



Universidad
Carlos III de Madrid

 - **Archivo**

Repositorio Institucional



Bataller Grau, Juan. Hacia la legitimación del fraude: la extinción de las sociedades sin patrimonio en el anteproyecto de código mercantil. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe : Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 571-591. ISBN 978-84-89315-79-2.
<http://hdl.handle.net/10016/21053>

Obra completa disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/20763>



Este documento se puede utilizar bajo los términos de la licencia Creative Commons [Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/)

HACIA LA LEGITIMACIÓN DEL FRAUDE: LA EXTINCIÓN DE LAS SOCIEDADES SIN PATRIMONIO EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL

JUAN BATALLER GRAU*

Resumen

El Anteproyecto de Código mercantil contiene una sugestiva novedad en sede de extinción de sociedades para aquellos supuestos en que la sociedad finaliza la fase liquidatoria sin patrimonio. Se propone eludir el recurso al concurso de acreedores que sería sustituido por un procedimiento ante el Registro mercantil, descargando de trabajo a los órganos jurisdiccionales. Las páginas siguientes las dedicamos a desentrañar las claves de la propuesta legislativa. Por un lado, intentaremos evidenciar aquellas dudas interpretativas que nos ha surgido de su lectura, lo que a nuestro juicio menoscaba la seguridad jurídica. Por otro lado, y aquí reside la principal crítica que plantea este trabajo, estimamos que la propuesta obvia nuestra realidad societaria, lo que nos atrevemos a pronosticar redundaría en facilitar que sean resueltas sin consecuencia alguna para los defraudadores muchas liquidaciones hechas torticeramente.

Contenido

1. Introducción. – 2. El procedimiento de extinción de las sociedades sin patrimonio en el anteproyecto de código mercantil – 3. Los presupuestos del procedimiento registral. – 3.1. El presupuesto subjetivo. – 3.2. El presupuesto objetivo. – 3.3. La coordinación del procedimiento registral con el Derecho concursal. – 4. La legitimación para iniciar el procedimiento registral. – 5. La escritura pública y su depósito. – 5.1. El contenido de la escritura. – 5.2. Su depósito: efectos y publicidad. – 5.3. Su naturaleza de depósito: la ausencia de control sobre los presupuestos del procedimiento registral. – 6. El informe del experto independiente. – 6.1. La solicitud del informe. – 6.2. La designación y aceptación del experto independiente. – 6.3. Los honorarios del experto independiente. – 6.4. El contenido del informe del experto. – 6.5. Los efectos del informe pericial. – 7. Los efectos de la extinción registral. – 8. Valoración crítica de la reforma.

* Catedrático de Derecho mercantil, CEGEA, Universitat Politècnica de Valencia.

1. INTRODUCCIÓN

El Anteproyecto de Código mercantil¹ propone dar un paso más en el camino ya recorrido en aras a una pretendida simplificación de la insolvencia, permitiendo la extinción de sociedades sin el hasta ahora inexcusable control jurisdiccional². Concretamente, la sección 4ª, del Capítulo II, del Título VII del Libro segundo relativo a las sociedades mercantiles, bajo la rúbrica de la extinción de la sociedad en caso de falta de activo contempla la posibilidad de que sea el registrador quien pueda extinguir la sociedad cuando carezca de activo. Aquí ya no se trata de obviar al juzgado en búsqueda de la anhelada celeridad que permita la salvación de la empresa en situación de mera iliquidez. Ahora se trata únicamente de certificar la extinción de la sociedad, por lo que ya no es indispensable que el procedimiento sea rápido. No es que preconicemos la necesaria lentitud en esta materia. Simplemente afirmamos que los apremiantes plazos que han de presidir el acuerdo entre deudor y acreedores para salvar la empresa distan mucho de los exigibles cuando de la mera liquidación de la sociedad se trata. Y es que las prioridades y, por ende, los principios no son los mismo en sede de convenio que en fase de liquidación, a mayor abundamiento cuando el patrimonio es inexistente.

No es descartable que dada la prolija tramitación del Anteproyecto, su ideación fuera anterior a la entrada en vigor del art. 176 bis de la Ley concursal que, a nuestro juicio, da una mejor solución al problema de las sociedades sin patrimonio. Pero lo bien cierto es que el articulado continúa en el Anteproyecto de Código Mercantil, por lo la regulación entraría en vigor en el caso de aprobarse tal y como está.

Conviene recordar que en su redacción originaria la Ley concursal no satisfacía adecuadamente la problemática de las sociedades sin patrimonio³. Por un lado, se le imponía una serie de gastos importantes en materia de publicidad a quien ya no tenía con que atender esos pagos, lo que implicaba problemas procedimentales importantes y conflictos constantes con los procuradores que no querían hacerse cargo de las publicaciones e inscripciones hasta que no tuvieran la correspondiente provisión de fondos. Igualmente, los administradores concursales eran muy renuentes a la aceptación del cargo en sociedades que se sabía no tenían activo con los que atender su retribución. Estos, junto con otros argumentos de carácter técnico, hicieron que se extendiera la idea entre los juzgados de lo mercantil de nuestro país sobre la bonanza de rechazar la solicitud de concurso *ab initio*. Dado que ante este rechazo solo cabe recurso de reposición, el concurso estaba abocado a su inexorable archivo.

¹ Hemos elaborado este trabajo con el texto aprobado por el Consejo de Ministros el 30 de mayo de 2014 como Anteproyecto de Ley.

² Una visión panorámica sobre esta tendencia hacia la desjudicialización de la insolvencia, permítasenos, puede consultarse en BATALLER GRAU, J., “Dógmata, tópicos y falacias sobre la desjudicialización de la insolvencia: una visión crítica”, en VV.AA., *Estudios en homenaje al Prof. Emilio Beltrán*, (en prensa).

³ Sobre la situación antes de la introducción del art. 176 bis de la Ley concursal puede consultarse PULGAR EZQUERRA, J., “Los concursos de acreedores sin masa activa *ab initio*: un problema a resolver”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 2, 2007, pp. 1837 y ss.

El problema residía entonces en que el registrador mercantil tampoco podía inscribir la extinción de la sociedad, pues la legislación societaria conmina incluso en fase de liquidación societaria a instar el concurso cuando la sociedad esté en situación de insolvencia. Se creaba así un sinsentido jurídico en el que la sociedad no podía alcanzar la extinción por ninguna vía: el juez rechazaba la declaración del concurso por falta de requisitos y el registrador mercantil no cancelaba la inscripción por estar la sociedad en situación de insolvencia.

El legislador intervino y adoptó una solución que, a nuestro modesto entender, ha de merecer una valoración positiva. Efectivamente, el art. 176 bis de la Ley concursal consagra una suerte de concurso “express” en el que el juez, a la vista de la documentación aportada en la solicitud del concurso declara en el mismo auto junto a la apertura del concurso la extinción de la sociedad que conducirá a la cancelación registral de la sociedad y al subsiguiente archivo del procedimiento concursal⁴. Obsérvese como aquí hay dos elementos muy reseñables en la solución técnica adoptada: a) la extinción de la sociedad se hace tras el preceptivo control jurisdiccional a la vista de una amplia documentación contenida en el art. 6 de la Ley concursal y que en ocasiones los jueces amplían solicitando al instante información adicional que va más allá de la contenida en el mismo art. 6 de la Ley concursal; b) la conclusión del procedimiento concursal puede recurrirse ante el juzgado correspondiente y, en el caso de que sea estimado el recurso, el concurso continúa por los trámites habituales.

