EDB 2013/4038

La conclusión del concurso por inexistencia de bienes y el llamado "concurso-express". Foro abierto

Autor
Jacinto José Pérez Benítez, Magistrado de la AP de Pontevedra. Especialista mercantil CGPJ
Editorial
El Derecho Editores / Revista de Mercantil El Derecho, nº 4
F. de publicación
enero de 2013
Área
Concurso de acreedores

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 22/2003 de 9 julio 2003. Ley Concursal
art.176.bis.4 , art.178.3

ÍNDICE

I. Planteamiento 2
II. Opiniones de los expertos 2
2.1. Belén Veleiro. Abogada. Directora del Servicio Jurídico del Consejo Superior de Cámaras de Comercio 3
2.2. Fedra Valencia García. Abogada. Socio de Cuatrecasas 4
2.3. Antoni Frigola I Riera. Abogado DLA Piper. Magistrado en excedencia 5
2.4. Manuel García-Villarrubia Bernabé. Abogado. Socio de Uría-Menéndez 6
2.5. Luis Antonio Soler Pascual. Magistrado. Audiencia Provincial de Alicante (sección 8º). Especializada en materia mercantil y Tribunal de Marca Comunitaria 8
2.6. Antonio Roncero Sánchez. Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad de Castilla-La Mancha 9

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

CONCURSO DE ACREEDORES
- EFECTOS DE LA DECLARACIÓN
- PROCEDIMIENTO
- REQUISITOS Y FINALIDAD

REGISTROS
- MERCANTIL
- INSCRIPCIÓN REGISTRAL

SOCIEDADES MERCANTILES
- RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES
- EXTINCIÓN

FICHA TÉCNICA

Legislación

Comenta art.176.bi.4, art.178.3 de Ley 22/2003 de 9 julio 2003. Ley Concursal
Cita Ley 38/2011 de 10 octubre 2011. Reforma de la Ley 22/2003, de 9 julio, Concursal
Cita art.361.1, art.362, art.371.1, art.385, art.391.2, art.395, art.398 de RDLeg. 1/2010 de 2 julio 2010. Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital
Cita Ley 22/2003 de 9 julio 2003. Ley Concursal

Jurisprudencia

Comenta AJdo. Mercantil de 22 febrero 2012 (J2012/226737)
Comenta STS Sala 1ª de 25 julio 2012 (J2012/197373)
Comenta AJdo. Mercantil de 19 enero 2012 (J2012/49175)
Cita SAP Barcelona de 9 febrero 2012 (J2012/69483)
Cita SAP Sevilla de 19 diciembre 2011 (J2011/340428)
Cita AAP Barcelona de 13 octubre 2011 (J2011/269037)
Cita SAP Zaragoza de 25 noviembre 2010 (J2010/302833)
Cita AAP Ciudad Real de 9 junio 2008 (J2008/191356)
Cita AAP La Rioja de 22 marzo 2007 (J2007/116092)

© Grupo El Derecho y Quantor, S.L.

Cita AAP Barcelona de 22 febrero 2007 (J2007/106748)

D. administrativa

Cita Res. DGRN de 2 julio 2012. Registro Mercantil (D2012/196419)
Cita Res. DGRN de 29 abril 2011. Registro Mercantil (D2011/65678)
Cita Res. DGRN de 14 febrero 2001. Registro de la Propiedad (D2001/4156)
Cita Res. DGRN de 15 febrero 1999. Registro Mercantil (D1999/764)
Cita Res. DGRN de 20 mayo 1992. Registro Mercantil (D1992/4982)
Cita Res. DGRN de 13 mayo 1992. Registro Mercantil (D1992/4667)

Coordinador

Jacinto José Pérez Benítez

Magistrado de la AP de Pontevedra. Especialista mercantil CGPJ

Consejo de redacción

Belén Veleiro

Abogada. Directora del Servicio Jurídico del Consejo Superior de Cámaras de Comercio

Fedra Valencia García

Abogada. Socio de Cuatrecasas

Antoni Frigola I Riera

Abogado DLA Piper. Magistrado en excedencia

Manuel García-Villarrubia Bernabé

Abogado. Socio de Uría-Menéndez

Luis Antonio Soler Pascual

Magistrado. Audiencia Provincial de Alicante (sección 8ª). Especializada en materia mercantil y Tribuna de Marca Comunitaria

Antonio Roncero Sánchez

Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad de Castilla-La Mancha

I. Planteamiento

La literalidad del art. 178.3 LC EDL 2003/29207 determina que en la resolución judicial que declare la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa del deudor persona jurídica se acordará su extinción y se dispondrá la cancelación de su inscripción en los registros públicos. ¿Significa esto que el juez, en el caso previsto en el art. 176 bis.4 EDL 2003/29207 , ha de extinguir la sociedad sin liquidar el patrimonio subsistente?, ¿qué sucede con las relaciones jurídicas en las que ese deudor sea parte?, ¿es éste, el del llamado "concurso-express", el procedimiento adecuado para la extinción de sociedades con pasivo insatisfecho?

Recordaba no hace mucho el profesor José María MIQUEL las palabras pronunciadas en 1514 por ULRICO ZASIUS, en una carta dirigida a ERASMO DE ROTTERDAM: "Ha llegado el momento de emprender la tarea principal que a nuestra Ciencia atañe: concretamente, la lucha contra Bartolo, Baldo y demás pertenecientes a ese género de autores sin formación, que con su estéril griterío perturban nuestros oídos..."

Se trataba de criticar la tarea de los glosadores y comentaristas, que imponían su criterio ocultando el texto de las fuentes normativas originales. Sin embargo, sin duda en más ocasiones que las deseables, la literalidad del texto de la norma nos deja sumidos en la incertidumbre o provoca conclusiones dudosamente queridas por el legislador.

Uno de estos casos bien puede ser el que deriva del sentido literal de las palabras utilizadas en el art. 178.3 LC EDL 2003/29207 , fruto de la reforma de la Ley Concursal operada por la Ley 38/2011 EDL 2011/222123 : la resolución judicial que declare la conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa del deudor persona jurídica acordará su extinción y dispondrá la cancelación de la inscripción registral.

¿También en los casos en los la masa sea insuficiente, pero subsistan bienes?, ¿quid si el juez declara la extinción en el propio auto de declaración de concurso (el "concurso-express"), tal como le permite el nuevo art. 176 bis.4 EDL 2003/29207 ?, ¿no habrá que liquidar antes la sociedad?, ¿podrán los acreedores instar ejecuciones individuales contra una sociedad extinguida?, ¿qué hacer con el pasivo insatisfecho?

