

## Concurso *express* y extinción de sociedades

**Fernando Marín de la Bárcena**

*Profesor titular de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid*

*Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo*

---

### I. Planteamiento

Es sabido que en la práctica judicial concursalista española se ha extendido la técnica de dictar Autos de simultánea declaración y conclusión del concurso con extinción de la persona jurídica concursada y baja registral por la presumible insuficiencia del activo para hacer frente a los créditos previsibles contra la masa (denominado *concurso express*).

Dichas resoluciones se basan en la aplicación conjunta de dos preceptos de la Ley Concursal. El artículo 176 bis apartado 4 permite acordar la simultánea apertura y conclusión del concurso cuando *"el juez aprecie de manera evidente que el patrimonio del concursado no será presumiblemente suficiente para la satisfacción de los previsibles créditos contra la masa del procedimiento ni es previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros"*. Por su parte, para todo supuesto de conclusión de concurso, el artículo 178.3 LC dispone que el juez *"acordará su extinción y dispondrá la cancelación de su inscripción en los registros públicos que corresponda, a cuyo efecto se expedirá mandamiento conteniendo testimonio de la resolución firme"*.

A diferencia de lo que ocurre cuando el procedimiento se llega a tramitar y se cierra por tras pagar los créditos contra la masa insuficiente (artículo 176 bis apartado 2), en estos casos el patrimonio social queda sin liquidar y sin embargo se ordena la extinción de su titular y la cancelación en el registro mercantil de ese titular. Todo ello implica cierta

contradicción con los artículos 247 y 320 RRM, que establecen que para proceder a cancelar la hoja registral de una sociedad por extinción procede previamente hacer constar su disolución y posterior liquidación.

Esta situación ha generado muchas dudas en la práctica. La persona jurídica extinguida por la resolución del juez del concurso aparecerá todavía como titular de bienes y derechos, será parte en relaciones jurídicas de toda índole o mantendrá procesos declarativos o ejecutivos que habrían quedado meramente suspendidos tras la declaración de concurso y deberían continuar una vez archivado el proceso concursal.

En un plano procesal se ha planteado si la sociedad continúa teniendo capacidad para ser parte en el proceso como demandada (art. 6 LEC), de lo que hay que deducir que, de admitirse lo anterior, si el proceso estuviera en trámite se podría también plantear su archivo por pérdida sobrevenida de la capacidad procesal, lo que apreciará el juez en cualquier momento del proceso (art. 9 LEC). Desde la doctrina científica se han apuntado consecuencias todavía más gravosas desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva, como es la declaración de rebeldía procesal de la persona jurídica si es demandada.

En cuanto a los contratos en vigor se ha planteado, también en un plano doctrinal, si procede considerarlos automáticamente extinguidos, pero no se aclara cómo habrán de liquidarse esos contratos, de los que

pueden surgir créditos o deudas cuyo destino permanece incierto (v.gr. fianzas entregadas en un contrato de arrendamiento, obligación de pagar indemnizaciones laborales por extinción del contrato de trabajo, etc.). En cuanto a la titularidad de bienes y derechos (v.gr. marcas, patentes, inmuebles a nombre de la concursada) lo único que parece evidente es que no pueden convertirse en *res nullius*.

## II. La reducción teleológica del artículo 178.3 LC

El Auto del Juzgado Mercantil número 1 de Palma de Mallorca de 22 de febrero de 2012, tratando de eludir precisamente la última consecuencia apuntada, consideró que en los casos de apertura y simultáneo archivo del concurso por patrimonio insuficiente no debía aplicarse el apartado 3 del artículo 178, de modo que fueran los órganos societarios quienes se encarguen de la disolución y liquidación de la sociedad hasta su extinción y posterior cancelación registral conforme al régimen del derecho de sociedades de capital.

Esta resolución ha sido muy bien recibida por la doctrina científica porque aparentemente resuelve los problemas. Sin embargo, en nuestra opinión, no está bien fundada porque para la reducción teleológica del ámbito de aplicación de una norma es preciso identificar una laguna y el legislador ha sido plenamente consciente de que ordenaba la extinción y baja registral de sociedades con patrimonio pendiente de liquidación.

Esto se deduce con claridad del apartado 2 del artículo 178 LC cuando establece que, en los casos de archivo del proceso por insuficiencia de masa, el deudor "*quedará responsable del pago de los créditos restantes*" (en este caso todos los créditos) y que los acreedores "*podrán iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso*".

