal proceso fuera declarada en concurso, cesará el proceso de liquidación societaria y será sustituido por el de liquidación concursal. Se producirá entonces una especie de continuación de la liquida-

ción por otra vía, pues esto es lo que hay que entender que impone el artículo 372 de la LSC, dando a la liquidación concursal el carácter de especialidad, con aplicación prioritaria de las reglas del Capítulo II del Título V de la LC a las que expresamente se remite.

Cuando esto ocurre, la extinción de la sociedad, y la cancelación de su inscripción registral, deja de ser un efecto del precedente estado de liquidación societaria y pasa a serlo de la conclusión del concurso por liquidación, como así lo dispone el artículo 178, 3, de la LC para el caso del deudor persona jurídica; como también es un efecto de la peculiar conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa, una vez que la reforma de la LC de 2011 ha tipificado el supuesto en el artículo 176 bis, que permite acceder a la conclusión desde la propia declaración del concurso cuando, además de tal insuficiencia de masa activa para satisfacer siquiera los créditos contra la masa, se añada la ausencia de garantía suficiente por tercero y la falta de previsión del ejercicio de acciones de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros, y la de calificación del concurso como culpable, pues si alguna de estas situaciones está pendiente no cabe dictar auto de conclusión del concurso por este motivo. De modo que ambas hipótesis, la terminación de la fase de liquidación y la constatación en cualquier estado del procedimiento concursal de la insuficiencia de masa activa para satisfacer los créditos contra la propia masa, son por igual causas de conclusión del concurso (artículo 176, 1, 2.º y 3.º de la LC) que conducen a la extinción de la persona jurídica y a su cancelación registral. Las circunstancias positivas y negativas que deben concurrir para que tal extinción se produzca tienen entonces especial interés para una eventual configuración de un modelo de liquidación societaria apto para producir la extinción en caso de falta de activo suficiente para satisfacer a los acreedores, sin necesidad de pasar de esa liquidación a la concursal, sino agotando el procedimiento ya iniciado.

Porque de la contraposición de los dos procedimientos de liquidación hasta aquí descritos, y atendiendo a la función típica de cada uno, cabe deducir que el societario está pensado para extinguir y cancelar la sociedad solo si por efecto de la liquidación han quedado satisfechos todos los créditos pendientes contra la sociedad, lo que supone que su activo era suficiente; mientras que, si no lo era, la imposibilidad de cumplimiento regular de todas las obligaciones exigibles, esto es, la insolvencia de la sociedad, habrá integrado el presupuesto objetivo de su declaración de concurso, aunque ya estuviera en liquidación, y la extinción sobrevendrá por conclusión del concurso, cuando finalice la fase de liquidación, si se hubiera llegado a ella, o cuando se constate la insuficiencia de masa activa en cualquier momento y se den las condiciones antes mencionadas. O, dicho a la inversa, la liquidación societaria no es apta para extinguir una sociedad con falta de activo; ésta es la función propia de la liquidación concursal, o de la insuficiencia de masa, en tanto que ambas son causas de conclusión del concurso. Y si la liquidación societaria llega a su fin, y se agota el patrimonio social sin que todos los acreedores resulten satisfechos, la sociedad quedará en un estado latente, liquidada pero no extinguida ni cancelada, a la espera de que un eventual procedimiento concursal culmine la tarea y concluya, sea completando la liquidación, sea constatando la grave insuficiencia de masa que, normalmente, ya estará constatada en la previa liquidación societaria. Sólo entonces se producirá la extinción y cancelación registral, prolongando una situación jurídica confusa y añadiendo tiempo y complejidad innecesariamente.

La contraposición así descrita se prologa incluso una vez terminada la liquidación societaria o concluido el concurso. Tras aquélla, el activo sobrevenido tiene el destino que marca el artículo 398 de la LSC, que es el de satisfacer la cuota adicional a los socios; mientras que la aparición de nuevos

bienes y derechos con posterioridad a la conclusión del concurso dará lugar a la reapertura de éste en los términos del artículo 179, 2 y 3, de la LC, sólo para desarrollar una nueva fase de liquidación, reponiendo la hoja registral de la sociedad, o para ejercitar acciones de reintegración en el año siguiente a la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa. Mientras que si hay pasivo sobrevenido tras la liquidación o acreedores posteriores a la conclusión del concurso, su tratamiento difiere igualmente: en un caso, cabrá exigir la responsabilidad de los antiguos socios que contempla el artículo 399 de la LSC; en el otro, los acreedores posteriores se incorporarán a la lista del concurso reabierto a través de la actualización que menciona el artículo 180 de la LC.

Se suscita entonces una cuestión eminentemente práctica: si no sería útil y oportuno diseñar un procedimiento de liquidación societaria que, una vez iniciado, cumpliera la doble función, esto es, repartir ordenadamente el activo existente entre los acreedores y conducir con garantías adecuadas a la extinción y cancelación registral de la sociedad cuando el activo fuera insuficiente, ahorrando trámite sin perder seguridad. El modelo vigente, como se ha expuesto, no facilita este objetivo. Pero el trance de modernización general en que se halla nuestro ordenamiento mercantil con ocasión de la elaboración de un nuevo Código puede ser ocasión propicia para abordar la cuestión. Esa es la intención de la propuesta incorporada, cuyo contenido se examina a continuación.

II. La configuración de una propuesta que permita extinguir la sociedad en caso de falta de activo, sin declaración judicial de concurso

La propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codi-

ficación, hecha pública en julio de 2013, incorpora un procedimiento específico para obtener la extinción de la sociedad, y su cancelación registral, en caso de falta de activo. En efecto, la Sección 4.^a del Capítulo II (Disolución, liquidación y extinción de sociedades mercantiles) del Título VII (Separación y exclusión de socios; disolución, liquidación y extinción de sociedades), dentro del Libro II, contiene en los artículos 272-44 a 272-54 una matizada fórmula susceptible de producir la extinción de la sociedad ya liquidada con falta de activo sin necesidad de proceder a su declaración judicial en concurso de acreedores. El apartado que la Exposición de Motivos dedica al asunto (III-88) es bien revelador de esas intenciones: se trata de

“solventar las dificultades para proceder a la extinción de la sociedad liquidada en caso de falta de activo, para lo que se ha dispuesto un procedimiento razonablemente ágil que permita, todavía en el ámbito societario, constatar con suficiente fiabilidad si hay posibilidades de reintegración patrimonial o de cobertura del déficit que justifiquen la declaración de concurso o si, por el contrario, debe procederse a la extinción y cancelación registral de la sociedad”.