2. EL PROCEDIMIENTO DE EXTINCIÓN DE LAS SOCIEDADES SIN PATRIMONIO EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL

La propuesta del Anteproyecto de Código mercantil difiere sustancialmente de la vigente Ley concursal en múltiples puntos, por lo que conviene realizar una breve exposición de conjunto del procedimiento para posteriormente efectuar un análisis más pormenorizado de sus diferentes elementos. El procedimiento previsto, de manera resumida, es el siguiente:

1º) Los liquidadores, consumada la ausencia de patrimonio, han de otorgar una escritura pública que ha de reunir diversas informaciones contenidas en el art. 272-44 del Anteproyecto: *“un informe completo sobre las operaciones de liquidación; una relación sobre los actos de disposición patrimonial realizados dentro de los dos años anteriores a la apertura de la liquidación; una relación de los créditos extinguidos en*

⁴ Sobre la solución concursal a las sociedades sin patrimonio véase : FUENTES DEVESA, R., *La declaración y conclusión simultánea de concurso o "concurso express"*, Fe de erratas, Madrid, 2013; GARCÍA CRUCES, J.A., “El fracaso del proceso concursal ya declarado”, *Anuario de Derecho concursal*, nº 30, 2013, pp. 11 y ss; PULGAR EZQUERRO, J., “Extinción y cancelación de sociedades de capital sin activo”, *Revista de Derecho de Sociedades*, Nº 41, 2013, pp. 23 y ss; ALCOVER GARAU, G., “Aproximación al régimen jurídico de los concursos sin masa”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 28, 2013, pp. 27 y ss; CABALLERO GARCÍA, F., “La especialidad de la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa”, en VV.AA., *La aplicación práctica de la nueva Ley concursal tras un año de vida*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 401 y ss.

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 de la fecha en que esa extinción hubiera tenido lugar; una relación de los créditos extinguidos a partir de la apertura de la liquidación, con las mismas indicaciones; una relación de los créditos no satisfechos, con expresión de la identidad del acreedor, de la cuantía del crédito de que fuera titular y, en su caso, de la identidad de quien hubiera prestado garantías personales o reales para el pago del crédito; así como una relación de los procedimientos judiciales en curso en los que la sociedad fuera parte.”

2º) Esta escritura es depositada en el Registro mercantil (art. 272-45) lo que produce dos comunicaciones muy importantes: por un lado, se va a publicar este depósito en el BORME y en la página web de la sociedad (o subsidiariamente, en caso de inexistencia, en un diario de gran circulación en la provincia en que radiquen sus intereses principales) –art. 272-46-; y se comunicará al juzgado de lo mercantil para evitar que puedan presentarse concursos necesarios contra la sociedad, quedando exonerado igualmente el liquidador del deber de instar el concurso.

3º) A partir de aquí pueden suceder dos cosas: los acreedores insatisfechos o garantes tienen un plazo de 20 días desde la publicación del depósito para solicitar el nombramiento de un experto independiente que produce los efectos que veremos a continuación; en caso contrario, el registrador está obligado a declarar la sociedad extinguida y seguidamente cancelar la inscripción de la sociedad en el Registro mercantil. Extinción que acarrea el drástico efecto de producir *“la extinción de los créditos insatisfechos, pero no de las garantías personales que se hubieran otorgado ni de las garantías reales que se hubieran constituido por terceros.”*

4º) En caso de solicitud de nombramiento de experto independiente (art. 272-49), el registrador fijará la provisión de fondos para su retribución. Ésta será a cargo del solicitante y, en caso de no ser satisfecha, producirá el decaimiento de la solicitud. En caso de varios solicitantes, no se modificará la provisión de fondos inicialmente prevista.

5º) El registrador designará *“a su prudente arbitrio”* al experto independiente, quien ha de ser auditor de cuentas o letrado que reúna los requisitos exigidos para ser nombrado administrador concursal (art. 272-50) y no estar sometido a las causas de incompatibilidad previstas para los peritos judiciales (art. 272-51).

6º) Una vez producida la aceptación del experto independiente, éste tiene dos meses desde su nombramiento para emitir un informe que *“hará constar si procede el ejercicio de acciones de responsabilidad contra los antiguos administradores o contra los liquidadores y si, en caso de concurso, procedería ejercitar acciones de reintegración de la masa activa y si sería previsible que la sentencia de calificación contuviera condena a la cobertura total o parcial del déficit”* (art. 272-52).

7º) El resultado de las actuaciones del experto independiente conduce a una disyuntiva final: si el informe es negativo, la sociedad deberá extinguirse según se ha explicado anteriormente (art. 272-53); si el informe es positivo o no se ha podido emitir informe por la falta de documentación para ello, el registrador remitirá al juez competente para la declaración de concurso la escritura pública depositada y el informe del experto, documentación que será considerada como solicitud de concurso voluntario

y, admitiéndose expresamente que el experto pueda ser nombrado como administrador concursal (art. 272-54).

3. LOS PRESUPUESTOS DEL PROCEDIMIENTO REGISTRAL

Llegados a este punto, conviene comenzar por situarnos dentro del esquema del Anteproyecto de Código mercantil en sede de liquidación de sociedades. Aquí la propuesta legislativa ofrece la siguiente disyuntiva: si disuelta la sociedad la consecuencia de las operaciones de liquidación es la obtención de un activo repartible o cuanto menos se han podido saldar la totalidad de las deudas con los acreedores, se aplicará la sección segunda relativa a la liquidación societaria -tal y como se ha venido haciendo hasta la actualidad-; ahora bien, si por el contrario la sociedad en liquidación no puede satisfacer plenamente a sus acreedores, en cuanto se agote su patrimonio, deberán los liquidadores iniciar el procedimiento previsto en la sección cuarta que pasamos a analizar.

3.1. El presupuesto subjetivo

En primer lugar, hemos de destacar que este procedimiento, dada su ubicación sistemática, es aplicable a cualquier sociedad mercantil. Por consiguiente, y esto creemos que es necesario enfatizarlo, no estamos aquí ante un procedimiento diseñado exclusivamente para las sociedades de capital, sino que también lo será a las sociedades personalistas.

Su aplicación a las sociedades personalistas, empero, plantea dudas dada la existencia de una responsabilidad del socio por las deudas de la sociedad. Ciertamente una sociedad personalista puede agotar su activo, pero queda entonces por resolver que sucede con las deudas de la sociedad al ser el socio responsable de las mismas aunque con carácter subsidiario. Es cierto que el mismo Anteproyecto en su art. 272-48 contiene un mandato bastante singular donde se prevé expresamente la subsistencia de las garantías personales y reales pese a la extinción de la obligación principal, pero nos inclinamos por entender que no es extensible la misma a la responsabilidad del socio. Una cosa son la garantías y otra bien distinta la responsabilidad de los socios en las sociedades personalistas. Ahora bien, tampoco parece que la intención del Anteproyecto sea liberar al socio colectivo de su responsabilidad, pero si se extingue la obligación tras la declaración del Registrador de la cancelación registral de la sociedad puede alcanzarse razonablemente esta interpretación.

El debate está abierto, a nuestro modesto entender, por lo que alguna indicación expresa del legislador no vendría mal para despejar cualquier duda al respecto. A nuestro modesto entender sería dable o bien una previsión de la subsistencia de la responsabilidad del socio colectivo cuya ubicación sistemática más adecuada parece el ya citado 272-48; o bien reservar este procedimiento registral a las sociedades de capital con una manifestación expresa en esta dirección al principio de la sección.

