

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

AJFV

FEBRERO 2017. N° 1

COMERCIO



Dirección y coordinación: Natalia Velilla Antolín

Maquetación : Secretaría AJFV

ÍNDICE

1.- Insuficiencia de la masa activa en concurso de acreedores. Oposición del Administrador Concursal. Abono del crédito masa por orden de vencimiento.

STS Sala Primera, de 18 de marzo de 2016

Recurso nº: 2636/2013

Sentencia nº: 187/2016

Zaira González Amado

Magistrada del Juzgado Mercantil nº 1 de Badajoz

2.- Problemas prácticos derivados de la extinción de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles tras el proceso concursal.

Bernado Silva Regueira

Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de A Coruña

**1.- INSUFICIENCIA DE LA MASA ACTIVA EN CONCURSO DE ACREEDORES.
OPOSICIÓN DEL ADMINISTRADOR CONCURSAL. ABONO DEL CRÉDITO MASA
POR ORDEN DE VENCIMIENTO**

STS SALA PRIMERA, DE 18 DE MARZO DE 2016

RECURSO N°: 2636/2013

SENTENCIA N°: 187/2013

ZAIRA GONZÁLEZ AMADO

Magistrada

Voces: Concurso de acreedores. Administrador Concursal. Insuficiencia de la masa activa. Orden de prelación. Orden de vencimiento.

En la sentencia estudiada se reitera la doctrina sentada en sentencias anteriores, como las de 306/2015, de 9 de junio, 310/2015, de 11 de junio, y 311/2015, de 11 de junio, y 305/2015, de 10 de junio, acerca de la interpretación del artículo 176.2 bis de la LC, en relación con el artículo 154 y 84 de la misma norma, en caso de insuficiencia de masa activa, cuando ésta se pone de manifiesto como oposición del Administrador Concursal a la demanda incidental solicitando el reconocimiento y abono de un crédito masa por orden de vencimiento. En dicho caso, se establece una excepción al orden de prelación en caso de insuficiencia de masa activa del artículo 176.2 bis de la LC, pues el TS considera que no es oponible dicho artículo, debiendo abonarse el crédito masa por orden de vencimiento, esto es, conforme al artículo 84.3 y 154, para evitar el abuso del Administrador Concursal de no formular la declaración de insuficiencia de activo hasta que un acreedor contra la masa le reclama judicialmente el pago.

COMENTARIO

Las sentencias citadas establecen una doctrina de orden de prelación cuando se efectúa la declaración de insuficiencia de masa activa y una excepción a la regla general, cuando dicha declaración se produce como oposición a una demanda incidental de reconocimiento y abono del crédito masa por orden de vencimiento.

La reforma introducida por la Ley 28/2011, de 10 de octubre, mantiene en el artículo 154 LC el carácter prededucible de los créditos contra la masa y que las deducciones para el pago de estos créditos se hagan con cargo a los bienes y derechos del concursado que no estuvieran afectos al pago de créditos con privilegio especial.

La reforma traslada al artículo 84.3 LC la previsión, antes contenida en el primer inciso del apartado 2 del artículo 154 LC, relativa a que los créditos contra la masa deben pagarse a sus respectivos vencimientos. No obstante, permite que la administración concursal pueda «alterar esta regla cuando lo considere conveniente para el interés del concurso y siempre que presuma que la masa activa resulta suficiente para la satisfacción de todos los créditos contra la masa». Y, a renglón seguido, el precepto añade que esta postergación no puede afectar a determinados créditos, entre los que se encuentran los de la Seguridad Social.

Esta regulación se complementa con la contenida en el art. 176bis.2 LC, para el caso en que aflore que la insuficiencia de la masa activa impide pagar todos los créditos contra la masa: *«Tan pronto como conste que la masa activa es insuficiente para el pago de los créditos contra la masa, la administración concursal lo comunicará al juez del concurso, que lo pondrá de manifiesto en la oficina judicial a las partes personadas.*

»Desde ese momento, la administración concursal deberá proceder a pagar los créditos contra la masa conforme al orden siguiente, y, en su caso, a prorrata dentro de cada número, salvo los créditos imprescindibles para concluir la liquidación:

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

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

»3.º *Los créditos por alimentos del artículo 145.2, en cuantía que no supere el salario mínimo interprofesional.*

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

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

Como ya hemos apuntado, esta normativa sustituye a la previsión contenida en el anterior artículo 154.3 LC, de que en caso de insuficiencia de masa activa, los créditos contra la masa debían pagarse por su orden de vencimiento.

Ahora, una vez comunicada por la administración concursal la insuficiencia de la masa activa para pagar todos los créditos contra la masa, su pago debe ajustarse al orden de prelación del apartado 2 del artículo 176 bis LC, al margen de cual sea su vencimiento.

De hecho, dentro de cada orden tampoco se tiene en cuenta la fecha de vencimiento, sino que expresamente está prescrito que se paguen a prorrata.