De este modo, la “extinción societaria” anticiparía la “extinción concursal”, evitando el paso al concurso como única alternativa para que la conclusión de éste produjera el efecto extintivo como consecuencia de la falta de activo. Como tendremos ocasión de analizar, la fórmula no es, en todo caso, automática; está supeditada a algunas cautelas dirigidas a impedir que una extinción precipitada evite o dificulte la utilización de los mecanismos de reintegración patrimonial que podrían haberse aplicado de haber sido declarado el concurso. Se trata, con ello, de hacer valer, cuando sea oportuno, el interés de los acreedores a una satisfacción lo más completa posible de sus créditos.

Fácilmente se aprecia que la orientación de la propuesta ha tratado de combinar ambos objetivos: obtener la extinción y cancelación de la sociedad sin declaración y conclusión del concurso; y preservar, en interés de los acreedores, las posibilidades de reintegración del patrimonio de la sociedad deudora cuya liquidación no ha permitido satisfacer todos los créditos pendientes. A tal efecto, son bien notorias las “influencias concursales” en la configuración del procedimiento especial de extinción: baste apreciar la matizada analogía que el supuesto tiene con la hipótesis de “conclusión exprés” del concurso, ya desde su propia declaración, en caso de insuficiencia de masa activa, tal como ha quedado regulada en el artículo 176 bis de la LC; baste, también, comparar algunos de los efectos suspensivos que tiene el inicio del procedimiento especial de extinción con los que derivan de la conocida comunicación de los artículos 5 bis y 15, 3, de la LC. Ahí radica, probablemente, la mayor dosis de originalidad, y de utilidad práctica, de la propuesta; incrustar en el procedimiento de liquidación societaria mecanismos concursales y preconcursales que faciliten la consecución equilibrada de los citados objetivos, facilitando así solución final a una situación, como es la liquidación con falta de activo, que, de otro modo, acumularía complejidad, dilación, incertidumbre y duplicidad innecesaria. El efecto colateral de desjudicializar la extinción evitando el concurso no es, en absoluto, desdeñable, habida cuenta del número de concursos que se declaran con ese fin y la descarga de trabajo añadido, a menudo mecánico en estos casos, que supondría para los Juzgados de lo mercantil.

Apuntadas estas características básicas de la propuesta, convendrá entonces examinarla en detalle, analizando los distintos pasos que deben producirse desde la constatación de la insuficiencia del activo social hasta la extinción definitiva de la sociedad. La reconstrucción del itinerario pone de manifiesto que alguno de los momentos que lo integran

necesitará sin duda de interpretación adecuada; y cabe anticipar que tal interpretación habrá de hacerse teniendo en cuenta la finalidad última del procedimiento, que, no se olvide, es la de propiciar la extinción de la sociedad sin pasar por la declaración de un concurso que sólo sería necesario precisamente para llegar a ese resultado.

1. El “presupuesto objetivo” del procedimiento de extinción: formalización y publicidad

Indica literalmente el artículo 272-44, 1, de la Propuesta de Código que

“si el activo de la sociedad fuera insuficiente para satisfacer a todos los acreedores de la sociedad, una vez agotado, los liquidadores otorgarán escritura pública en la que harán constar esta circunstancia”.

Resulta evidente, pues, que el presupuesto objetivo del procedimiento especial de extinción es la falta de activo; lo que equivale a decir que el patrimonio social ha sido insuficiente para satisfacer a los acreedores. Pero tal constatación exige que el activo haya sido agotado, o dicho de otro modo, que la liquidación patrimonial de la sociedad disuelta haya sido completa, desarrollándose las operaciones de liquidación a que se refieren los artículos 383 y siguientes de la LSC, particularmente a través de la enajenación de bienes sociales prevista en el artículo 387. Hasta ahí se habrá seguido el procedimiento ordinario de una liquidación societaria; a partir de ahí se iniciará el procedimiento especial de extinción.

Así enunciado el asunto, dos son los problemas principales que, a mi juicio, plantea ese trance: el primero, la correcta delimitación del alcance relevante de la insuficiencia patrimonial; el segundo, la coordinación del supuesto con el cumplimiento de los deberes de los liquidadores desde la perspectiva concursal.

En efecto, el texto habla de “activo insuficiente para satisfacer a todos los acreedores” sin distinción. No precisa, por ejemplo, que la insuficiencia impida satisfacer los créditos que, de haberse declarado el concurso, hubieran sido créditos contra la masa, como así lo hace el artículo 176 bis de la LC, donde sólo es relevante la insuficiencia de la masa activa “cuando el patrimonio del concursado no sea presumiblemente suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa, salvo que el juez considere que esas cantidades están garantizadas por un tercero de manera suficiente”, y todo ello, además, condicionado a que no se esté tramitando la sección de calificación o estén pendientes demandas de reintegración de la masa activa o de exigencia de responsabilidad de terceros, salvo, a su vez, que las acciones hubieran sido objeto de cesión o que sea manifiesto que lo que se vaya a obtener de ellas no será suficiente para satisfacer los créditos contra la masa. Es evidente, por tanto, que, en el ámbito concursal, hay una vinculación condicionante entre insuficiencia de activo y créditos contra la masa, que no aparece en el presupuesto objetivo de iniciación del procedimiento especial de extinción. Y cabrá deducir de ahí que este procedimiento podría tener un “efecto de huida del concurso”, una vez que en el procedimiento concursal ya se ha contemplado una forma especial de conclusión relacionada con un concepto más estricto de insuficiencia patrimonial a estos efectos. Porque, además, el citado presupuesto (insuficiencia de activo para satisfacer a todos los acreedores) integra una situación de insolvencia, en su vertiente más intensa, que es la desbalance patrimonial frente a la imposibilidad de cumplimiento regular de las obligaciones exigibles por causa de mera iliquidez, y esa situación es también, y muy precisamente, presupuesto objetivo de la declaración de concurso en los términos del artículo 2 de la LC.