La cuestión, -se comprende con facilidad-, presenta enorme trascendencia práctica y ha dado lugar conocidamente a soluciones discrepantes por parte de los juzgados de lo mercantil; en algunos casos forzando la interpretación de la norma hasta llegar casi al contra legem.

Estas y otras preguntas se plantean a consecuencia de la cuestión que sometemos en este Foro al criterio de nuestros expertos. Como se verá, las respuestas coinciden en que no basta detenerse en el texto literal del precepto y se postula abiertamente una interpretación lógica e integradora, que cohoneste la norma concursal con la regulación societaria sobre la liquidación de la persona jurídica, en tanto el legislador no se decida a arrojar luz mediante la reforma de la normativa concursal o de la societaria.

Con independencia de cuál sea la solución que se ofrezca, nos parece que, apartándonos de las palabras de ZASIUS, la labor de los comentaristas vuelve a resultar esencial.

© Grupo El Derecho y Quantor, S.L.

II. Opiniones de los expertos

2.1. Belén Veleiro. Abogada. Directora del Servicio Jurídico del Consejo Superior de Cámaras de Comercio

La LC EDL 2003/29207 ha recogido expresamente la terminación del concurso por insuficiencia de la masa activa para satisfacer a los acreedores. El art. 176 bis LC EDL 2003/29207 regula las especialidades del concurso por insuficiencia de la masa activa desarrollando el mandato del art. 176.1.3º LC EDL 2003/29207 en virtud del cual, en cualquier estado del procedimiento, cuando se compruebe la insuficiencia de la masa activa para satisfacer los créditos contra la masa, se procederá a la conclusión del concurso y al archivo de las actuaciones.

Desde la declaración del concurso procederá la conclusión del procedimiento por insuficiencia de la masa activa siempre que a) no siendo posible el ejercicio de la acción de reintegración, b) de impugnación o de responsabilidad de terceros c) ni la calificación del concurso como culpable, el patrimonio del concursado no sea presumiblemente suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa, salvo que el juez considere que estas cantidades están garantizadas por un tercero de manera suficiente (art. 176.bis.1 LC EDL 2003/29207).

La exposición de motivos de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la LC EDL 2011/222123 , justifica la adecuación normativa por la necesidad de que la solución de la insolvencia no se retrase en el tiempo, algo que no hace sino perjudicar al concursado y a sus acreedores al minorar el valor de sus bienes de cuya realización depende su cobro, eliminando las posibilidades de garantizar la viabilidad empresarial y aumentar sus costes y, concretamente, la regulación más detallada de la conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa al considerar que "la experiencia ha demostrado que constituye una forma extendida de conclusión del concurso".

La insuficiencia de la masa activa hace desaparecer la finalidad esencial del concurso que es el mantenimiento de la actividad empresarial o profesional del concursado y la satisfacción ordenada de sus acreedores, situación que se produce cuando el patrimonio del deudor no sea presumiblemente suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa y no ya la inexistencia de bienes o derechos como exigía la LC antes de la reforma operada por la Ley 38/2011 EDL 2011/222123 (SAP Zaragoza de 25 noviembre 2010 EDJ 2010/302833 , Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Alicante de 3 enero 2012, Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Pontevedra de 19 enero 2010 EDJ 2012/49175).

Como declara la SAP de Sevilla de 19 diciembre 2011 EDJ 2011/340428 , "la finalidad esencial del concurso es una satisfacción ordenada de los intereses de los acreedores, es decir, de hacerles efectivos los créditos impagados, en la medida de lo posible, mediante un convenio o la liquidación, pero si resulta que la masa activa es inexistente o insignificante, es obvio que se frustra dicho fin esencial, entendiéndose que, en estos casos, la única solución admisible es concluir el concurso y archivar el procedimiento, ya que carece de objetivo ... y generaría mayores costes".

En los casos de conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa, el art. 178 LC EDL 2003/29207 determina con carácter general para las personas jurídicas que la resolución judicial que declare la conclusión del concurso por esta causa 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.

El mandato de extinción de la persona jurídica y la cancelación de los asientos registrales se efectuará cuando la conclusión del concurso tenga lugar con posterioridad a la declaración de concurso; bien tras la liquidación o por aplicación de las prescripciones contenidas en los puntos 2 y 3 del art. 176 bis EDL 2003/29207, momento en que la administración concursal conoce la insuficiencia de la masa activa estableciéndose un procedimiento ordenado y un orden de prelación para el pago de los créditos contra la masa y, en su caso, permitiendo proceder a la liquidación del patrimonio del deudor (art. 176 bis.2, párrafo 2º y último inciso del punto 3).

Sin embargo, la LC EDL 2003/29207 concursal específicamente se refiere a la conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa en el mismo auto de declaración de concurso en el punto 4 del art. 176 bis EDL 2003/29207 . En este caso el juez podrá acordar su conclusión cuando aprecie de manera evidente que el patrcionio del concursado no será presumiblemente suficiente para la satisfacción de los previsibles créditos contra la masa del procedimiento y no sea tampoco previsible el ejercicio de la acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros.

En mi opinión y siguiendo el criterio de la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Palma de Mallorca de 22 febrero 2012 EDJ 2012/226737 , en los casos de conclusión del procedimiento por insuficiencia de la masa activa en el auto de declaración del concurso, la LC EDL 2003/29207 no establece un procedimiento de liquidación ni ordena al juez efectuarla, sino proceder a su conclusión y archivo de las actuaciones.

La LSC en su art. 361 EDL 2003/29207 establece que la declaración de concurso de la sociedad no constituirá, por si sola, causa de disolución de la misma, sino que será la apertura de la fase de liquidación en el concurso la que producirá la disolución de pleno derecho de la sociedad. En otro caso, son los órganos sociales a los que corresponde proceder a declarar la disolución de la sociedad y liquidar el patrimonio social.

En el mismo sentido, los arts. 247 y 320 RRM EDL 1996/16064 conforme a los cuales para proceder a cancelar la hoja registral de una sociedad por extinción procede previamente hacer constar su disolución y posterior liquidación.

Por tanto, resulta necesaria en estos casos una interpretación integradora de la nueva normativa que, como expresa y defiende la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Palma de Mallorca de 22 febrero 2012 EDJ 2012/226737 , faculte a los jueces a declarar y concluir el concurso en el mismo auto, permitiendo a quién esté en situación de insolvencia acudir al concurso, declararlo a los efectos preceptivos de cumplir con las prescripciones legales y al mismo tiempo decidir que, por la especial situación patrimonial del deudor concursado, resulta improcedente tramitar un proceso universal por no poder obtener y alcanzar los fines propios del mismo. A partir

de este momento, serán los órganos sociales a los que, conforme a la legislación societaria procedan a disolver y liquidar la mercantil para posteriormente extinguir la misma.