3.2. El presupuesto objetivo

Para discernir el momento en que procedería aplicar este procedimiento registral debemos dirigirnos al art. 272-44 del Anteproyecto, donde se nos dice literalmente: “*Si el activo de la sociedad fuera insuficiente para satisfacer a los acreedores, una vez agotado, los liquidadores otorgarán escritura pública en la que constará esta circunstancia*”. La lectura del precepto, en nuestra opinión, deja claro que el momento en que procede el otorgamiento de la escritura pública es el agotamiento del patrimonio social. Ahora bien, aunque parezca una obviedad, la sociedad normalmente no agota su patrimonio de forma súbita, sino que conlleva el transcurso de un período de tiempo. Por tanto, la cuestión a resolver no es tanto cuándo se inicia el procedimiento registral – el agotamiento del patrimonio social- sino en qué supuestos la sociedad puede acogerse al citado procedimiento, pues bien los liquidadores o bien incluso los administradores de la sociedad generalmente conocerán de la insuficiencia patrimonial antes de llegar al agotamiento del patrimonio.

La norma, a nuestro modesto entender, ofrece tres posibles interpretaciones. Una primera consiste en reservar este procedimiento a aquellos supuestos en que el agotamiento del patrimonio se produce de forma súbita sin que los liquidadores hayan tenido conciencia previamente de la insuficiencia patrimonial. La segunda circunscribe este procedimiento a la fase de liquidación, pero autorizaría a los liquidadores que conocen de la insuficiencia de activo a realizar las operaciones tendentes a agotar el patrimonio social. La tercera, la más amplia, admitiría que incluso durante la fase activa de la sociedad cuando los administradores conocieran la situación de insuficiencia de activo pudieran acudir a este procedimiento registral, previa disolución de la sociedad. Esta diversidad en un extremo tan significativo aconseja un análisis pormenorizado de los argumentos hermenéuticos en pro y en contra.

La primera interpretación, claro está, resulta muy restrictiva, convirtiendo de facto su ámbito de aplicación en casi marginal. Ciertamente, la opción que ahora analizamos es la que menos problemas de coordinación plantea con el régimen concursal. Si los liquidadores conocen de la insuficiencia patrimonial, debieran de acudir al concurso; mientras que el procedimiento registral solo actuaría ante un agotamiento intempestivo del patrimonio sin previo conocimiento por parte de los liquidadores. En nuestra opinión, aquí entrarían fundamentalmente aquellos supuestos en que la sociedad carece de activos durante el desarrollo de la actividad social o los que posee son irrealizables, aun cuando es solvente en ambos, pero su disolución provoca súbitamente un balance de apertura de la fase de liquidación sin activo que liquidar. No habría por tanto actividad de los liquidadores una vez disuelta la sociedad, cuya actuación se circunscribiría en estos casos al otorgamiento de la escritura prevista en este mismo precepto. Otorgada pues la escritura de extinción de la sociedad sin activo cumpliendo los requisitos previstos para tal documento público, el art. 272-47 del Anteproyecto permitiría suspender el deber de solicitar el concurso y evitar posibles responsabilidades de los liquidadores en la pieza de calificación. Se estaría contemplando así una regulación para un supuesto muy concreto, si bien usual en la práctica, consistente en que *ab initio* la sociedad en liquidación carece de patrimonio,

por lo que su salida de la vida jurídica se produciría por cauces societarios dada la ausencia de liquidación material.

La segunda interpretación propuesta amplía considerablemente su ámbito de aplicación, aun cuando el conocimiento de la insuficiencia por parte de los liquidadores debe producirse dentro de la fase de liquidación. Así el procedimiento registral de liquidación de sociedades sin patrimonio autorizaría a los liquidadores que detecten una situación de mayor pasivo que activo a continuar la liquidación por los cauces societarios hasta agotar el patrimonio social. De este modo, los liquidadores podrían cobrar los créditos, saldar las deudas e incluso enajenar los bienes que conforman el patrimonio social. Consumado el agotamiento patrimonial, los liquidadores otorgarían la correspondiente escritura pública para salvar su responsabilidad al amparo del anteriormente citado art. 272-47 del Anteproyecto.

Esta segunda interpretación, hemos de advertirlo, cuenta con más argumentos a su favor que la anterior. Por una parte, está más pegada a la interpretación literal de la propuesta de norma. Esta aseveración descansa en la utilización de la locución “una vez”. O dicho de otro modo, el precepto alude a que la escritura se otorgará “una vez agotados” los bienes, por lo que parece reconocérseles a los liquidadores un plazo para rematarlos. Si se prefiriese la primera interpretación, hubiera sido más apropiado el haber utilizado un gerundio: “estando los bienes agotados”.

Por otro lado, el art. 272-31 del Anteproyecto permite el pago a los acreedores durante la fase de liquidación aunque se conozca la situación de insuficiencia patrimonial y respetando la prelación de créditos impuesta por la liquidación concursal. Más allá de que en nuestra opinión la ubicación sistemática del precepto dentro de las operaciones de liquidación no es la más afortunada, el art. 272-31 del Anteproyecto reconoce que la actuación de los liquidadores no se circunscribe al mero otorgamiento de escritura pública.

Además, el art. 272-47 del Anteproyecto, únicamente alude a que el depósito de la escritura suspende el deber de los liquidadores de solicitar el concurso, por lo que tampoco parece que se esté privando de capacidad de actuar a los liquidadores desde que se detecte la situación de insuficiencia de activo, siempre y cuando no se contrarie la legislación concursal.

En esta línea también parece situarse la Exposición de Motivos donde en su número III-88 apunta como objetivo de la propuesta legislativa el “*solventar las dificultades para proceder a la extinción de la sociedad liquidada en caso de falta de activo, 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 una declaración de concurso o si, por el contrario, debe procederse a la extinción y cancelación registral de la sociedad.*”

En fin, la doctrina que se ha ocupado de la materia también parece alinearse con esta segunda interpretación⁵. Todo ello sin obviar un argumento poco jurídico pero

⁵ QUIJANO, J., “La extinción de la sociedad sin declaración judicial de concurso en caso de falta de

de tremenda fuerza en la práctica, por qué no decirlo, consistente en que esta interpretación beneficia a los aplicadores de la norma más que acoger la anterior opción hermenéutica: a los jueces les descarga de trabajo, y a los registradores les permite ampliar su actividad en una época de carestía.

Asumiendo pues la segunda interpretación, que autoriza a los liquidadores aplicar íntegramente la sección relativa a las operaciones liquidatorias aun conocedores de la situación de insuficiencia de activo para atender a los acreedores, resta por formularse una postrera cuestión de enorme calado práctico que nos llevará a resolver la tercera opción hermenéutica posible: ¿esta regulación es aplicable únicamente a aquellas sociedades en la que los liquidadores descubren la situación de insuficiencia patrimonial estando ya en fase de liquidación o es dable su utilización por sociedades en las que los administradores son conocedores de la insuficiencia patrimonial durante su vida activa? Evidentemente, en este segundo supuesto la sociedad tendría que alcanzar su disolución con carácter previo a la aplicación de las normas sobre liquidación societaria, pero el conocimiento de la situación de insuficiencia sería previo a la disolución de la sociedad.