Cabe, no obstante, una importante apreciación que hacer: la conexión insuficiencia de activo/créditos contra la masa es

factible porque en el supuesto del artículo 176 bis de la LC ha habido necesariamente declaración de concurso y han podido operar los mecanismos para clasificar los créditos y distinguir los que lo son contra la masa y los que son concursales en cualquiera de sus categorías; y ese no es el caso de la liquidación societaria. En ésta no hay técnicamente formación de masa activa ni pasiva porque no ha habido declaración de concurso, y no cabrá determinar con certeza qué créditos tengan una u otra condición, salvo acudiendo a una ficción por aproximación (“los que lo hubieran sido de haberse declarado un concurso”) que no ofrecería la seguridad ni la garantía de los trámites concursales previstos al efecto, en buena medida a iniciativa de la administración concursal y con resolución judicial, que es lo que se trata de evitar en el procedimiento especial de extinción. Por otro lado, el artículo 272-31 de la Propuesta ya contiene una regla de pago de las deudas sociales en caso de insuficiencia de activo para satisfacer a todos los acreedores, indicando que los liquidadores pagarán las deudas sociales “conforme a las reglas establecidas en la legislación concursal para el pago en la fase de liquidación”, lo que viene a constituir otro elemento de aproximación de la liquidación societaria a la concursal en este caso que, en buena medida, compensa y atempera la exclusión del procedimiento concursal.

Más complicación puede ofrecer el segundo problema apuntado, que es el de la debida coordinación del supuesto de especial extinción con los deberes que pueden recaer sobre los liquidadores. El supuesto opera, como se viene indicando, cuando el proceso de liquidación ha concluido y, una vez agotado el activo de la sociedad en ese proceso, quedan créditos sin satisfacer, total o parcialmente (aspecto éste que el precepto debiera aclarar para evitar dudas). Pero puede ocurrir, y será normal que ocurra, que la insuficiencia del activo tenga la consideración jurídico-económica de insolvencia con

relevancia concursal, y que esa situación esté objetivamente establecida con anterioridad a la terminación del proceso de liquidación societaria que se ha llevado a cabo hasta agotar el patrimonio social; dicho de otro modo, que la sociedad sea insolvente, antes de entrar en liquidación o, al menos, que se constate que lo es durante la liquidación. Si esto es así, con la insolvencia habrá surgido el deber de solicitar la declaración de concurso; si es antes de iniciada la liquidación (el supuesto de referencia serán las pérdidas cualificadas) el deber de solicitar el concurso ya recae sobre los administradores como alternativa al deber de procurar la disolución (los artículos 363, 1, e), 365 y 367 son elocuentes al respecto, aunque es cierto que la Propuesta de Código ha depurado considerablemente este cruce de deberes que generaba notable confusión, como se desprende de los artículos 272-6 y 272-8,2, y siguientes). Pero si la insolvencia se pone de manifiesto o es conocida ya iniciado el periodo de liquidación, el deber de solicitar el concurso conforme al artículo 5 de la LC recae sobre los liquidadores en los dos meses siguientes; y hay que recordar que el deber inicial de los liquidadores es precisamente elaborar un inventario y un balance de la sociedad a la fecha de la disolución, conforme al artículo 383 de la LSC, que reitera el 272-27 de la Propuesta de Código, reduciendo el plazo a un mes, lo que supone que ya en ese momento pueden tener constancia suficiente de la insolvencia. Si cumplen el deber, y solicitan el concurso, y éste es declarado, la liquidación societaria se detendrá, será sustituida por la liquidación concursal (el artículo 272-20 de la propuesta de Código da a ésta la misma especialidad y preferencia del artículo 372 de la LSC), o, en su caso, por la rápida conclusión del concurso por insuficiencia de masa del 176 bis de la LC, y, con ello, se habrá frustrado el objetivo de evitar la declaración judicial del concurso, aunque finalmente se obtenga la extinción de la sociedad en el ámbito concursal, ya que no

en el ámbito societario que se pretendía. Si no cumplen el deber de solicitar el concurso en plazo, estando la legislación concursal como está, los liquidadores se exponen a las conocidas consecuencias del incumplimiento, y muy especialmente a la responsabilidad por déficit si el concurso es calificado como culpable y ellos son declarados personas afectadas. ¿Estarán entonces los liquidadores autorizados a proseguir la liquidación concursal hasta agotar el activo y abrir el nuevo trámite de la extinción de la sociedad por insuficiencia, sin tener en cuenta el deber de solicitar el concurso, cuyo incumplimiento quedaría legitimado a pesar de haber conocido la insolvencia? Si este es el objetivo del nuevo supuesto tal vez debería acomodarse la LC a esa lógica, acogiendo la idea de que no hay deber de solicitar el concurso por los liquidadores cuando, constatada la falta de activo suficiente, la liquidación societaria pueda proseguir hasta agotarlo e iniciar el trámite de extinción de la sociedad. Porque lo que la nueva Propuesta aclara es que el deber de los liquidadores queda en suspenso y las solicitudes de otros legitimados no se admiten a trámite una vez puesto en marcha el mecanismo de extinción (272-47), como también especifica cuándo procede declarar el concurso tras haber intentado la extinción (272-54); pero no resuelve la hipótesis de que, antes ya de agotar el activo, concurra el presupuesto para solicitarlo, como deber de los liquidadores, o como facultad de otros legitimados. Y, siendo éste un aspecto crucial para la aplicación del nuevo mecanismo de extinción, debiera aclararse explícitamente.

Planteadas las dos cuestiones esenciales que suscita la aplicación del procedimiento especial de extinción por falta de activo, el examen de su desarrollo debe centrarse en los requisitos formales que la Propuesta detalla para su iniciación; esto es, el otorgamiento de escritura pública, su depósito en el Registro Mercantil y la publicidad que

debe darse a tal depósito para que se produzcan los efectos deseados.

El artículo 272-44 exige, en efecto, que los liquidadores otorguen escritura pública en la que hagan constar la circunstancia de que, una vez agotado el activo social en el proceso de liquidación seguido, quedan créditos sin satisfacer, total o parcialmente. Pero el mismo precepto exige también que a la escritura se incorpore un documento (se entiende que elaborado por los propios liquidadores) con un contenido ciertamente preciso y muy revelador de los aspectos a tener en cuenta para que la iniciativa de extinción prospere, cumpliendo su función de alternativa a la declaración del concurso. Véase si no lo que en tal documento debe recogerse: un informe completo de las operaciones de liquidación realizadas hasta agotar el activo; una relación de los actos de disposición patrimonial realizados dentro de los dos años anteriores a la apertura de la liquidación (obviamente se trata de delimitar el ámbito de eventuales acciones de reintegración, por lo que esta relación tal vez pudiera limitarse a los actos perjudiciales susceptibles de revocación concursal conforme al artículo 71 de la LC y no a todos los actos de disposición indiscriminadamente); una relación de los créditos extinguidos en los dos años anteriores a la apertura de la liquidación, con expresión de la identidad del acreedor, de la cuantía del crédito, y del modo y fecha en que la extinción hubiera tenido lugar (en lo que se percibe una finalidad similar a la citada en el caso anterior, por lo que extraña aquí que no se mencione el dato del vencimiento de esos créditos para evaluar si la extinción se produjo anticipadamente); una relación de los créditos extinguidos a partir de la apertura de la liquidación, con las mismas indicaciones; una indicación de los créditos no satisfechos, expresando identidad del acreedor, cuantía del crédito y, en su caso, identidad de quien hubiera prestado garantías personales o reales para el pago del crédito (extremo éste de

particular interés por lo que luego se dirá sobre la subsistencia de las garantías tras la extinción de la sociedad); y, finalmente, una relación de los procedimientos judiciales (o arbitrales) en curso en los que la sociedad sea parte(sin duda para evaluar la contingencia de incorporar nuevos activos, o nuevos pasivos, y su previsión como activos o pasivos sobrevenidos en los términos de los artículos 272-55 y 56).