En consecuencia, no está justificada la reducción teleológica y lo que procede es interpretar el significado del término extinción en este precepto legal y las consecuencias de la cancelación registral. Todo ello a partir del temario general sobre la eficacia organizativa del contrato de sociedad y la irregularidad de las sociedades.

## III. Significado de la extinción concursal

### 3.1. La extinción como proceso

Los problemas detectados por la doctrina y la jurisprudencia mercantiles a una norma como la del apartado 3 del artículo 178 LC derivan de una identificación indebida entre la extinción acordada en sede concursal y la pérdida de la personalidad jurídica, que algunos autores parecen equiparar al fallecimiento de la persona física. Es un defecto más de construir la teoría general de las personas jurídicas por asimilación a las personas físicas y olvidar que las normas sobre personalidad no son sino una técnica de imputación de derechos y relaciones jurídicas con finalidad meramente instrumental.

El término extinción de una sociedad con personalidad jurídica comprende la totalidad del proceso que comienza con la disolución y a través de la liquidación lleva al momento final de desaparición de la sociedad o extinción "definitiva". En aquellos casos en que la sociedad sea externa, es decir, tenga alguna proyección exterior con algún grado de afección patrimonial (uso de la razón social), este último acto sólo será posible cuando dicho patrimonio se libere de esa vinculación verdaderamente (de hecho). En este sentido puede consultarse la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2012 o la SAP Barcelona (Sección 15ª) de 9 de febrero de 2012.

La extinción a que se refiere el apartado 3 del artículo 178 LC y que ordena el juez en su resolución consiste en la apertura del proceso de extinción societaria, pero no implica la extinción definitiva ni la pérdida de la personalidad jurídica porque esta requiere la liquidación de su patrimonio.

### 3.2. Cancelación registral e irregularidad

La baja registral ordenada por el juez del concurso determinará la pérdida sobrevenida de la personalidad jurídica *correspondiente al tipo social elegido* (artículo 33 LSC). De lo anterior no se deduce, sin

embargo, la pérdida de toda personalidad jurídica. Como hemos señalado anteriormente este atributo se anuda al uso *de hecho* de la razón o denominación social por los socios, por lo que, en la medida en que se utilice *ad extra* (v.gr. en un proceso judicial, en un contrato o sea titular de bienes que figuren a nombre de la sociedad), no habrá sociedad de capital, pero sí personalidad jurídica.

Las sociedades de capital afectadas por una resolución concursal de extinción sin liquidación del patrimonio son sociedades *devenidas irregulares*, lo que determina la aplicación del régimen jurídico correspondiente a la sociedad civil o colectiva según cuál sea el objeto (artículos 39 y 40 LSC).

#### IV. Conclusión

Las sociedades de capital respecto de las que se haya acordado su extinción con baja en el registro mercantil y mantengan patrimonio afecto a la consecución de su actividad (bienes o derechos) deben ser tratadas como sociedades en liquidación, lo que implica la obligación de los administradores societarios de liquidar el patrimonio restante del modo más conveniente a los intereses de los acreedores.

Es discutible si esa liquidación debe realizarse con arreglo a las normas sobre prelación de

créditos del Código Civil (u otras normas para situaciones de insolvencia no concursales) o debe aplicarse la normativa sobre prelación de créditos prevista en la Ley Concursal. En todo caso resulta claro que si un acreedor ganó preferencia respecto del embargo de determinados bienes o derechos antes de la declaración de concurso, una vez archivado éste y en el marco del proceso judicial de ejecución seguido ante la jurisdicción ordinaria, tendrá derecho a cobrarse antes (*prior tempore*).

En cuanto a las relaciones jurídico-societarias internas, aunque no es esperable ningún interés por parte de los socios en este contexto dada la insuficiencia patrimonial, parece que el contenido de la posición jurídica de socio y sobre todo el régimen de control e intervención en la gestión deberá ajustarse al propio de una sociedad personalista (civil o colectiva), como consecuencia de la irregularidad sobrevenida de la sociedad de capital.

En el caso de que aparezcan nuevos activos, no tenidos en cuenta para dictar la resolución de apertura y conclusión simultánea, deberá solicitarse la reapertura del proceso y no resulta admisible la liquidación societaria de esos nuevos bienes al margen del procedimiento concursal (cfr. RDGRN de 17 de diciembre de 2012).