La respuesta a esta pregunta es la que determinará realmente el número de sociedades que acudirán a este procedimiento en caso de promulgación del proyecto normativo, pues los administradores tratan de postergar el acuerdo de disolución por pérdidas, lo que motiva en numerosas ocasiones el fracaso de la previsión preconcursal⁶. Ciertamente esta demora convierte en poco frecuente los supuestos en que una sociedad en liquidación acude al procedimiento concursal, siendo mucho más habitual que se presente la solicitud de concurso estando la sociedad todavía activa, lo que tampoco es sorprendente dada la escasa fortaleza patrimonial de las mayoría de las sociedades capitalistas en nuestro país.

A nuestro juicio, el tenor del art. 272-8 nº 2 del Anteproyecto de Código mercantil no autoriza la extensión de su ámbito de aplicación. Efectivamente, la norma sitúa a los administradores de una sociedad con pérdidas cualificadas, al igual que sucede en la legislación vigente, ante la disyuntiva de tener que solicitar el concurso de acreedores o disolver, al margen de cualquier otra posible solución que suponga la recuperación de la solvencia, pero que requiere la aprobación de los socios. Si las pérdidas sitúan el patrimonio neto por debajo de la mitad del capital social, pero la sociedad todavía es solvente, se abre la liquidación societaria. Ahora bien, si la sociedad es insolvente no parece que el art. art. 272-8 nº 2 del Anteproyecto de Código mercantil, en coordinación con los arts. 3 de la Ley concursal (legitimación para solicitar el concurso) y 5 de la Ley concursal (deber de solicitar el concurso) permitan eludir el

activo en la “propuesta de Código mercantil””, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 291, enero-marzo 2014, pp. 17 y ss.

⁶ Sobre la disolución por pérdidas como medida preconcursal: MACHADO PLAZAS, J., *Pérdida del capital social y responsabilidad de los administradores por las deudas sociales*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 229 y ss.; BATALLER GRAU, J., “La simplificación del régimen jurídico de disolución de las sociedades de capital”, VV.AA., *Simplificar el Derecho de sociedades*, HIERRO ANIBARRO, S. (dir.), Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010, pp. 556 y ss.

deber de solicitar el concurso, ni la subsiguiente responsabilidad de los administradores en la posible pieza de calificación concursal. A la misma conclusión llegamos dada su ubicación sistemática, dentro de la liquidación societaria. Igualmente, el art. 272-44 del Anteproyecto, donde se establece el presupuesto objetivo y, sobre todo, el art. 272-47 n° 1 del mismo Anteproyecto legislativo, relativo a la suspensión del deber de solicitar la declaración de concurso de acreedores tienen como único sujeto a los liquidadores, sin que se mencione para nada a los administradores.

A modo de conclusión, nos inclinamos por estimar que la sección que venimos analizando se aplicará a aquellas sociedades en que los liquidadores adviertan de su situación de insuficiencia patrimonial durante la fase de liquidación, sin que por otro lado sea necesario que este conocimiento sea coetáneo con el agotamiento del patrimonio social.

3.3. La coordinación del procedimiento registral con el Derecho concursal

El problema que plantea el procedimiento de extinción de la sociedad sin patrimonio es obvio: su coordinación con el Derecho concursal. La cuestión previa, como no puede ser de otro modo, estriba en comprobar si hay una posible concurrencia entre los presupuestos de ambas regulaciones, pues en caso contrario no habría necesidad de continuar, dado que estaríamos ante regulaciones diferentes para supuestos de hecho diversos.

En este caso, la respuesta afirmativa nos parece obvia. Ciertamente, el presupuesto subjetivo del concurso es más amplio. Igual sucede con el presupuesto objetivo donde el concurso incluye también situaciones de iliquidez ajenas completamente al procedimiento registral de liquidación. Ahora bien, más allá de los problemas interpretativos apuntados sobre la aplicación de la norma a las sociedades personalistas y de los relativos al momento en que los liquidadores conocen de la situación de insuficiencia de activo parece claro que los presupuestos de aplicación de ambos regímenes jurídicos son parcialmente coincidentes.

Así pues, en primer lugar, no podemos dejar de señalar que se rompe aquí la unidad legal -ya no todo el régimen de la insolvencia estará en la Ley concursal- y de disciplina -no todos los deudores estarán sometidos al mismo régimen de la insolvencia-, proclamadas con tanto énfasis en la Exposición de Motivos de la Ley concursal. Al albur de las bondades de la desjudicialización del concurso de acreedores se prevén ahora dos procedimientos diferenciados: uno de impronta registral, frente al denostado concurso donde aparece la figura minusvalorada del magistrado. No seremos nosotros los que defendamos las bondades del concurso, pues sin duda debiera de mejorar en numerosos aspectos. No obstante, hay que plantearse si el resultado tras los movimientos reformistas es mejor que el anterior, sobre lo que nos ocuparemos posteriormente.

Esta superposición de supuestos de hecho debe pues resolverse. En mi opinión, no parece que el régimen previsto en el Anteproyecto de Código Mercantil pretenda una derogación total de la legislación concursal en este punto. Así parece deducirse del art. 272-47 del reiterado Anteproyecto donde se establecen los efectos del depósito de la

escritura: la suspensión –que no exoneración- del deber de solicitar la declaración del concurso; y la no admisión de solicitudes de concurso efectuadas por otros legitimados, pero que no parece impedir la solicitud de concurso voluntaria presentada por los mismos liquidadores. A su vez, el art. 272-54 del Anteproyecto de Código mercantil dispone que el fracaso del procedimiento registral conduce a que el mismo registrador mercantil remita la escritura pública al juzgado para que se incoe un concurso voluntario.

A nuestro juicio, las previsiones concursales permanecen inalteradas, por lo que la coordinación entre ambos cuerpos normativas se debe resolver desde una óptica temporal. Si el liquidador conoce de la situación de insolvencia, pero no agota el patrimonio social en 2 meses, plazo que impone la legislación concursal para solicitar un concurso voluntario, deberá iniciar los trámites concursales. Ahora bien, si el liquidador puede agotar los bienes antes de los 2 meses podrá acudir a los trámites societarios, quedando exonerado de responsabilidad concursal si el procedimiento registral fructifica.

Incluso nos atreveríamos a dar un paso más. Si los liquidadores pudieran agotar el patrimonio social dentro del plazo de dos meses, no estarían obligados a acudir al procedimiento registral que venimos analizando, siendo una alternativa perfectamente válida el solicitar un concurso acogiéndose a los trámites del art. 176 bis de la Ley concursal. Norma que ha previsto, no lo olvidemos, que en el mismo auto de apertura del concurso sea declarada su conclusión⁷.

En definitiva, los liquidadores que detecten la situación de insolvencia pueden acudir en cualquier momento al concurso voluntario, dada la vigencia del art. 176 bis de la Ley concursal. Ahora bien, si los liquidadores pueden agotar el patrimonio social dentro de los dos meses siguientes a la detección de la situación de insolvencia será entonces cuando se abre la posibilidad de sustituir el concurso de acreedores por este procedimiento registral.

4. LA LEGITIMACIÓN PARA INICIAR EL PROCEDIMIENTO REGISTRAL

El procedimiento ante el Registro mercantil deben iniciarlo los liquidadores mediante el otorgamiento de la escritura pública y su posterior depósito en el registro mercantil.