Tanto la escritura pública de inexistencia de activo, como el documento citado, deben depositarse en el Registro Mercantil (artículo 272-45), se entiende que del domicilio social, pero acompañados de una declaración de los liquidadores sobre el lugar en que radica el centro de los intereses principales de la sociedad, seguramente para facilitar así el conocimiento de los acreedores interesados y la identificación y el examen de las operaciones, actos de disposición, etc. realizados antes o durante la liquidación, dado que puede no coincidir con el domicilio social. El hecho del depósito debe ser comunicado, por vía telemática y en el primer día hábil siguiente, por el registrador mercantil al juzgado que fuere competente para una eventual declaración de concurso, notificación de la que el secretario judicial tomará constancia y que, probablemente, no tiene otro objeto que “dejar advertido” al juez para las posteriores actuaciones que puedan producirse.

Por fin, el hecho del depósito debe hacerse público en las formas habituales (artículo 272-46): en el BORME, de forma gratuita, en todo caso, y, además, en la página web de la sociedad, si existe, y, en caso contrario, y a cargo de los liquidadores, en un diario de gran circulación precisamente en la provincia en que radique el centro de intereses principales de la sociedad, más relevante a estos efectos que el propio domicilio formal, si fueren distintos, depositando también un ejemplar en el Registro Mercantil para que el registrador lo una al expediente.

2. Los efectos del depósito: la “extinción condicionada” y la cancelación de la sociedad

Establece el artículo 272-47 que desde el hecho mismo del depósito de la escritura en el Registro Mercantil, y sin esperar por tanto a su publicación, queda en suspenso el deber de los liquidadores de solicitar la declaración de concurso de la sociedad. Como ya antes se comentó, tal medida resuelve la situación posterior a la formalización de la falta de activo, una vez agotado éste en el proceso de liquidación, pero no la que se puede plantear cuando la falta de activo y la probable insolvencia de la sociedad ya se han conocido con anterioridad, al inicio o durante el proceso de liquidación y sin que se haya agotado aún el activo patrimonial. La comunicación al juez, que podría tener un alcance equivalente a la que opera en el artículo 5 bis de la LC, sólo está contemplada cuando la escritura ya ha sido depositada en el Registro, que es cuando el registrador debe notificarlo al juez. Una comunicación previa y motivada de los liquidadores al juez manifestando su propósito de proceder a la extinción por falta de activo, facilitaría seguramente la justificación de la suspensión del deber de solicitar el concurso mientras se agota el patrimonio en el proceso ordinario de liquidación.

El otro efecto va dirigido a los legitimados, distintos de la sociedad deudora, para solicitar el concurso, pues no se admitirán solicitudes a su instancia y, de haberse admitido alguna, el juez decretará el archivo de lo actuado. Pero ahora el efecto no se produce desde el depósito de la escritura sin más, sino desde la fecha en que el secretario judicial deje constancia de haber recibido la notificación del depósito que habrá realizado el registrador al juez, o también desde la fecha de la publicación del depósito a efectos de decretar el archivo citado. Por otra parte, cabría plantear si, además de este efecto, deben producirse otros (prohibición de nuevos juicios decla-

rativos, o de nuevas ejecuciones singulares o apremios, y paralización o suspensión de los ya iniciados), por analogía con lo que ocurre en el procedimiento concursal, vinculando incluso el efecto a una eventual comunicación de los liquidadores al juez, que ya antes se mencionó a propósito del deber de solicitar el concurso. Pero hay que tener en cuenta que aquí se ha producido ya una liquidación patrimonial y que el activo de la sociedad ya ha sido agotado, por lo que no es fácil imaginar que sobrevengan esas hipótesis, aunque tampoco cabría excluirlas de forma absoluta.

Los citados efectos paralizantes de la solicitud de concurso están, sin duda, encaminados a la producción del efecto principal (272-48): si transcurre un mes desde la publicación del depósito de la escritura de insuficiencia de activo en el BORME y ninguna persona legitimada (como veremos, lo está cualquier acreedor o cualquier garante de la sociedad deudora) ha solicitado el nombramiento de experto independiente para emitir informe, el mismo registrador declarará extinguida la sociedad y procederá a la cancelación de su inscripción registral. Se trata, pues, de una extinción y cancelación condicionadas al transcurso del plazo y a la pasividad de quienes pueden solicitar el informe de experto; todo ello en el ámbito societario y registral (es el registrador quien recibe y califica la escritura que hay que depositar, quien procede a declarar la extinción, quien materializa la cancelación de asientos y quien, llegado el caso, nombra al experto solicitado para elaborar informe).

La extinción de la sociedad, lo mismo que ocurriría de haberse llegado a la conclusión de un concurso por liquidación o por insuficiencia de masa activa conforme a la LC, produce la extinción de los créditos insatisfechos, seguramente más por desaparición jurídica del deudor, que pierde la legitimación pasiva para ser demandado, que por alguna suerte de condonación o remisión, que parecería suponer la perma-

nencia del deudor al que se condona o remite el pasivo pendiente. La prueba de que la extinción de los créditos insatisfechos tiene un alcance más subjetivo (se extinguen respecto del deudor jurídicamente desaparecido) que objetivo (no se extingue la obligación propiamente dicha por condonación o remisión) es que las garantías personales que se hubieren otorgado o las garantías que se hubieren constituido por terceros (no obviamente por el propio deudor cuyo patrimonio se ha agotado) permanecen (272-48, 2) y, en consecuencia, los acreedores beneficiados por la garantía pueden reclamar del garante personal o real el crédito insatisfecho, o la parte del crédito pendiente de pago tras la liquidación del patrimonio del deudor, sin que puedan oponer la extinción de éste. Esta configuración autónoma de la garantía debe, pues, ponerse en relación con el citado alcance subjetivo de la extinción del deudor, compatible con la subsistencia de la obligación frente a sus garantes.