2.2. Fedra Valencia García. Abogada. Socio de Cuatrecasas

En el nuevo art. 176 bis LC EDL 2003/29207 (que trata de resolver el grave problema que producían en la práctica la insolvencia del concurso o el concurso del concurso) contempla la posibilidad de que se acuerde la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa desde la propia declaración del concurso. En concreto el apdo. 4 del art. 176 EDL 2003/29207 establece que "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 previsibles créditos contra la masa del procedimiento ni es previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros".

Como decíamos la finalidad del precepto es absolutamente loable, ya que trata de evitar un problema que se venía planteando desde la entrada en vigor de la Ley Concursal EDL 2003/29207 y eran supuestos de sociedades insolventes, pero sin actividad, cuya solicitud de concurso se presentaba con la única finalidad de evitar una eventual responsabilidad de los administradores (conforme al art. 5 EDL 2003/29207 que establece el deber legal de presentar el concurso cuando se conoce o debiera conocer la situación de insolvencia). Se trataba de procedimientos que consumían recursos de la administración de Justicia y obligaban a designar administradores concursales que no tenían ninguna posibilidad de cobrar (puesto que no cabían acciones de reintegración o de responsabilidad de los administradores).

Ello había llevado a que, ya antes de la reforma de la Ley Concursal EDL 2003/29207 introducida por la Ley 38/2011 EDL 2011/222123 y la introducción del citado art. 176 bis.4 EDL 2003/29207 , se dictaran resoluciones que acordaban el archivo del concurso desde la propia solicitud al amparo de lo previsto en el art. 176.4 LC EDL 2003/29207 (véanse el Auto del Juzgado Mercantil de Barcelona de 30 mayo 2006, el Auto de la Audiencia Provincial de La Rioja de 22 marzo 2007 EDJ 2007/116092). Mientras se había creado una importante polémica sobre si podía no declararse el concurso cuando no existía masa activa o era necesario declararlo en todo caso (como expresaba la Audiencia Provincial de Barcelona, entre otros, en el Auto de 22 febrero 2007 EDJ 2007/106748).

Ahora bien, aunque la intención del legislador fuera buena, la solución no lo ha sido tanto, como ponen de manifiesto las resoluciones que se han dictado hasta la fecha, en aplicación del nuevo concurso "express".

Una de las primeras resoluciones que se dictó en dicho sentido, el Auto del Juzgado Mercantil núm. 2 de Barcelona de 4 enero 2012, claramente establecía los efectos de la resolución "al margen de la publicidad registral y por edictos, serán los propios de la conclusión del concurso y no los de la declaración. En definitiva, ni se nombrará administración concursal, ni desplegará la declaración del concurso los efectos sobre el deudor, los acreedores y los actos perjudiciales para la masa. El deudor, por tanto, quedará responsable del pago de los créditos, los acreedores podrán iniciar las ejecuciones singulares y deberá acordarse la extinción de la persona jurídica y el cierre de su hoja de inscripción en el Registro Mercantil (art. 178)". Es decir, la citada resolución aplica, sin dudar, el art. 178.3 LC EDL 2003/29207 . Esto es no cae en la cuenta de que, si la persona jurídica se extingue no se podrán plantear demandas contra la misma y se puede producir, en cuanto a los procedimientos en curso, que se aprecie la ausencia de capacidad de obrar, lo que determinará el archivo del procedimiento (como ocurrió en el supuesto al que se refiere el AAP Ciudad Real de 9 junio de 2008 EDJ 2008/191356).

Sin embargo, esta cuestión sí se plantea en el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Palma de Mallorca de 22 febrero 2012 EDJ 2012/226737 que, precisamente por ello, rechaza la aplicación del art. 178.3 LC EDL 2003/29207 en los casos en que se concluye el concurso en el mismo Auto en el que se declara.

Como se señala en dicha resolución, se trata de supuestos en los que la sociedad concursada tiene activos, pero no son suficientes para pagar los créditos. Sin embargo, el legislador no ha previsto ningún trámite para proceder a la realización de los bienes y derechos que pudieran integrar la masa activa del concurso (no hay, como existe en la legislación societaria, un período en el que la sociedad "en liquidación" enajene sus bienes).

Como igualmente se indica en dicho Auto EDJ 2012/226737 , no hay ninguna previsión sobre lo que ocurre con las relaciones bilaterales pendientes o con los procedimientos judiciales en curso - respecto a los cuales se podría producir el archivo del proceso, como ocurrió en el caso al que nos hemos referido.

Ciertamente la solución del Juzgado de lo Mercantil de Palma de Mallorca EDJ 2012/226737 tiene un razonamiento impecable y, con la inaplicación del art. 178.3 EDL 2003/29207 en los supuestos de concurso "express", se evitan efectos perjudiciales como qué ocurre con los bienes de la concursada/liquidada una vez dictada la resolución o con los procedimientos judiciales en curso (imaginemos que se está ejecutando una hipoteca, ¿la liquidación supondría falta de capacidad sobrevenida del demandado y archivo del procedimiento? ¿y cómo cobra entonces el acreedor hipotecario que estaba ya en un proceso de ejecución?).

Al final, a lo que nos llevaría esta solución sería a una liquidación, más o menos ordenada, por parte de los órganos sociales para liquidar los activos y hacer pago a los acreedores.

Pero esta solución (la única que por otro lado como razona la resolución citada parece posible) plantea, a su vez, otros problemas. Así, se puede producir una eventual responsabilidad de los administradores/liquidadores si (i) no adoptan las medidas necesarias para que se acuerde la liquidación (podríamos plantearnos qué ocurriría si los administradores convocaran la junta de accionistas y esta no adoptara el acuerdo de liquidación ¿puede pedirse la disolución judicial pese a que este concurso "express" no figura entre las causas de disolución obligatorias? ¿y cabe alguna sanción a la junta que no cumple con el mandato del juez? ...) o (ii) si no liquidan adecuadamente. Como la sociedad no se disuelve, las acciones previstas en la legislación societaria para que los acreedores reclamen frente a los administradores, la acción social o la individual, siguen siendo de aplicación.