Nos llama poderosamente la atención, por contraste con el balance final de liquidación, que no se haga mención en este procedimiento al papel de la junta general. El tenor literal de la norma induce a pensar que esta forma de extinción no requiere la aquiescencia de la junta general, por lo que parece más bien una conducta debida por parte de los liquidadores. Esta conclusión procede de diversos argumentos:

⁷ No podemos compartir la opinión de aquellos que parecen encontrar un elemento diferenciador entre el procedimiento registral y el art. 176 bis de la Ley concursal en que en éste último caso hay necesariamente calificación de créditos, porque en la modalidad de apertura y conclusión del concurso en el mismo auto, al no haber administradores concursales, no se llegan a calificar los créditos. QUIJANO, “La extinción de la sociedad...”, *op. cit.*, p. 19.

a) El art. 272-44 en su número 1 utiliza el imperativo, “otorgarán”, por lo que parece imponer un concreto comportamiento a los liquidadores ante la insuficiencia de activo. El tenor de la norma parece tajante: ante el supuesto de hecho, la ausencia total de patrimonio, el liquidador está conminado a “otorgar” la escritura.

b) Entre las menciones obligatorias de la escritura en el art. 272-44 número 2 no se contiene ninguna mención que se pueda relacionar con la participación de la junta general.

c) Su ubicación sistemática, en sección separada de la sección segunda donde se regula la liquidación societaria en la que finalizan las operaciones de liquidación con un activo repartible, induce a pensar en que no es dable la extensión analógica de los preceptos que imponen la aprobación del balance final por parte de la junta general.

Por tanto, no ya es que la labor de los liquidadores no va a ser contralada por el registrador mercantil, ni tan solo los socios minoritarios van a poder manifestarse sobre las operaciones de liquidación que han concluido con el agotamiento del patrimonio social que, a nadie escapa, puede haberse hecho en beneficio exclusivo del liquidador, generalmente socio mayoritario en numerosas sociedades de capital.

5. LA ESCRITURA PÚBLICA Y SU DEPÓSITO

5.1. El contenido de la escritura

Los liquidadores han de otorgar una escritura pública que contendrá cuanto menos las menciones explicitadas en el art. 272-44 del Anteproyecto: *“un informe completo sobre las operaciones de liquidación; una relación sobre los actos de disposición patrimonial realizados dentro de los dos años anteriores a la apertura de la liquidación; 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 de la fecha en que esa extinción hubiera tenido lugar; una relación de los créditos extinguidos a partir de la apertura de la liquidación, con las mismas indicaciones; una relación de los créditos no satisfechos, con expresión de la identidad del acreedor, de la cuantía del crédito de que fuera titular y, en su caso, de la identidad de quien hubiera prestado garantías personales o reales para el pago del crédito; así como una relación de los procedimientos judiciales en curso en los que la sociedad fuera parte.”*

La lectura de la previsión normativa nos permite observar como la información que ha de recabar la escritura pública difieren de la exigida por el legislador concursal para instar la declaración de un concurso voluntario de acreedores. Destaca en la vertiente positiva que hayan de incluirse dos relaciones, una sobre actos de disposición patrimonial y otra sobre créditos extinguidos, que comprendan los dos años anteriores a la apertura de la liquidación, lo que proporciona una información muy útil para esclarecer si procede o no una acción de reintegración.

Ahora bien, este listado sería mejorable fácilmente sin ningún coste adicional para la sociedad. Así, por ejemplo, mucho más clarificador de la concurrencia de los

presupuestos de una acción de reintegración resulta el análisis del libro mayor. Ciertamente no es un libro de llevanza obligatoria, pero en la práctica contable española es un libro que me atrevo a decir tiene una difusión universal, por lo que no genera problemas aportarlo junto con la escritura y nos permite apreciar con precisión los movimientos efectuados en cada una de las cuentas. Igualmente, se podría exigir el modelo 347 de la agencia tributaria donde se reflejan las operaciones con terceros de más de 3.000 €. Aportar esta información referida a los dos años anteriores al momento de apertura de la liquidación mejoraría sensiblemente la transparencia relativa al ejercicio de una acción de reintegración.

Igualmente, seríamos partidarios que la relación de créditos extinguidos con anterioridad a la liquidación también mencionara las garantías de la obligación, pues es natural que se priorice el saldar los créditos pendientes sobre los que pesan garantías de los administradores o de los socios, alterándose ante esta inquietud el principio de la par conditio creditorum.

En la vertiente negativa, echamos en falta que la escritura no contenga una manifestación de los liquidadores de que la sociedad no tiene trabajadores, ni contratos de duración o de tracto sucesivo en el momento de su otorgamiento. El presupuesto objetivo es el agotamiento del activo, pero nada dice el art. 272-44 del Anteproyecto sobre la finalización de las operaciones liquidatorias. De este modo se afianzaría, so pena de responsabilidad civil de los liquidadores, que se ha respetado el orden de pagos contenido en la legislación concursal y al que se remite el art. art. 272-31 del Anteproyecto.

En fin, también se debería exigir en aras a alcanzar una mayor seguridad jurídica que se aportara junto con la escritura una certificación, o al menos una nota simple, del registro de la propiedad de la inexistencia de bienes inmuebles a nombre de la sociedad; así como la baja censal de la sociedad en la Agencia Tributaria.

5.2. Su depósito: efectos y publicidad

La escritura será depositada en el Registro mercantil, lo que produce dos efectos muy relevantes: queda suspendido el deber de los liquidadores de solicitar el concurso voluntario de la sociedad; y el registrador mercantil lo comunicará al juzgado, impidiendo esta comunicación que se presenten solicitudes de concurso por otros legitimados. Sin embargo, nada dice el art. 272-47 del Anteproyecto sobre lo que sucede con otro tipo de procedimiento (juicios declarativos, juicios ejecutivos, juicios cambiarios, etc.) respecto de los que cabría plantearse una extensión analógica acomodándolo a lo prescrito en el art. 5 bis de la Ley concursal⁸.

El depósito será publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (BORME) con carácter gratuito. Además se publicará en la web de la sociedad pero, si no existe, deberá publicarse en un diario de gran circulación de la provincia en la que

⁸ QUIJANO, “La extinción de la sociedad...”, *op. cit.*, p. 22.

radique el centro de sus intereses principales, ahora a costa de los liquidadores, dado que la sociedad carece de activo. Especialmente gravoso puede ser esta publicación en el diario de máxima divulgación para los liquidadores, quienes tendrán que sufragar de su bolsillo particular esta publicidad, estimulados, eso sí, por la elusión de responsabilidades de la que se puede beneficiar.

Nada se dice sobre los gastos del depósito de la escritura, por lo que o bien se prevé reglamentariamente la exención de los aranceles notariales y registrales, o bien los liquidadores tendrán que hacer un nuevo dispendio en este punto.

No obstante, quizás pudiera acogerse la idea de que si una sociedad no ha agotado plenamente su activo, pero le resta una cantidad coincidente con la provisión de fondos que exigiese los gastos del procedimiento, podría acudir sin mayores problemas a este procedimiento registral para evitar que sean los liquidadores quienes lo tengan que sufragar de su propio peculio.

5.3. Su naturaleza de depósito: la ausencia de control sobre los presupuestos del procedimiento registral

La principal crítica que merece la regulación propuesta reside precisamente en la falta de control material. El precepto deja muy a las claras que la citada escritura se “deposita”, por lo que el registrador mercantil no puede calificar su regularidad material quedándose en el mero control formal de si se han incluido todos los puntos que ha de contener la escritura de extinción de la sociedad. Si a esto unimos la escasa publicidad prevista y la brevedad de los plazos, las situaciones de impunidad se pueden multiplicar *ad nauseam*. A nadie escapa que el BORME no es precisamente la publicación más leída entre las empresas que operan en el mercado. Tampoco es infalible la publicidad en la página web de la sociedad, pues es habitual que la página comercial que conocen los acreedores o que incluso llegar a utilizar tenga un nombre de dominio diferente de la web corporativa que suponemos será a la que se refiere el precepto, dado que es esta última la única que consta en el Registro mercantil. Por no decir que los acreedores no suelen visitar estas páginas asiduamente y es fácil escamotear la información incluyendo algún link en una zona poco visible de la web.