3. La iniciativa de los legitimados y el nombramiento de experto

La extinción inmediata está condicionada, como ya se ha apuntado, a que los legitimados para hacerlo no adopten la iniciativa prevista en el artículo 272-49. La iniciativa consiste en solicitar al registrador mercantil del domicilio social que nombre un experto independiente para que emita informe sobre la situación de la sociedad deudora ya liquidada con falta de activo. Legitimado para hacerlo está cualquier integrante de los dos “colectivos afectados” por la falta de activo: cualquier acreedor que permanezca total o parcialmente insatisfecho y cualquier garante de las deudas de la sociedad que, al subsistir su garantía, podrá verse obligado al pago de la deuda no satisfecha en los términos de la garantía real o personal que haya prestado. A ambos se requiere identificación

y justificación suficiente de su condición de legitimados; pero se distinguen al respecto dos situaciones: si el acreedor o el garante ya figuran en la relación incorporada a la escritura pública de inexistencia de activo no necesitan acreditar ni la existencia ni la cuantía del crédito del que uno fuera titular o de la garantía que el otro hubiera prestado; en caso contrario habrán de acompañar documento acreditativo que exprese el origen, la naturaleza, el importe, la fecha de adquisición y vencimiento del crédito o de constitución de la garantía y la situación actual del uno o de la otra.

El precepto concede al respecto un plazo de veinte días a contar desde la publicación del depósito de la escritura de inexistencia de activo en el BORME, pues hay que recordar que si transcurre un mes sin que se haya presentado la solicitud el registrador procederá a extinguir y cancelar la sociedad; de modo que si, en los veinte primeros días de ese mes, se presenta solicitud, el plazo a partir del cual se produce la extinción quedará interrumpido y se abrirá el nuevo trámite de informe del experto designado.

El nombramiento de experto por el registrador debe producirse de inmediato, dentro de los dos días siguientes a la fecha del asiento de presentación de la solicitud; precisa incluso el artículo 272-50 que ese plazo corre a partir de la primera solicitud, pues cabe que se presenten otras solicitudes posteriormente, que se acumularán a la primera.

Dispone el registrador de un amplio margen de discrecionalidad para el nombramiento de experto; “a su prudente arbitrio” puede designar un auditor o un letrado que reúna las condiciones que la LC establece para poder ser nombrado administrador concursal. Habrá que entender, pues, que se trata de las condiciones subjetivas del artículo 27: cinco años de experiencia profesional efectiva en el ejercicio de la profesión y formación especializada en materia concursal; puede ofrecer duda este segundo requisito, pero hay que tener en

cuenta que el informe a emitir por el experto versa precisamente sobre aspectos (reintegración y responsabilidad) traídos aquí del procedimiento concursal, como luego se analizará. En todo caso, la remisión a las condiciones exigidas al administrador concursal plantea cuestión en cuanto a su alcance: aunque no parece que haya razón para excluirlo, no parece que el nombramiento pueda recaer sobre persona jurídica de las mencionadas en el artículo 27 de la LC (la expresión “auditor o letrado” sin otra referencia expresa parece estar pensada para profesionales persona física); tampoco aquí hay un sistema de designación, previa anotación de los interesados en la lista de disponibles como ocurre en la LC, aunque nada impide que el registrador nombre a profesionales inscritos en la lista colegial; por lo demás, las otras reglas del artículo 27 de la LC no son de aplicación aquí, salvo en lo que supongan exigencia de una determinada condición subjetiva para la designación en casos especiales. Tampoco lo serán las previsiones del artículo 28 de la LC sobre incapacidades, incompatibilidades, prohibiciones, rotación, etc. Además de que la remisión sólo se hace a las condiciones para poder ser nombrado administrador concursal, que están en el artículo 27, el artículo 272-51 de la Propuesta ha optado por aplicar aquí solamente las causas de incompatibilidad establecidas para los peritos en la legislación procesal civil (artículos 124 y 343 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre recusación y tachas de los peritos) y no las que afectan a los administradores concursales, aunque haya una zona de coincidencia entre ellas. Cuestión distinta es que el experto designado pueda llegar a ser designado administrador concursal del concurso de la sociedad, llegado el caso (artículo 272-54, 2, de la Propuesta), pues en ese momento le será aplicable el régimen de la LC; tal vez esta circunstancia debiera aconsejar la aplicación anticipada al experto del mayor volumen posible de normas propias de la administración concursal, pero se trata de dos

nombramientos distintos y en distintos momentos, no de una conversión automática, y la extensión normativa requeriría una remisión más explícita que la que contiene la Propuesta.

A la vez que el nombramiento, el registrador fijará la retribución a percibir por el experto, sin que tampoco aquí exista criterio o remisión que lleve a una determinación reglada de la remuneración, lo que quizá aconseje acudir también, por la razón indicada, a las reglas propias del dictamen de peritos como orientación para la decisión del registrador. Lo que sí se precisa en el texto (artículo 272-49, 2) es que los honorarios del experto corren de cargo del solicitante, a quien el registrador puede exigir una provisión de fondos adecuada, de la que se extraerá la retribución; pero sólo está obligado a hacer provisión, si el registrador lo exige, el primer solicitante, pues, si hay otras solicitudes posteriores, se unen sin más al expediente sin exigencia de provisión adicional.

Finalmente, el nombramiento ha de ser notificado al designado por cualquier medio que deje constancia de la fecha de notificación. Para tal trámite no se establece un plazo concreto tras la designación; el que se establece, de cinco días tras la notificación, es el plazo de aceptación del nombramiento por el experto, que debe comparecer ante el registrador para que su aceptación se haga constar por diligencia. Tampoco se indican causas o efectos concretos de la no aceptación, que tendrá por ello un margen de discrecionalidad amplio. Solamente se contempla el supuesto en que el designado estuviere afectado por causa de incompatibilidad (272-51, 2), en cuyo caso deberá excusarse de forma inmediata ante el registrador, que lo notificará a los interesados y procederá a una nueva designación; pero nada impide que los interesados puedan también recusar al designado si concurre causa justificada.