Pero estos administradores/liquidadores se enfrentan a un problema - a mi juicio, sin solución - puesto que, no tienen ninguna regla para efectuar el reparto del activo entre los acreedores. Esto es, como no hay concurso, no se aplicarían la clasificación de los créditos prevista en el procedimiento concursal o las reglas de pago que se aplican en el mismo. Esta ausencia de reglas que deja en manos

© Grupo El Derecho y Quantor, S.L.

del liquidador social (si llega a ser nombrado) no sólo la liquidación de los activos (que seguramente puede hacer), sino el pago a los acreedores puede general multitud de problemas: especialmente, cuando la masa activa sea insuficiente para atender al pago íntegro de los mismos (lo que será bastante habitual si tenemos en cuenta que el concurso se ha concluido precisamente por insuficiencia de la masa activa).

Así esta "solución" - la declaración del concurso express con su conclusión en la misma resolución, pero sin extinción de la persona jurídica - genera una enorme inseguridad jurídica para los administradores/liquidadores sociales y, sobre todo, para quien sea designado liquidador si quiere efectuar algún pago. Es más, conforme a lo dispuesto en el art. 395 de la Ley de Sociedades de Capital EDL 2010/112805 en la escritura de extinción de la sociedad, que los liquidadores deben otorgar, deben manifestar que se ha procedido al pago de los acreedores o a la consignación de sus créditos ¿y si no se ha procedido al pago porque el activo es menor que el pasivo? ¿se consignan los créditos ante qué juzgado y qué hace este? (porque en teoría la consignación es un expediente de jurisdicción voluntaria que, si se transforma en contencioso da lugar a un procedimiento ¿y quiénes serían parte de ese procedimiento? ¿los acreedores que comparecieran en el expediente de consignación?). Como puede verse los problemas que se pueden plantear en la práctica son múltiples, entre otras cosas, porque si hay más acreedores que activo estaríamos de facto en un supuesto de ejecución colectiva, esto es un procedimiento concursal que no puede abrirse (porque ya se abrió y se cerró) si no aparece más activo. Por ello sería deseable que, ya sea en sede concursal, ya sea en sede societaria, como señala el profesor Beltrán, de lege ferenda, se establecieran reglas claras al respecto.

2.3. Antoni Frigola I Riera. Abogado DLA Piper. Magistrado en excedencia

Algunos de los apartados del nuevo art. 176 bis LC EDL 2003/29207 (que ha sido introducido por la reforma de la Ley Concursal llevada a cabo por la Ley 38/2011, de 10 octubre EDL 2011/222123) más que buscar un adecuado encaje en la lógica del proceso concursal persiguen la loable finalidad de evitar la inútil sobrecarga de los Juzgados de lo Mercantil y, además, soslayar gastos baldíos derivados de la tramitación de procedimientos que no podrán cumplir con el objetivo que les está principalmente asignado, el pago a los acreedores.

En concreto el apdo. 4 del art. 176 bis LC EDL 2003/29207 es un precepto que pretende explicitar el modo de concluir un concurso sin masa activa simultáneamente a la declaración de concurso.

La inexistencia de bienes y derechos en la masa activa ya era contemplada como causa de conclusión del concurso en el art. 176.1.3° LC EDL 2003/29207 en su redacción original. Sin embargo, la falta de una previsión específica sobre la posibilidad de una conclusión inmediata del concurso y la advertencia explícita de que tal conclusión no era posible "mientras 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 que las correspondientes acciones hubiesen sido objeto de cesión", dificultaba su aplicación práctica con anterioridad a la apertura de la fase de liquidación.

Sorprende, no obstante, la radicalidad de la declaración que el legislador hace en el apdo. 4 del precepto mencionado EDL 2003/29207 , según el cual puede acordarse la conclusión por dicha causa "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 previsibles créditos contra la masa del procedimiento ni es previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros".

Al respecto hay que hacer al menos dos observaciones: la primera, que quizás, en la hipótesis contemplada por el precepto comentado, la solución más ajustada habría sido facultar al Juez para inadmitir la solicitud de concurso, lo cual permitiría al deudor -y a sus acreedores- mantener el statu quo anterior a la solicitud, obligando a los administradores a iniciar un proceso de liquidación ordenado siguiendo la normativa societaria -hasta donde alcanzara el patrimonio remanente- y permitiendo que los acreedores pudieran dirigirse individualmente contra el patrimonio existente hasta su completa liquidación; la segunda, que se hace difícil imaginar algún supuesto en que ante la realidad de una solicitud de concurso sin activo, el Juez pueda hacer una valoración tan exhaustiva como para conocer en un momento tan inicial que no "es previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros".

Si difícil será para el Juez determinar -con la mera lectura de la solicitud de concurso- la previsibilidad del ejercicio de acciones de reintegración, parece cuasi imposible que pueda predecir que, en un concurso sin masa activa, no serán exigibles responsabilidades a aquellos que en una eventual Sección Sexta pueden ser considerados personas afectadas por la calificación o cómplices.

Mayor gravedad representa la consecuencia prevista para el caso de conclusión acordada de manera simultánea a la declaración de concurso, consistente en que, de tratarse de persona jurídica, el Juez deberá acordar "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" (art. 178.3 LC EDL 2003/29207).

No podemos ignorar que en la normativa societaria la extinción de una persona jurídica no se constituye como un fin, sino como consecuencia de un proceso de liquidación que conduce a la desaparición del patrimonio de la persona jurídica asignándolo a los fines que legalmente le está encomendado. En la normativa societaria, la extinción se contempla como la culminación de un proceso que se inicia con el acuerdo de disolución de la persona jurídica y en virtud del cual ésta finiquita todo su patrimonio.

El art. 371.1 LSC EDL 2010/112805 establece que "la disolución de la sociedad abre el período de liquidación". Y el art. 395.1 LCS EDL 2010/112805 dispone que "los liquidadores otorgarán escritura pública de extinción de la sociedad". Previo al otorgamiento de la referida escritura pública es esencial que los liquidadores hayan procedido al pago de los acreedores o a la consignación de sus créditos [art. 395.1 letra b) LSC], y que se haya "satisfecho a los socios la cuota de liquidación o consignado su importe", si es que quedó remanente.

La sola declaración de concurso no constituye, por si misma, causa de disolución (art. 361.1 LSC EDL 2010/112805). Sólo la apertura de la fase de liquidación se constituye en causa determinante -en este caso ex lege- de la disolución. Por tanto, proceder a la extinción de una persona jurídica con una masa activa todavía pendiente no parece que pueda admitirse como una solución adecuada.

Lo solución podría venir por restringir la aplicación del apdo. 4 del art. 176 bis LC EDL 2003/29207 a aquellos excepcionalísimos casos en que, pudiendo predecir el Juez que "ni es previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros", quede plenamente verificada la inexistencia -no la insuficiencia- de masa activa.