El sistema vigente en la Ley concursal suple la falta de circularización de los créditos por el control jurisdiccional, por mínimo que éste sea. Sin embargo, si algo destaca en el procedimiento previsto es la ausencia absoluta de controles, salvo que algún acreedor o garante llegue a tiempo, lo que desde luego no tiene fácil.

Y todo esto, cómo advertimos en el título de este modesto trabajo, con la perversa influencia que el procedimiento registral tendrá en la práctica sobre la responsabilidad de administradores e incluso socios. A nadie que conozca el funcionamiento de los juzgados escapa que un juez de instrucción que tenga que resolver sobre una querrela sobre insolvencia punible acogerá como elemento exculpativo la resolución del Registro mercantil que, por otro lado, cierra cualquier acceso al concurso de acreedores. Si no hay responsabilidad civil, pensará en ocasiones el juez de instrucción, lo normal es que no haya responsabilidad penal que no deja de ser una última ratio para las conductas más radicalmente antisociales.

6. EL INFORME DEL EXPERTO INDEPENDIENTE

6.1. La solicitud del informe

En cuanto a la legitimación para solicitar la designación de un experto independiente, el Anteproyecto la restringe a acreedores insatisfechos y a garantes, lo que como sabemos no coincide con la legitimación del concurso necesario. En segundo lugar, también puede plantear problemas la acreditación de la condición de acreedor o garante. La cuestión es fácil si figura en la escritura deposita, al ser el listado de acreedores y garantes una de las menciones que deberá contener. Ahora bien, si el sujeto ha sido omitido, la regulación prevé que en la misma instancia se presente la documentación acreditativa de su condición. Sin embargo, nada se dice sobre dos cuestiones claves: si el registrador mercantil puede denegar esta legitimación, y cuál es la posible contradicción que pudiera ejercer la sociedad que pretende su extinción.

A renglón seguido advertimos nuevo problema de enorme trascendencia práctica, consistente en precisar si el desistimiento del instante produce el archivo del procedimiento. A nuestro juicio, la respuesta debe ser afirmativa dado que estamos ante un procedimiento iniciado a instancia de parte, por lo que como es norma general en el Derecho privado, cabe desistir del mismo con la consiguiente paralización. Desistimiento que puede producirse en aquellos casos en que el acreedor que haya solicitado el nombramiento del experto cobre con posterioridad su crédito. Esto puede producirse por existir una garantía o sencillamente puede realizarse un pago en favor de tercero, opción está última que avivará la picaresca de pagar al instante en el caso de que se quiera cerrar súbitamente el procedimiento registral.

6.2. La designación y aceptación del experto independiente

El art. 272-50 del Anteproyecto de Código mercantil conmina al registrador a que en el breve plazo de dos días desde el asiento de presentación de la primera solicitud proceda a nombrar a un experto para realizar el informe que posteriormente analizaremos. El precepto, de quedar así antes de su promulgación, requerirá sin duda de un ulterior desarrollo reglamentario, dado que deja diversos interrogantes por resolver: si existe o no un número máximo de procedimientos que puede asumir simultáneamente un mismo experto, no concreta si cabe o no la designación de sociedades profesionales, etc.

Sentado lo anterior no podemos por menos que apuntar un par de críticas que merece el precepto pese a su actual indefinición. La primera consiste en dejar al prudente arbitrio del registrador mercantil la designación del experto. No se puede ignorar a estas alturas las innumerables críticas que ha recibido el sistema de designación de los administradores concursales por los magistrados de lo mercantil, lo que ha motivado diversas reformas legislativas sobre su designación, hasta alcanzar el previsto tránsito a un sistema de designación automatizado. Mantener la libérrima voluntad del registrador y más como único sistema de selección nos parece un tanto desfasado tras el incesante debate en sede concursal.

En segundo lugar, llama la atención la elección que efectúa el Anteproyecto de las profesiones habilitadas para asumir la función de experto en el presente procedimiento registral. Por un lado, se utiliza expresamente el término “auditor de cuentas”, por lo que parece excluir al resto de profesionales que provienen del campo de las ciencias empresariales y de la economía. Distingo que contrasta con la Ley concursal, sin que encontremos razón a esta discriminación realizada en el Anteproyecto. No está de más adelantar que el contenido del informe es esencialmente jurídico y no requiere a priori una revisión contable, tal y como se deduce de la información que ha de contener la escritura pública a depositar ni de los elementos que debe desarrollar el informe del experto independiente.

Y, por otro lado, si el contenido del informe es fundamentalmente jurídico, quizás lo más razonable es que se restringieran las profesiones habilitadas para su emisión a una sola: los abogados. No obstante, lo mejor en estos casos reside en designar una sociedad profesional en la que concurren ambos tipos de profesionales: un profesional que domine las ciencias empresariales, en especial la contabilidad, para detectar las posibles operaciones irregulares y un letrado que posteriormente determine si el comportamiento cumple los requisitos que el ordenamiento jurídico exige para que se desencadene una acción de responsabilidad o dentro de un concurso de acreedores una acción de reintegración o el concurso sea declarado culpable.

6.3. Los honorarios del experto independiente

Un requisito de suma trascendencia dentro del procedimiento registral que venimos analizando reside en que tenga que ser el solicitante del nombramiento del experto quien deba asumir los honorarios del profesional. No sólo ha de ser diligente en el seguimiento de la publicidad, sino que además debe realizar un importante desembolso en concepto de honorarios que, en numerosas ocasiones, puede superar la cantidad debida. Carga financiera que debe soportar el acreedor o garante insatisfecho que contrasta vivamente con los gastos de un posible procedimiento ante el juzgado de lo mercantil, por ser presumiblemente la vía judicial mucho más económica para quien cuanto menos ya está soportando la insatisfacción del crédito que mantiene con su deudor en proceso de “evasión”. Y todo ello a la espera de la concreción de los honorarios del experto ante la absoluta indefinición del Anteproyecto.

A esta crítica de política legislativa se debe añadir otra de técnica legislativa. Efectivamente, el texto prevé en el número 4 del art. 272-49 que no se exija provisión de fondos adicional si con posterioridad se presentan nuevas solicitudes de nombramiento de experto independiente. Surge entonces una primera cuestión cuya solución no se explicita: ¿quién es el deudor de la retribución del experto independiente en el caso de que concurren varios solicitantes? Téngase en cuenta que el precepto utiliza expresamente el término provisión de fondos, lo que sugiere un adelanto sobre los honorarios a la espera de su concreción. La lógica nos sugiere que aunque la provisión de fondos haya sido adelantada por uno solo, el resto de solicitantes también pudieran ser deudores frente al experto independiente, permitiendo así distribuir entre varios la carga económica que implica activar este procedimiento. Sin embargo, no

ocultamos que pudiera haber quién acogiéndose al tenor literal de la norma defienda que la obligación de retribuir al experto independiente sea exclusivamente del primer solicitante. Por ello, sería deseable una más precisa regulación en este punto, en el caso de que la propuesta del Anteproyecto alcanzará la naturaleza de norma.