4. El informe del experto

El experto, una vez nombrado y aceptada su designación, tiene como función esencial elaborar un informe cuyo contenido viene fijado en el artículo 272-52. Se trata de un auténtico deber que debe cumplir en plazo (los dos meses siguientes a su nombramiento) y para cuya elaboración puede pedir a la sociedad deudora cuanta documentación estime necesario, estando la sociedad obligada a ponerla a su disposición.

Habida cuenta de que la liquidación societaria ha terminado con el agotamiento del patrimonio social y que éste ha sido insuficiente para satisfacer todos los créditos, de lo que ahora se trata es de explorar todas las vías posibles de reintegración del patrimonio agotado. Más en concreto, lo que el experto debe principalmente indagar, aunque no solo, es si se dan las circunstancias que permitan utilizar en esa situación de falta de activo los instrumentos para complementarlo que podrían utilizarse si la sociedad estuviera declarada en concurso. Su informe, además, no puede limitarse a exponer opciones genéricas, hipótesis más o menos fundamentadas, o conjeturas de eventual probabilidad. El precepto pide suficiente precisión: el informe ha de hacer constar si procede ejercitar acciones y si es previsible una condena de responsabilidad. A estos efectos, tres son los aspectos concretos sobre los que el informe debe pronunciarse.

En primer lugar, “si procede el ejercicio de acciones de responsabilidad contra los antiguos administradores o contra los liquidadores”. Se trata, ante todo, de acciones de responsabilidad por daño patrimonial; en el caso los administradores, por daño en el patrimonio social, cuya reparación se canaliza a través del ejercicio de la acción social actualmente prevista en los artículos 236 a 340 de la LSC, si la sociedad no está en concurso, y, si lo está, a través de la legitimación exclusiva

de la administración concursal que contempla el artículo 48 quáter de la LC; en el caso de los liquidadores, también por el daño causado en el patrimonio social (el artículo 375, 2, de la LSC declara aplicables a los liquidadores las normas establecidas para los administradores y el 48 quáter de la LC les menciona indistintamente, junto a los auditores, a propósito del ejercicio de acciones de responsabilidad de la persona jurídica contra ellos). Pero no son descartables acciones de responsabilidad que puedan corresponder específicamente a los acreedores, por daño directo causado, teniendo en cuenta que tal daño podrá estar relacionado con la insatisfacción total o parcial de sus créditos por falta de activo; se trataría, en el caso de los administradores, de la acción individual contemplada en el artículo 241 de la LSC y, en el caso de los liquidadores, de la acción contemplada en el artículo 397 de la LSC. Ambos preceptos contemplan también la acción correspondiente a los socios, pero no parece que ésta tenga incidencia en la situación que aquí se plantea. Más peculiaridad plantea la posibilidad de exigir responsabilidad por deudas en los términos del artículo 367 de la LSC, cuando hubo incumplimiento del deber de procurar la disolución o de solicitar el concurso; como es sabido, y a diferencia de lo que ocurre con la acción individual, que no está expresamente impedida durante el concurso, esta acción de responsabilidad por deudas si lo está (artículos 50 y 51 bis de la LC), pero en la medida en que puede servir a la satisfacción por los administradores de deudas impagadas de la sociedad, contraídas después de concurrir la causa de disolución, debiera ser también objeto del informe del experto. Porque, además, en todos estos casos de ejercicio de acciones de responsabilidad, su procedencia no debe juzgarse a partir de la hipótesis de que se hubiera declarado el concurso de la sociedad, sino con carácter general y con independencia de esta eventualidad. Obsérvese que el precepto comentado sólo introduce el inciso

“en caso de concurso” para los siguientes supuestos, pero no para éste del ejercicio de acciones de responsabilidad por daños. Por fin, el hecho de que en el texto se haga referencia a los “antiguos administradores” no debe entenderse relacionado con los que lo hubieran sido en los dos años anteriores, por referencia al plazo de la LC a ciertos efectos, que no tiene relevancia aquí, ni tampoco con los administradores que lo eran, y cesaron como tales, al iniciarse el proceso de liquidación; se trata más bien de un genérico que alcanzaría a los administradores que hubieran contraído responsabilidad en el pasado, sin que la acción para exigirla haya prescrito y sin que hubiera sido válidamente renunciada o transigida por la sociedad en los términos de la LSC.

En segundo lugar, “si procedería ejercitar acciones de reintegración de la masa activa”, aquí sí, en caso de que la sociedad fuera declarada en concurso, ya que es el ámbito en que se podrían ejercitar. Se trata obviamente de las acciones previstas en los supuestos del artículo 71 de la LC, actos rescindibles por ser perjudiciales para la masa activa (aquí para el patrimonio social que resultó insuficiente), siempre que hubieran sido realizados por el deudor en los dos años anteriores a la declaración del concurso (aquí en los dos años anteriores al inicio de la liquidación), con las excepciones correspondientes que el propio artículo 71 señala. Recuérdese que el documento que debió acompañar a la escritura de insuficiencia de activo debía contener una relación de actos de disposición y de créditos extinguidos precisamente en los dos años anteriores a la apertura de la fase de liquidación.

En tercer lugar, “si sería previsible que la sentencia de calificación contuviera condena a la cobertura total o parcial del déficit”. Es igualmente obvio que el supuesto está también, como el anterior, referido al caso en que se produjera la declaración de concurso de la sociedad. Pero en éste parece razonable que el experto deba evaluar, ante todo, la posibilidad

de que el concurso fuera calificado como culpable y de que administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, o apoderados generales, fueran declarados “personas afectadas”, porque sólo entonces podrá haber condena a la cobertura total o parcial del déficit concursal y reintegración a la masa activa de las cantidades obtenidas, en los términos del artículo 172 bis de la LC.

Emitido el informe, los pasos siguientes del procedimiento especial dependerán, lógicamente, de su contenido favorable o contrario a la procedencia del ejercicio de acciones, o a la previsión de la condena a cubrir el déficit. Estas alternativas son las que justifican las opciones finales que se examinan a continuación.

5. La extinción definitiva o la declaración de concurso

Los artículos 272-53 y 272-54 contemplan, en efecto, la doble hipótesis indicada.