En otro caso, parece que lo más procedente sería no acordar la simultánea conclusión del concurso y proceder según lo previsto en el apdo. 2 del precepto EDL 2003/29207 , nombrando a la Administración concursal a fin de que, con los bienes y derechos existentes en la masa activa, proceda a satisfacer los créditos contra la masa por el orden previsto en el referido apartado del art. 176 bis LC EDL 2003/29207 , y sólo una vez que se haya procedido a la liquidación de la totalidad del patrimonio del deudor, si efectivamente no hay acciones de reintegración o de impugnación ejercitables, ni responsabilidades exigibles a terceros, acordar la conclusión y simultánea extinción del deudor persona jurídica. Los gastos incurridos como consecuencia de las aparentemente simples operaciones de liquidación correrían a cargo de la masa activa, y los honorarios del Administrador concursal/liquidador que la masa activa no pudiera cubrir, deberían ser asumidos por la cuenta de garantía arancelaria prevista en el art. 34.2 letra c) LC EDL 2003/29207 .

2.4. Manuel García-Villarrubia Bernabé. Abogado. Socio de Uría-Menéndez

La regulación de los llamados concursos sin masa en la Ley Concursal ("LC") EDL 2003/29207 constituye una de las materias en las que ha incidido con especial intensidad el legislador en la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal ("Ley 38/2011") EDL 2011/222123 . Las modificaciones introducidas son numerosas y de calado. Lo mismo cabe decir de los comentarios que sobre esas modificaciones han formulado los operadores jurídico-concursales, tanto en la doctrina como en la práctica judicial. Se trata, sin embargo, de abordar ahora una cuestión específica, relativa al alcance de la previsión establecida en el art. 178.3 EDL 2003/29207 en relación con la del art. 176 bis.4 LC EDL 2003/29207 para los casos del denominado "concurso express" del deudor persona jurídica.

Conviene comenzar recordando el contenido de los preceptos indicados. En primer lugar, el del art. 176 bis.4 LC EDL 2003/29207 , según el cual, además del supuesto previsto en los anteriores apartados (conclusión del concurso después de su declaración y con intervención, entre otros requisitos, de la administración concursal), "también podrá acordarse la conclusión del concurso 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 previsibles créditos contra la masa del procedimiento ni es previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros". La redacción de la norma ha sido objeto de no pocas críticas, como las que se refieren a la utilización de términos de difícil interpretación y aplicación para la concreción de los supuestos en que se pueda hacer uso de esta posibilidad ("de manera evidente", "presumiblemente suficiente", "previsibles créditos contra la masa", "previsible" "ausencia de ejercicio de acciones", etc.).

Prescindamos, no obstante, de estas dificultades, que no se consideran de preciso análisis para el tratamiento del problema aquí planteado. Lo relevante es que, si se dan los requisitos enunciados en este precepto, en el mismo auto de declaración de concurso el juez puede acordar su conclusión por insuficiencia de masa, sin nombramiento, por tanto, de administradores. Las consecuencias, sin embargo, son diferentes según el deudor sea persona física o jurídica. En el primer caso, dispone el art. 178.2 LC EDL 2003/29207 que "el deudor quedará responsable del pago de los créditos restantes. Los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la apertura del concurso o no se declare nuevo concurso". No se trata de otra cosa que de una expresión del principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor consagrado en el art. 1911 CC EDL 1889/1 . La situación cambia -al menos en apariencia- en el supuesto del deudor persona jurídica porque, según el art. 178.3 LC EDL 2003/29207 , "la resolución judicial que declare la conclusión del concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa del deudor persona jurídica 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".

Esta diferencia de tratamiento es precisamente uno de los aspectos que ha recibido más comentarios. Por ejemplo, Senent Martínez, S., "Conclusión y reapertura del concurso" en Tratado Práctico del Derecho Concursal y su Reforma, Martínez Sanz, F. (Director) y Puetz, A. (Coordinador), Madrid, 2012, p. 1021, destaca que "la Ley en el caso de la conclusión del concurso con pasivo insatisfecho no trata del mismo modo a la persona jurídica que a la persona física, tampoco facilita una explicación objetiva de por qué se produce esa circunstancia en supuestos iguales o muy similares", lamentándose de que se haya dejado pasar la oportunidad de "abordar la introducción en nuestro derecho de algún mecanismo de discharge o exoneración del pasivo insatisfecho para la persona física". Y en cuanto se refiere al problema ahora tratado, se considera que "en el caso de persona jurídica la resolución judicial que declare la conclusión del concurso por inexistencia de bienes según dispone el art. 178.3 LC EDL 2003/29207 acordará su extinción y dispondrá el cierre de su hoja de inscripción en los registros públicos, lo que equivale a una tácita condonación del pasivo insatisfecho tras la conclusión del concurso por haberse extinguido el titular de dicho pasivo". Estas consideraciones se mueven en el plano de la crítica al legislador, pero la norma se interpreta en el sentido de entender que, en el caso del art. 178.3 LC, la conclusión del concurso por insuficiencia de bienes simultánea a su declaración determina, por extinción de la persona jurídica, la condonación o extinción de las deudas insatisfechas. Con las herramientas de interpretación de las normas del art. 3.1 CC EDL 1889/1 , se hace complicado encontrar fisuras a este planteamiento.

Sin embargo, la práctica judicial, consciente de lo difícil que resulta aceptar una solución de estas características, ha querido dar un paso más en la labor de determinación del ámbito de aplicación del art. 178.3 LC EDL 2003/29207 , en la dirección de asimilar la situación de la persona jurídica a la de la persona física. Puede mencionarse en este sentido el reciente Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Palma de Mallorca de 22 febrero 2012 EDJ 2012/226737 . Destaca esta resolución que "en aplicación del art. 176 bis.2 y 3 EDL 2003/29207, el legislador, a diferencia de los casos del art. 176 bis.2 y 3, no ha previsto un cauce previo en que se deban realizar los

© Grupo El Derecho y Quantor, S.L.