Ahora bien, si admitimos que existe una pluralidad de deudores, hemos de determinar si la obligación es solidaria o mancomunada. Si calificamos la obligación de retribuir al experto independiente como mercantil, la respuesta es fácil, pues en el mismo Anteproyecto se establece la solidaridad de las obligaciones mercantil (art. 415-1). Sin embargo, a nuestro modesto entender estamos ante un mero arrendamiento de servicios con un profesional, por lo que parece más acorde la calificación de la obligación como civil. Consiguientemente, siguiendo el principio general, la obligación debiera ser mancomunada. Solución que es de nuevo conflictiva, pues pudiera suceder que uno de los solicitantes no satisficiera la retribución al experto independiente. Las dudas aparecen otra vez, pues se podría defender que cómo la propuesta normativa a quién obliga a hacer la provisión de fondos es al primer instante, es éste quien debe soportar las consecuencias; pero también podría llegarse a la paralización del procedimiento en aplicación analógica de la previsión del 272-49.2. Soluciones todas ellas, a nuestro juicio, insatisfactorias.

En fin, tampoco encontramos una previsión sobre que sucede con los honorarios del experto en el caso de que el procedimiento derive en un concurso de acreedores. Ciertamente tres son las posibles soluciones: el experto puede cobrar íntegramente los honorarios que genere la posterior declaración del concurso en el que sea nombrado administrador concursal; el experto ha de deducir lo cobrado de su retribución como administrador, pero puede percibir la diferencia en el caso de que el arancel autorice una cantidad superior para su función como administrador concursal; en fin, y la tercera, según la cual el experto no puede percibir suma alguna como administrador concursal. Todo dependerá de cómo se articule la relación entre la labor del experto en la fase registral y el posterior concurso. La indefinición en este punto suponemos que tendría que ser precisada reglamentariamente, pero una cuestión de tanta transcendencia es deseable que fuera prevista en norma con rango de Ley.

6.4. El contenido del informe del experto

El art. 272-52 del Anteproyecto de Código mercantil ha sido dedicado a explicitar las menciones que ha de contener el informe del experto independiente a depositar en el Registro mercantil.

En primer lugar, la previsión normativa exige que se indique si, a juicio del informe del experto independiente, procede el ejercicio de acciones de responsabilidad contra los administradores o liquidadores. Se debe pues concretar a qué acciones se refiere, dada la mención genérica de la propuesta legislativa. Por un lado, parece inexcusable que se incluya aquí la acción individual y la acción contenida en el art. 272-12 del Anteproyecto de Código mercantil bajo la rúbrica de responsabilidad solidaria de

los administradores por infracción de los deberes legales en orden a la disolución por pérdidas⁹. Así pues, el informe debe analizar los concretos presupuestos de las acciones de responsabilidad de los acreedores instantes, pues pudiera haberse incurrido en responsabilidad con carácter genérico, pero no respecto de estos acreedores. Baste pensar en una demora en la actuación de los administradores a la hora de solicitar la disolución, pero que la deuda del acreedor instante lo fuera durante el período de liquidación. Sentado lo anterior, de la genérica mención del art. 272-52 del Anteproyecto parece deducirse que el informe debe igualmente pronunciarse sobre los presupuestos genéricos de la responsabilidad de administradores y liquidadores.

También parece necesario que el experto analice los presupuestos de la acción social de responsabilidad contra administradores y liquidadores. Aquí la paradoja se manifiesta en que si se estimase viable una acción social de responsabilidad social y, posteriormente, ésta fuera ejercida por la administración concursal dentro del concurso, tal y como parece prever el Anteproyecto, será bastante probable que quien ha asumido los gastos del procedimiento registral no vea ni siquiera estos reintegrados. Habrá que aplicar la prelación de créditos establecida en la legislación concursal a la que habrá que estar con el dinero que entre en el patrimonio social fruto del ejercicio de la acción social. Quizá se pueda paliar esta frustración intentando una extensión analógica del art. 84.2.2º de la Ley concursal y entender que el informe del experto al formar parte de la documentación remitida al juzgado para la declaración del concurso es un crédito contra la masa al ser “un gasto necesario” para la solicitud y declaración del concurso.

Controvertido también resulta precisar si el análisis de la responsabilidad de los administradores y liquidadores puede restringirse a las estrictamente societarias o debe extenderse a las propias de otros ámbitos tales como el social o fiscal, e incluso el administrativo. Ambas interpretaciones pueden encontrar acomodo dada la actual redacción del precepto. Ciertamente, se puede llegar a una interpretación comprensiva de cualquier responsabilidad dado que su tenor literal no califica el tipo de responsabilidad. Pero tampoco obsta una interpretación sistemática que restrinja el estudio a las responsabilidades prevista en el Anteproyecto de Código mercantil¹⁰.

En fin, compartimos la opinión de quienes entienden que el informe del experto debe abstraerse de la hipótesis de que se hubiera declarado el concurso de la sociedad, por lo que emitirá su informe con independencia de tal eventualidad y que, además, comprenda a los antiguos administradores más allá de la restricción temporal de dos años que impone la legislación concursal¹¹.

La segunda parte del informe se ocupará de dictaminar si la apertura de un concurso de acreedores permitiría el ejercicio de alguna acción de reintegración y si ante una pieza de calificación sería previsible una condena a la cobertura total o parcial del déficit. Se pretende por esta vía, de modo similar a lo que sucede ya en el art. 176 bis de la Ley

⁹ Incluye estas dos acciones entre las cuestiones sobre las que se ha de pronunciar el informe del experto independiente QUIJANO, “La extinción de la sociedad...”, *op. cit.*, pp. 26-27.

¹⁰ QUIJANO, “La extinción de la sociedad...”, *op. cit.*, p. 26 estima que “se trata, ante todo, de acciones de responsabilidad patrimonial”.

¹¹ QUIJANO, “La extinción de la sociedad...”, *op. cit.*, p. 27.

concurzal, que se analice si la inexistencia de patrimonio puede revertirse a través de una reintegración de bienes en el activo o ante una exigencia de responsabilidad en la pieza de calificación.

Tampoco podemos obviar un problema común a todas las partes que conforman el informe: su escaso valor. Ciertamente, el informe puede motivar que se abra un concurso de acreedores, pero este informe no predetermina la solución del concurso. Igual sucede con el informe del experto si se acude al ejercicio de una acción de responsabilidad contra administradores o liquidadores en un procedimiento declarativo. En definitiva, el esfuerzo económico realizado por el acreedor, aun en el hipotético caso de que se vea recompensado por un informe favorable del experto, no conduce a ningún lugar certero, pues el informe no es más que una mera prueba preconstituida para un futuro procedimiento, pero que puede ser contradicha por otros medios de prueba e incluso obviada por el juez o incluso por el administrador concursal.

Positiva ha de ser la valoración de la expresa previsión de que el experto pueda recabar nueva información de la sociedad para desarrollar su función, más allá de la contenida en la escritura depositada. Por esta vía se puede paliar las dudas manifestadas sobre la documentación adicional a aportar junto con la escritura que origina el procedimiento registral.

En fin, nada prevé el Anteproyecto sobre una hipótesis también factible como es que el experto concluya su informe afirmando la existencia de bienes en el patrimonio de la sociedad. Si en la práctica concursal es frecuente que el inventario elaborado por los administradores sociales y aportado junto con la solicitud concursal sea modificado por la administración concursal, no creemos que deba descartarse de antemano que lo mismo acontezca respecto de la escritura otorgada por los liquidadores.