En primer lugar, que el informe del experto sea negativo, esto es, que no procede el ejercicio de acciones de responsabilidad o de reintegración y que no es previsible la condena por déficit concursal, haciéndolo constar así expresamente. No hay otro trámite ulterior, ni se contempla la posibilidad de que los solicitantes del informe aleguen o se opongan; simplemente, el registrador interviene para poner fin al procedimiento, y puede hacerlo de oficio o a instancia de cualquier interesado. El precepto, a pesar de que su título es inequívoco (“extinción de la sociedad”), dice que el registrador “hará constar la disolución de pleno derecho en la hoja abierta a la sociedad”; pero habrá que entender que lo que el registrador debe declarar en este momento es que la sociedad se ha extinguido, procediendo a la cancelación de su inscripción registral. Eso es lo que hace cuando transcurre el plazo sin haber recibido solicitud de nombramiento de experto

(272-48), y eso será lo que debe hacer cuando, interrumpido el trámite de extinción por la solicitud, el informe del experto no propone fórmulas de reintegración patrimonial que aconsejen llevar a la sociedad al concurso. De modo que el trámite interrumpido se reanuda, la falta de activo (que era la causa de la extinción) queda confirmada sin alternativas, y lo procedente será volver al punto de partida declarando extinguida la sociedad y cancelando su inscripción. La disolución de la sociedad se habrá producido ya en un momento anterior, puesto que se inició y agotó el periodo de liquidación con falta de activo; y es la disolución de la sociedad el presupuesto para abrir el periodo de liquidación (272-16). Si se hubiera declarado concurso, el efecto de disolución de pleno derecho se habría producido con la apertura de la fase de liquidación concursal (272-6, 2), y al registrador correspondería hacerlo constar, atendiendo el mandamiento judicial, lo mismo que le corresponde en los casos previstos de disolución de pleno derecho (272-5). Pero no es el caso; aquí no ha habido concurso, ni apertura de la fase de liquidación; lo que ha habido es liquidación societaria de una sociedad disuelta, y lo que se pretende es extinguirla por falta de activo y cancelar su inscripción registral con suficientes garantías para los afectados, sin necesidad de ir al concurso cuando éste no vaya a añadir posibilidades reales de reintegración.

La segunda hipótesis es que el informe de experto sea positivo, esto es, que encuentre procedentes las formas citadas de obtener alguna reintegración patrimonial de la sociedad. El artículo 272-54, que asimila a ese supuesto la imposibilidad de emitir informe por falta de datos (lo que es buena prueba de la “preferencia concursal” en caso de duda por falta de informe), detiene entonces el proceso simplificado de extinción y lo remite al juez competente para la declaración del concurso, a quien el registrador debe enviar tanto la escritura pública depositada como el informe de experto, dejando copia

en el expediente registral. A partir de aquí se abre un interesante abanico de cuestiones relacionadas con el tránsito de la liquidación societaria a la concursal cuando ya está agotado el activo. Conviene, pues, un breve análisis de la casuística que puede plantearse.

Ante todo, parece claro que bastaría con que el informe del experto considere procedente alguna de las tres opciones de reintegración, cualquiera de ellas, y no necesariamente todas; por tanto, puede ocurrir que el experto haga constar que sólo procede ejercer acciones de responsabilidad, y no de reintegración, sin que sea previsible la responsabilidad concursal, y sería suficiente para entender que el informe es positivo, y así suficientemente con cualquiera de las tres; puede, por supuesto, estimar procedentes dos cualesquiera de las medidas y no la tercera; puede también considerar procedente alguna de ellas y abstenerse de emitir informe sobre las demás por falta de datos, etc. Cualquier combinación en ese sentido debe estimarse como informe positivo a los efectos legales, lo mismo que la no emisión de informe, como ya se indicó.

Pero la cuestión va más allá. Conforme al precepto, la recepción de los documentos (la escritura y el informe positivo del experto, o la exposición fundamentada de que no ha podido emitirlo por falta de datos) produce el mismo efecto en todos los casos, con independencia del contenido del informe; se considera sin más solicitud de concurso voluntario, una variante sin duda especial de activar la declaración del concurso que habrá que sumar a las que contempla la LC, en este caso en la modalidad de concurso voluntario, que no necesita ser solicitado formalmente por el deudor, sino que opera automáticamente o *ex lege* a partir de la remisión de los documentos por el registrador al juez. Probablemente el texto propuesto haya entendido que la declaración del concurso es igualmente necesaria para poner en marcha todos los instrumentos jurídicos indicados, o que sólo en el seno de un procedimiento concursal es factible su uso. Y lo es, en efecto

y sin duda alguna, en dos de ellos: las acciones de reintegración, con su especial régimen de presunción del perjuicio, de legitimación y de efectos, son propias del concurso, pues de lo contrario habría que acudir a la revocatoria ordinaria, muy distinta en su configuración; la responsabilidad por déficit sólo puede declararse si ha habido concurso calificado de culpable y determinación de personas afectadas. Pero la exigencia de responsabilidad por daño contra los antiguos administradores o contra los liquidadores, de hecho o de derecho, o los demás supuestos de responsabilidad que podrían admitirse, no requieren, en puridad de conceptos, de una declaración de concurso; surgen al margen, en los términos de la LSC, y, en abstracto, pueden ejercitarse al margen, y otra cosa es la problemática de su ejercicio cuando esté declarado el concurso de la sociedad. Habría, pues, este matiz que afirmar, aunque también hay que observar que, al menos en el caso de la acción social (cuya función es reparar el patrimonio social perjudicado), el contexto del concurso añade utilidad a su ejercicio: la legitimación exclusiva se concentra en la administración concursal, lo que facilita ese ejercicio; la indemnización obtenida se convierte en activo social de inmediato, y debe ser repartida entre los acreedores insatisfechos siguiendo las reglas de la liquidación concursal, evitando así toda tentación de repartirla como activo sobrevenido que integra, en la liquidación societaria, la cuota adicional de los socios. El problema se limitaría entonces a las otras acciones (individual y de responsabilidad por deudas, si es que su ejercicio procediera), ya que éstas tienen como destinatario de la reparación al acreedor directamente perjudicado o al demandante por deudas sobrevenidas tras concurrir la causa de disolución; y, aún así, en el caso de esta última, el concurso ofrece la ventaja de su no admisión o de su suspensión, en beneficio del conjunto de los acreedores insatisfechos que ahora formarán la masa pasiva del concurso declarado.