bienes y derechos existentes, y posteriormente atender a los créditos que se hubiesen devengado"; y que al juez del concurso "en modo alguno se le impone, ni está previsto, un trámite previo en el que proceder a la realización de los bienes y derechos que pudieran integrar la masa activa del concurso". Siendo ello así, se considera que, de aplicarse a este supuesto el art. 178.3 LC, todas las relaciones jurídicas del deudor con terceros "sin resolución previa, quedarían afectadas por una conclusión que extingue la personalidad de una de las partes" y, en concreto, los activos subsistentes "por la conclusión del concurso, por la aplicación estricta del art.178 LC EDL 2003/29207 , pasan a tener la condición de res nulius". Frente a estos problemas, se entiende que "por seguridad jurídica, por lógica, antes de disolver la sociedad, hay que proceder a liquidar ese patrimonio subsistente. Y será entonces cuando se declare extinguida la persona jurídica y consiguientemente se proceda a la cancelación registral". Para llegar a esta solución, se propone realizar una interpretación "integradora de la nueva normativa" que, atenta a la voluntad del legislador, limite la aplicación del art. 178.3 LC "a los supuestos en que, en sede concursal, exista la liquidación efectiva del haber social. Y que los supuestos de insuficiencia de masa activa que cita el precepto, sean los de los apdos. 2 y 3 del art. 176 bis, aquellos en los que, declarado el concurso, la administración concursal realiza la valoración oportuna y procede a la realización de los bienes y derechos de la concursada, para con su producto pagar a determinados acreedores, los de la masa, y por el orden que estima dicha norma. Una vez realizadas las operaciones liquidatorias, es cuando el Juez, ante la inexistencia de bienes, procede a extinguir la persona jurídica". Frente a ello, en los casos del llamado "concurso express", es decir, de simultánea declaración y conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa, el juez habrá de limitarse a aplicar el art. 176 bis.4 LC EDL 2003/29207 y "a partir de ahí, que sean los órganos sociales los que, conforme a la legislación societaria procedan a disolver y liquidar la mercantil, para posteriormente extinguir la misma". En definitiva, para estos casos, se propone no aplicar el art. 178.3 LC.

Se está, como puede comprobarse, ante un nuevo y elogiable esfuerzo de los tribunales de la especialidad mercantil por solucionar las carencias y problemas que, en determinados casos, presenta la Ley Concursal EDL 2003/29207 . Este planteamiento resuelve los problemas indicados y, además, sitúa en un cierto plano de igualdad el tratamiento que se da a las personas físicas y jurídicas en los casos de conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa y, con ello a los acreedores de éstas, que recibirían también un mismo trato. Con todo, suscita reservas no irrelevantes, que nacen del propio contenido del art. 178.3 LC EDL 2003/29207 . El precepto está previsto para todos los casos en que se declara la conclusión del concurso, con independencia de que ello tenga lugar en el mismo momento de la declaración del concurso o después, una vez verificados los requisitos establecidos en los apdos. 2 y 3 del art. 176 bis LC EDL 2003/29207 y con la intervención de la administración concursal. No hay limitación ni referencia directa o indirecta a este último supuesto, lo que dificulta la tesis que propone excluir de su ámbito de aplicación el denominado "concurso express".

Frente a lo anterior, cabe identificar una interpretación que puede compatibilizar el contenido de la Ley y la búsqueda de una solución que, en términos utilizados por la doctrina o por la propia práctica judicial, resulte "lógica", respetuosa con el principio de seguridad jurídica y atenta a los problemas que supondría aceptar una diferencia de tratamiento de las personas físicas y jurídicas y, por ende, de sus acreedores.

La solución parte de admitir que el art. 178.3 LC EDL 2003/29207 es aplicable a todos los supuestos de conclusión del concurso de persona jurídica por insuficiencia de masa activa o, dicho de otra forma, con pasivo insatisfecho, con independencia del momento en que se produzca la declaración. De manera que la consecuencia será, como ordena el precepto, la extinción de la persona jurídica (o, como se ha dicho, una presunción de extinción o una extinción "matizada" o "limitada") y la cancelación de su inscripción registral. Pero ello no significa que se produzca una condonación de las deudas, ni que los activos subsistentes pasen a ser "res nullius". Para la solución de las relaciones subsistentes, habrá que entender que la sociedad conserva una suerte de personalidad jurídica residual y con ello de capacidad procesal, que en el lado pasivo le permitirá soportar reclamaciones individuales de los acreedores y en el lado activo mantener o iniciar acciones frente a terceros. Se trata, en definitiva, de entender que la persona jurídica se mantiene como centro residual de imputación de bienes y derechos para las relaciones previas a la declaración de concurso. Si se produce la aparición de nuevos bienes o derechos, habrá lugar a la reapertura del concurso en los términos del art. 179.2 LC EDL 2003/29207 , al igual que sucederá de la forma prevista en el apdo. 3 de la norma en caso de que se den las circunstancias y presupuestos precisos para el ejercicio de acciones de reintegración o la posible calificación de culpabilidad del concurso.

Por este camino ha discurrido también la práctica judicial. De hecho, así se pronuncia el AAP Barcelona (Sec. 15ª) de 9 febrero 2012 EDJ 2012/69483 : "la extinción de la personalidad jurídica que dispone el art. 178.3 LC EDL 2003/29207 en el supuesto de que se declare la conclusión del concurso por inexistencia de bienes, y el consiguiente cierre de la hoja registral, debe entenderse como una presunción de extinción de la sociedad a favor o en garantía de terceros de buena fe (evitando así que la sociedad deudora e insolvente pueda seguir operando en el tráfico), pero, de un lado, resulta inoperante respecto de los acreedores subsistentes, ya que éstos, según dispone el mismo art. 178 en su apdo. 2 EDL 2003/29207 , podrán iniciar ejecuciones singulares contra el deudor persona jurídica (pese a la declaración de extinción y a la cancelación registral), por lo que ésta ha de conservar, necesariamente, su personalidad jurídica o capacidad procesal para soportar en el lado pasivo esas reclamaciones, y de otro lado, no ha de impedir la subsistencia de su personalidad jurídica o bien de la capacidad procesal, para, en el lado activo, plantear o mantener demandas judiciales en reclamación de los créditos que ostente o crea que le asistan contra otros terceros, y así poder hacer frente, precisamente, a las reclamaciones de los acreedores insatisfechos. En similar sentido ha declarado la DGRN (Resoluciones de 13 EDD 1992/4667 y 20 mayo 1992 EDD 1992/4982 , 15 febrero 1999 EDD 1999/764 y 14 febrero 2001 EDD 2001/4156) que incluso después de la cancelación persiste todavía la personalidad jurídica de la sociedad extinguida como centro residual de imputación en tanto no se agoten totalmente las relaciones jurídicas de que la sociedad es titular". En estos términos se produce de forma más reciente la Dirección General de los Registros y Notariado en su Resolución de 29 abril 2011 EDD 2011/65678 , en la que, para el supuesto de liquidación, se explica que "la cancelación de tales asientos no perjudica al acreedor, toda vez que se mantiene la aptitud de la sociedad para ser titular de derechos y obligaciones, mientras no se hayan agotado todas las relaciones jurídicas de la misma... La cancelación de los asientos registrales de una sociedad no es sino una fórmula de mecánica registral para consignar una vicisitud de la sociedad, que en el caso de liquidación es que se considere terminada la

liquidación. Por ello, no impedirá la ulterior responsabilidad de la sociedad si después de formalizarse e inscribirse la escritura pública de extinción de la sociedad aparecieren bienes sociales no tenidos en cuenta en la liquidación (cfr. art. 398 de la Ley de Sociedades de Capital EDL 2010/112805)". En términos similares se pronuncia el AAP Barcelona (Sec. 11ª) de 13 octubre 2011 EDJ 2011/269037 , para la que "los derechos de la persona jurídica no se extinguen por su cese en la vida jurídica-contractual, pues no existe precepto alguno que lo ordene. Así mismo tampoco en la legislación procesal se recoge la extinción del proceso incoado porque se extinga la persona jurídica".