Ahora bien, la solución aquí tampoco es fácil. Por un lado, se puede llegar a argumentar que si es presupuesto ineludible del presente procedimiento la inexistencia de activo, su ausencia originaria debe conducir a la frustración del mismo a través de su archivo en el Registro mercantil. La sociedad volvería a ser una sociedad en fase de liquidación en la que los liquidadores debieran bien agotar el patrimonio e iniciar de nuevo el procedimiento registral mediante el otorgamiento de una nueva escritura o bien solicitar un concurso de acreedores. Por otro lado, tampoco es descabellado defender que es más ágil que el registrador remita la escritura y el informe del experto para que se inicie un procedimiento concursal donde se liquide el activo sobrevenido.

6.5. Los efectos del informe pericial

Los efectos del informe, como parece lógico, están supeditados a las conclusiones del mismo. Si el experto avala la actuación de administradores y liquidadores, conduce a la extinción de la sociedad con los efectos que analizaremos en el siguiente epígrafe. No obstante, llama la atención que nada se prevea respecto de la impugnación del informe¹², lo que en caso de discrepancia de los acreedores con la opinión del experto

¹² También QUIJANO, “La extinción de la sociedad...”, *op. cit.*, p. 28.

genera una nueva dificultad interpretativa sobre los posibles cauces procedimentales de un recurso.

En el caso de que el informe del experto fuera “positivo” o no pudiera emitirlo por falta de datos, el registrador remitirá al juzgado de lo mercantil tanto la escritura como el informe que harán las veces de solicitud de concurso voluntario.

A renglón seguido surge una primera cuestión en la que sería aconsejable apartarse de una interpretación excesivamente literalista del precepto. Efectivamente, el art. 272-54 relativo a la declaración de concurso afirma que “*si el informe fuera positivo o si el experto no hubiera podido emitir el informe por falta de datos*” se procederá a remitir el expediente al juzgado para la apertura del concurso de acreedores. La conveniencia de acudir al concurso parece evidente si es necesario ejercer una acción de reintegración o debe abrirse la pieza de calificación, pero no lo es tanta si se trata de ejercer la responsabilidad de los administradores o liquidadores¹³, pues al acreedor le pudiera interesar más ejercer directamente la acción de responsabilidad civil ante los tribunales que no tener que acudir a un concurso voluntario con sus consiguientes gastos y dilaciones. La interpretación correctora consistiría en exigir al experto que dictamine si existiendo responsabilidad de los administradores resulta factible y es conveniente acudir a un concurso voluntario. Se manifiesta nuevamente la compleja relación entre este procedimiento registral y el concurso de acreedores.

Tampoco compartimos con la propuesta normativa contenida en el Anteproyecto de Código mercantil que tras la emisión de un informe desfavorable por parte de un experto independiente que pone en evidencia a los administradores o liquidadores sea considerada la documentación como solicitud de concurso voluntario. Parece más aconsejable que se entendiera como necesario en una doble dirección. Los administradores o liquidadores serán apartados de la gestión y representación de la sociedad como solución natural. A su vez, se podría reconocer al instante o instantes del procedimiento registral un privilegio sobre su crédito. No hacerlo así parece incentivar que se otorgue la escritura sin que exista sanción en caso de informe positivo por parte del experto independiente.

En cuanto al subsiguiente concurso de acreedores el art. 272-54 del Anteproyecto establece como facultativo que el experto sea nombrado como administrador concursal, lo cual producirá evidentes beneficios al tratarse de una persona instruida en la situación de la sociedad. No hacerlo así, comportar el riesgo de que una persona distinta emita un juicio diferente y el concurso se vea abocado a su inmediata conclusión en atención a lo prevenido para los concursos sin patrimonio en el art. 176 bis de la Ley concursal.

¹³ Conforme con que no hubiera sido necesaria la declaración del concurso cuando el informe solo establezca la responsabilidad de los administradores o liquidadores QUIJANO, “La extinción de la sociedad...”, *op. cit.*, p. 29.

7. LOS EFECTOS DE LA EXTINCIÓN REGISTRAL

El éxito de procedimiento registral, bien por transcurso del plazo sin que nadie solicite el nombramiento del experto o bien porque su informe sea negativo, conduce a la cancelación registral de la sociedad, sin que haya sido necesario en ningún momento acudir al concurso de acreedores. La liquidación patrimonial efectuada por los liquidadores es bendecida por este procedimiento registral al cancelarse la inscripción registral de la sociedad.

Ahora bien, una de las previsiones del Anteproyecto de Código mercantil que calificaremos al menos de llamativa reside en que la cancelación registral de la sociedad va acompañada de la extinción de los créditos insatisfechos, pero no de las garantías personales que se hubieran otorgado ni de las garantías reales que se hubieran constituido por terceros¹⁴.

8. VALORACIÓN CRÍTICA DE LA REFORMA

La premura de tiempo y la constrictión en la extensión que entraña necesariamente un libro homenaje no autoriza a detenernos en algunas otras cuestiones de interés que suscita la nueva propuesta legislativa. Sin embargo, creemos que era conveniente apuntar, aun de modo sucinto, las principales críticas que nos han surgido de su lectura y, que a nuestro modesto entender, aconsejarían la retirada de esta sección de una futura reforma del Derecho societario articulada bien a través del preconizado Código mercantil, bien mediante su directa incorporación a la legislación societaria.

Las dudas hermenéuticas que generaría su hipotética promulgación entendemos que serían abundantes y sobre cuestiones cardinales, lo que dificulta la necesaria seguridad jurídica en el tráfico mercantil. Es cierto que algunas cuestiones podrían disiparse con un previsible desarrollo reglamentario y que otras se irían decantando progresivamente tras su entrada en vigor. Ahora bien, el tránsito se nos asemeja tormentoso sin que sea cierto el consenso final, lo que provocará cuanto menos una cierta inseguridad jurídica durante un lapso de tiempo.

No obstante, lo que nos parece más criticable es la misma esencia del procedimiento registral. Una regulación no puede obviar la realidad del país donde va a ser aplicada y, en el presente caso, la ausencia de controles efectivos y eficientes sobre la liquidación material del activo solo augura un abuso de la institución en perjuicio de los acreedores. Quizá la opinión de quien suscribe se encuentra condicionada por una negativa visión antropológica del deudor concursal, pero no conozco mucha gente discrepante.

¹⁴ Las dudas que nos plantea la solución son tantas y de tal intensidad que hemos optado por sacarlas de este trabajo para analizarlas más pormenorizadamente en otro artículo centrado en la problemática que suscita. No obstante, es de justicia señalar la interesante aportación en este punto efectuada en QUIJANO, “La extinción de la sociedad...”, *op. cit.*, p. 23 al entender que la extinción tiene un alcance más subjetivo que objetivo.

A nuestro modesto entender, parece mejor camino emprender una reforma del art.176 bis de la Ley concursal -en particular ampliando la información que ha de aportarse junto con la solicitud de concurso en el caso de que se pretenda la conclusión del concurso-, que iniciar una nueva aventura legislativa como la que se nos propone. Un ajuste de la legislación concursal en este punto reportaría seguramente mejores soluciones tanto desde la óptica de la técnica jurídica como de la justicia material.

Perdónesenos, pues, por apartarnos del imperante discurso que considera prevalente solventar la insolvencia al margen del concurso de acreedores, pues entendemos que el juez no es un problema dentro de la insolvencia. Al contrario, nos situamos con quienes estiman que su participación mejora los resultados que pudieran ofrecer otras soluciones extrajudiciales. En especial en un supuesto como el ahora analizado en el que debe primar el ser garantista de los derechos de los acreedores frente a la premura en la cancelación registral de una sociedad que en cualquier caso está avocada a su extinción.