Finalmente, es evidente que el concurso que haya de declararse en estos casos es un concurso muy especial, que requiere de interpretación integradora en muchos aspectos. Como ya se ha dicho, es especial en la misma solicitud: se trata de un concurso voluntario no pedido por el deudor, ni tampoco por el registrador o por el experto; éste emite el informe y aquél lo remite al juez, y es el ministerio de la ley quien da a la recepción del documento carácter de solicitud de concurso voluntario. Pero si bien se observa, la especialidad termina ahí en este aspecto, pues luego el juez ha de proveer sobre tan especial solicitud de acuerdo con lo previsto en la LC (272-54, 2); o sea, que lo especial es la solicitud, pero no la propia declaración judicial del concurso, pues si el juez ha de proceder conforme a la LC quiere decir que tiene que seguir el procedimiento de declaración desarrollado en los artículos 13 y siguientes de la LC, donde se regula la provisión sobre la solicitud y la declaración (contenido del auto y publicidad). La única peculiaridad al respecto, mencionada de forma expresa, es que el experto emisor del informe puede ser nombrado administrador concursal; no debe serlo necesariamente, por lo que el juez podrá valorar si concurren las diversas circunstancias que orientan la designación conforme al artículo 27 de la LC (no sólo las condiciones subjetivas, que esas ya debe reunir las el experto para serlo) y nombrarlo, o podrá proceder a una designación distinta aplicando el régimen completo de la LC. En cualquier caso, hay aspectos del estatuto de la administración concursal (incompatibilidades y prohibiciones, aceptación y seguro de responsabilidad, auxiliares delegados, funciones, retribución, separación, responsabilidad, etc.) que convendrá matizar y hasta reinterpretar en este supuesto, teniendo en cuenta la especialidad del concurso.

Porque, en efecto, la especialidad no está sólo en el momento inicial (solicitud y designación de administrador

concursal); lo está, y debe estarlo, en el desarrollo de todo el procedimiento, pues la situación descrita no encaja bien en las modalidades procesales (ordinario y abreviado, abreviados especiales cuando la solicitud lleva propuesta de convenio, o de liquidación, fases, secciones, etc.) que distingue la LC. Porque aquí el procedimiento concursal tiene una función marcadamente instrumental, que no encaja bien con los diseños previstos con carácter general. Si bien se mira, la especialidad está ya en el propio presupuesto objetivo, que no es tanto la insolvencia de una sociedad deudora, sino la falta de activo de una sociedad disuelta y ya liquidada; en buena medida es un concurso sin masa, o cuya eventual masa activa está sometida a la contingencia futura de que las acciones de responsabilidad o de reintegración tengan éxito, o de que una calificación como culpable permita asignar responsabilidad por déficit a las personas afectadas. La masa pasiva, además, estará constituida por los créditos que resultaron total o parcialmente insatisfechos al agotarse el activo ya liquidado. Dicho más claramente, se trata de una especie singular de “concurso modal”, o vinculado a ciertos fines, cuyo objeto no es otro que facilitar el ejercicio de acciones de responsabilidad y de reintegración, o crear las condiciones jurídicas para una condena de responsabilidad por déficit; todo lo demás dependerá de que estos instrumentos sean capaces de allegar nuevos activos para alimentar una ulterior liquidación concursal en interés de los acreedores insatisfechos en la anterior liquidación societaria. De manera que cuando concluya por liquidación se habrá conseguido el objetivo que se pretendía: acordar la extinción de la persona jurídica y disponer la cancelación de su inscripción registral en los términos del artículo 178, 3, de la LC. Lo que no pudo conseguirse en su momento por simple decisión del registrador, al terminar la liquidación con falta de activo, se habrá conseguido ahora por mandamiento judicial al concluir el concurso por liquidación. Y

tampoco será descartable que este peculiar concurso adquiriera en su momento los caracteres de un concurso con insuficiencia de masa, a tenor del artículo 176 bis de la LC, conduciendo así también a la conclusión del procedimiento y a la extinción y cancelación de la sociedad.

Resumen: El proceso de liquidación de una sociedad mercantil que se desarrolla tras su disolución conduce de forma natural a la extinción de dicha sociedad y a su cancelación registral. Sin embargo, el efecto jurídico de la extinción está condicionado a que la liquidación del patrimonio social permita satisfacer los créditos pendientes con sus acreedores. De no ser así, la sociedad liquidada no queda extinguida, lo que en la práctica plantea numerosos problemas por la supervivencia ficticia de una sociedad liquidada con falta de activo.

Teniendo en cuenta que esa falta de activo pondrá de manifiesto una situación de insolvencia de la sociedad, los liquidadores estarán obligados a solicitar la declaración judicial de concurso, de manera que el proceso de liquidación quedará detenido y sustituido por el procedimiento concursal, donde podrá obtenerse la extinción de la sociedad por esta vía, con mayor complejidad, mayores costes y más dilación.

Con ocasión de la elaboración de un Anteproyecto de Código Mercantil en España, se ha planteado la posibilidad de ordenar un procedimiento específico de liquidación que permita extinguir una sociedad en caso de falta de activo, sin necesidad de acudir a la declaración de concurso. El presente trabajo analiza tal propuesta, abordando en detalle cada uno de los aspectos que integrarían el nuevo procedimiento: sus presupuestos, su iniciación, sus efectos, las garantías formales y materiales para que la extinción se produzca sin perjuicio a los acreedores insatisfechos, así como los supuestos en que resultaría inevitable acudir al concurso para asegurar todas las posibilidades de reintegración patrimonial.

Palabras clave: liquidación societaria; liquidación concursal; extinción de la sociedad; falta de activo; procedimiento especial; concurso.

*Termination of a commercial company without judicial declaration
of bankruptcy in case of lack of assets*

Abstract: The procedure for after-dissolution liquidation of a commercial company naturally prompts its termination and withdrawing of registration. However, the legal effect of termination is dependent on the ability of the company's liquidated property to meet outstanding credits

with its creditors. Otherwise, the liquidated company is not terminated, which actually triggers scores of problems, due to the virtual survival of the bankrupted, liquidated company.

Since the lack of financial assets will lay bare the insolvency situation of the company, liquidators will be obliged to ask for a judicial declaration of tender, and so the liquidation procedure is held and substituted by the tender procedure, with the result that the company termination is obtained with increased complexity, costs and delay.

On the occasion of the preparation of a preliminary draft of Commercial Code in Spain, the possibility of ordering a specific liquidation procedure was raised allowing for the termination of a society in case of a lack of financial assets, waiving the need to resort to a declaration of tender. The present work discusses such proposal and thoroughly tackles each and everyone of the aspects that the new procedure would include: its presuppositions, its inception, its effects, the formal and material guarantees for the termination to take effect without affecting dissatisfied creditors, as well as those who inevitably would resort to the tender so as to ensure all opportunities to recover their investment.

Keywords: company liquidation; liquidation tender; termination of the company; lack of assets; special procedure; tender.

Jesús Quijano González
Universidad de Valladolid