La reciente STS de 25 julio 2012 EDJ 2012/197373 no altera estas conclusiones. Es cierto que la opinión del Alto Tribunal es que "la cancelación de los asientos registrales señala el momento de extinción de la personalidad social. Si la sociedad anónima adquiere su personalidad jurídica en el momento en que se inscribe en el Registro... correlativamente la cancelación de las inscripciones referentes a la entidad debe reputarse como el modo de poner fin a la personalidad que la Ley le confiere". Pero a continuación se añade que "la definitiva desaparición de la sociedad sólo se producirá cuando la cancelación responda a la situación real; o sea, cuando la sociedad haya sido liquidada en forma y no haya dejado acreedores insatisfechos, socios sin pagar ni patrimonio sin repartir". En estos términos se ha de entender que esta Sentencia diga que no cabe demandar "sin más, a una sociedad que carece de personalidad jurídica sin pretender al mismo tiempo que la recobre", razonamiento que cabe ceñir a los casos de extinción por liquidación, no a los de "concurso express", que por definición implica la insatisfacción de los acreedores a que se refiere la propia Sentencia. Esta resolución del Tribunal Supremo puede, así, ser perfectamente compatible con el mantenimiento de la personalidad jurídica y la capacidad procesal de la entidad extinguida como centro residual de imputación de derechos y obligaciones en el supuesto del art. 176 bis.4 LC EDL 2003/29207 .

Finalmente, por lo que se refiere a la regulación de este supuesto, cabe únicamente añadir, a lo dicho al principio, que los requisitos establecidos en el art. 176 bis.4 LC EDL 2003/29207 y los términos en que éstos se encuentran definidos son factores determinantes de que, en la práctica, al menos en lo referido a personas jurídicas, no será muy usual esta forma de conclusión del concurso. El Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Pontevedra de 19 enero 2012 EDJ 2012/49175 , al examinar la posible conclusión de un concurso de persona física, destaca que "la situación es diversa en los concursos de persona jurídica, pues la eventual responsabilidad por la cobertura del déficit es una posibilidad nunca descartable a priori, y el examen de las operaciones realizadas en los dos últimos años puede deparar sorpresa no ofrecidas, ni siquiera insinuadas, en la solicitud inicial". En este mismo sentido se pronuncia la doctrina: "resulta difícil de imaginar que el juez, en una fase tan precoz del procedimiento como es la propia declaración de concurso, sea capaz de vaticinar los requisitos enunciados y menos sin la colaboración de la administración concursal que no habrá sido ni siquiera designada al acordarse el archivo del procedimiento en el mismo auto en que se declara" ("Conclusión del Concurso" en Derecho Concursal: El concurso tras la reforma operada por la Ley 38/2011, Madrid, El Derecho, 2012, p. 412). Estas reflexiones sirven por sí solas para valorar el sistema diseñado por el legislador.

2.5. Luis Antonio Soler Pascual. Magistrado. Audiencia Provincial de Alicante (sección 8º). Especializada en materia mercantil y Tribunal de Marca Comunitaria

Respuesta: Lo que desde luego no puede desconocerse para iniciar el examen de la cuestión, es la literalidad y expresividad de la norma de que se trata. Como se evidencia, el art. 178.3 de la Ley Concursal EDL 2003/29207 equipara la consecuencia del efecto extintivo de la sociedad concursada tanto para las sociedades respecto de las que el proceso concursal concluye por liquidación como para aquellas que ven abocado el fin del proceso concursal a una resolución judicial de terminación del proceso por razón de la insuficiencia de la masa activa.

Es cierto que no obstante tal equiparación, los supuestos son absolutamente distintos y que de admitir la extinción en los casos de concurso express por insuficiencia patrimonial, los acreedores quedan extraordinariamente limitados -cuando no imposibilitados- de ver satisfechos sus créditos con activos producto de su actividad futura ya que el deudor, en estos casos, desaparece, sin que se solvente dicho efecto ni aún en los casos de reapertura pues ésta se limita a bienes y derechos aparecidos con posterioridad (art. 179 LC EDL 2003/29207), siguiendo en ello el modelo previsto en el art. 398 de la Ley de Sociedades de Capital EDL 2010/112805 (que es la norma de referencia, dado la incidencia del concurso sobre este tipo de sociedades que son las comunes en nuestro comercio jurídico).

Esto no obstante, lo que está previendo la Ley Concursal EDL 2003/29207 es una causa legal de extinción de la persona jurídica sin más ni distintas consecuencias que las previstas en el régimen general de la LSC ya que, conforme a dicha norma -art. 362 EDL 2010/112805 - las sociedades de capital se disuelven por la existencia de causa legal debidamente constatada por resolución judicial, y en este caso lo que hace la Ley Concursal es establecer como causa legal disolutoria la insuficiencia patrimonial, y así entendido debería interpretarse el efecto extintivo a que se refiere el art. 178.3 de la Ley Concursal EDL 2003/29207 en el marco de la extinción correspondiente a la naturaleza de la que sociedad de que se trate, tratando a los acreedores en el marco jurídico previsto para tales supuestos.

En este sentido entiendo además que cabría interpretar la RDGN de 2 julio 2012 EDD 2012/196419 que analiza la cuestión desde la perspectiva de la extinción societaria por insuficiencia patrimonial de sociedad que no ha solicitado declaración de concurso donde se hace referencia explícita al art. 385 de la Ley de Sociedades de Capital EDL 2010/112805 en cuanto a la necesidad de, concluso el inventario y balance, proceder al pago de deudas sociales y al art. 391.2 y 395.1.b) EDL 2010/112805 sobre pago o consignación de créditos como actos previos y necesarios a la extinción societaria pues lo que a la postre viene a indicar esta resolución es que la salvaguardia de las relaciones crediticias de las sociedades deudoras pasa por la satisfacción de los acreedores en el contexto de la insolvencia en caso de insuficiencia patrimonial, lo que no puede interpretarse sino en el sentido funcional de dicha satisfacción, es decir, en cuanto sea posible en función del patrimonio existente conforme a las reglas de distribución de pérdidas que se contiene en el ordenamiento de la insolvencia.

Por tanto entiendo que la resolución judicial prevista en el art. 176.4 bis de la Ley Concursal EDL 2003/29207 tiene como efecto legalmente previsto la extinción del deudor persona jurídica y su cancelación registral pero que tal efecto es mediato pues para su

© Grupo El Derecho y Quantor, S.L.

consecución será preciso, como efecto inmediato, aperturar el procedimiento extintivo propio de la sociedad o entidad de que se trate, el liquidatorio, respetando las relaciones crediticias pendientes lo que supone, necesariamente, esa liquidación societaria como paso previo a la extinción.

No entenderlo así, supondría dar un contenido a la norma que la haría impracticable como recurso extintivo de la sociedad en cuanto dejaría fuera de toda tutela a los acreedores de la deudora.

2.6. Antonio Roncero Sánchez. Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad de Castilla-La Mancha

La reforma introducida en la Ley concursal (LC) por la Ley 38/2011, de 10 octubre EDL 2011/222123 , ha supuesto la introducción de un supuesto especial de conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa, en los casos en los que el patrimonio del concursado no sea presumiblemente suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa (art. 176 bis LC EDL 2003/29207). La solicitud de conclusión tiene que ser formulada por la administración concursal si bien, se prevé también la posibilidad de que la conclusión del concurso sea acordada de oficio por el juez, en el mismo auto de declaración del concurso, cuando éste aprecie de manera evidente que el patrimonio del concursado no será presumiblemente suficiente para la satisfacción de los previsibles créditos contra la masa, no siendo tampoco previsible el ejercicio de acciones de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros (art. 176 bis, apdo. 4, LC EDL 2003/29207). Se trata de una posibilidad que ha venido a resolver una discutida cuestión sobre si la existencia de masa activa constituía presupuesto de la declaración de concurso y que ha empezado a aplicarse desde el primer momento de entrada en vigor de la reforma de 2011 (vid., entre las primeras resoluciones adoptadas por los Tribunales, los Autos de los Juzgados de lo Mercantil nº 1 de Alicante, de 3 enero 2012, nº 3 de Pontevedra, de 19 enero 2012 EDJ 2012/49175 o nº 1 de Palma de Mallorca de 22 febrero 2012 EDJ 2012/226737).

En estos casos, como en general en todos los de conclusión del concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa actividad de un deudor persona jurídica, la resolución judicial ha de acordar también la extinción de ésta y dispondrá la cancelación de su inscripción en los registros públicos que corresponda (art. 178, apdo. 3, LC EDL 2003/29207).

De este modo, los efectos de la declaración de concurso respecto de la subsistencia de las deudas insatisfechas por el deudor son distintos en función de su condición de persona física o de persona jurídica. Así, si se trata de persona física, en caso de conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de la masa activa, el deudor mantendrá su responsabilidad por las deudas no satisfechas (en virtud del principio de responsabilidad patrimonial universal contenido en el art. 1911 CC EDL 1889/1). En cambio, si se trata de deudor persona jurídica, la resolución judicial que declare la conclusión del concurso determinará también la extinción de la persona jurídica y su consiguiente cancelación registral, lo cual puede entenderse equivalente a una condonación tácita por desaparición del obligado de las deudas no satisfechas.

El legislador no ha previsto, sin embargo, un procedimiento para liquidar el patrimonio del deudor (que aunque evidentemente insuficiente para atender el pago de los previsibles gastos de la masa no ha de ser necesariamente inexistente) ni tampoco para resolver las relaciones jurídicas de las que sea parte la persona jurídica deudora, procedimiento que en cambio sí se prevé en el caso de que la insuficiencia de masa activa para el pago de los créditos contra la masa se ponga de manifiesto tras la declaración del concurso (art. 176 bis LC EDL 2003/29207). Ello plantea importantes incertidumbres e introduce notables dosis de inseguridad jurídica en tanto que, la aplicación automática en sus propios términos de lo previsto en el art. 178.3 LC EDL 2003/29207 con la declaración de extinción de la persona jurídica y de su cancelación registral, implicaría una extinción de las relaciones jurídicas en curso por desaparición de una de sus partes. A su vez, contrasta con el régimen de extinción de las personas jurídicas que se configura legalmente como un proceso que se inicia con la disolución y que exige, en todo caso, la liquidación del patrimonio y de las operaciones pendientes con carácter previo (cfr., entre otros, el art. 395 LSC EDL 2010/112805), poniendo así de manifiesto nuevamente la deficiente coordinación existente entre normativa concursal y societaria.

Por ello, resulta imprescindible apostar por una interpretación de la norma que permita reducir ese margen de incertidumbre e inseguridad jurídica. A este respecto, entendemos que, aun cuando en el auto adoptado por el juez en relación con la declaración de concurso, se determine la extinción de la persona jurídica concursada, este efecto no ha de operar necesariamente de manera automática. Cabe así que el juez, de un lado, declare la apertura del procedimiento de concurso y, simultáneamente al apreciar la evidente insuficiencia de la masa activa para hacer frente a los (previsibles) crédito contra la masa, de otro lado, determine la extinción de la persona jurídica y ordene su cancelación registral pero previa liquidación del patrimonio existente (vid. en este sentido, por ejemplo, el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Palma de Mallorca, de 22 febrero 2012 EDJ 2012/226737). Ello significa que, en el mismo auto, el juez habría de declarar la apertura del concurso y su conclusión (en los términos que se prevén en el propio art. 176 bis, apdo. 4 LC EDL 2003/29207), a la que se vincularía la extinción y cancelación registral de la persona jurídica, si bien aplazando ésta a la efectiva liquidación del patrimonio de la persona jurídica deudora. Es decir, en rigor la declaración de extinción adoptada por el juez en el auto implicaría en realidad la apertura de la fase de liquidación de la persona jurídica que, entendemos, debería realizarse según las normas aplicables en atención a su específica naturaleza jurídica.

Todo lo cual no significa que entendamos adecuado este régimen para resolver el problema de la disolución, liquidación y extinción de personas jurídicas con pasivo insatisfecho. Antes al contrario, consideramos no sólo conveniente sino necesario y urgente que esta cuestión se resuelva en sede de normativa concursal, estableciendo el procedimiento adecuado a tal fin sobre la base de la máxima coordinación posible con la normativa reguladora de las personas jurídicas y, muy particularmente, con la regulación de las sociedades de capital.