Por tanto, las reglas de pago contenidas en el art. 176bis.2 LC, en concreto el orden de prelación, se aplican necesariamente desde la comunicación de insuficiencia de la masa activa para el pago de los créditos contra la masa, y afecta, en principio, a todos créditos contra la masa pendientes de pago. No sólo se aplican a los créditos contra la masa posteriores a la comunicación sino a los ya vencidos y a los que pudieran vencer con posterioridad.

Esta regla de prelación de créditos no deja de ser la solución al fracaso del propio concurso de acreedores, en cuanto que genera más gastos prededucibles que el valor de masa activa y da lugar a un «concurso de acreedores de créditos contra la masa» dentro del propio concurso. Este «concurso del concurso» provoca

la necesidad de concluir cuanto antes para no generar más créditos contra la masa y ordenar el cobro de los ya vencidos. Por eso se aplica a todos los pendientes de pago.

Conforme a la propia dicción del art. 176bis.2 LC, la regla del pago a su vencimiento cesa y es sustituida por la del pago conforme al reseñado orden de prelación. El crédito vencido con anterioridad no tiene derecho a ser pagado al margen de dicho orden de prelación, sino que se ve igualmente afectado por este orden, con independencia de que el administrador concursal haya podido incurrir en responsabilidad por no haber cumplido o respetado, antes de la comunicación, el orden de los vencimientos en la satisfacción de los créditos contra la masa.

Lo argumentado hasta ahora no se ve alterado por el hecho de que antes de la comunicación de insuficiencia de la masa activa pudiera haber habido alguna reclamación extrajudicial de un acreedor frente a la administración concursal, reclamando el pago del crédito contra la masa.

Por el propio contenido de la regulación, basta que la administración concursal constatare la situación de insuficiencia de masa activa para que pueda formular la comunicación y con ella se aplique el orden de prelación de pagos previsto en aquel precepto.

Ahora bien, como excepción, establecida en sentencia 305/2015, de 10 de junio, y en la analizada, si la declaración de insuficiencia de activo ha sido realizada por la administración concursal como una reacción a la demanda de incidente concursal de reclamación del crédito contra la masa, en ese caso no puede oponer los efectos previstos en el art. 176 bis.2 LC para la prelación de créditos respecto de los créditos contra la masa reclamados en aquel incidente concursal. Esta excepción viene justificada por la necesidad de evitar el abuso que podría suponer, por parte de la administración concursal, no formular la declaración de insuficiencia de activo hasta que un acreedor contra la masa le reclama judicialmente el pago.

2.- PROBLEMAS PRÁCTICOS DERIVADOS DE LA EXTINCIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES TRAS EL PROCESO CONCURSAL

BERNARDO SILVA REGUEIRA

Abogado

Voces: Personalidad Jurídica. Extinción de la personalidad jurídica. Concurso de acreedores. Liquidación de la sociedad mercantil.

El catedrático de derecho administrativo y Magistrado del Tribunal Supremo, Francisco González Navarro, sostenía, siguiendo a Guasp (Derecho, Madrid 1975, págs. 130-136) que las personas jurídicas no son tales por definición, pues tal condición de personalidad jurídica se predica igualmente de los sujetos naturales o personas físicas, optando por definirlos como “personas ficticias” o, siguiendo la nomenclatura del primero, “personas técnicas”. Quizá haya llegado el momento de que el Legislador comience a establecer una diferencia que, nominativamente, resulte útil y clarificadora para los operadores jurídicos, habida cuenta de la tendencia al difuminado que últimamente presenta el concepto de “personalidad jurídica”, en su acepción clásica contrapuesta a la persona física.

La anterior reflexión se conjuga con ciertos pronunciamientos judiciales en los que se ha consagrado la prórroga de la vida efectiva de las personas jurídicas, en particular sociedades mercantiles en determinados supuestos, más allá del hecho formal de su extinción, circunstancia que, por evidentes razones biológicas, nunca podría predicarse de una persona física. El proceso de extinción de una sociedad mercantil puede tener connotaciones y efectos extremadamente contradictorios si dicha extinción acontece como consecuencia del dictado del auto de conclusión del concurso por liquidación o ausencia de masa (artículo 178.3 de la Ley Concursal). En tales casos, se plantea el problema de cómo gestionar la aparición sobrevenida de nuevos activos cuando se ha acordado la extinción de la

sociedad y se ha cancelado la hoja registral de aquella. La Ley de Sociedades de Capital, para supuestos no concursales, soluciona el envite de forma más o menos pragmática, al impulsar la adjudicación al socio o socios de la entidad de los activos sobrevenidos como cuota adicional a la ya recibida por liquidación, previa conversión de los bienes en dinero cuando fuere necesario, y extendiendo hasta el límite de dicha “cuota adicional” la responsabilidad solidaria de los socios para hacer frente al pasivo sobrevenido, en caso de que exista (artículos 398 y 399 de la Ley de Sociedades de Capital). Sin embargo, en el ámbito concursal esta situación no se contempla, no solo por el hecho de que la liquidación de la mercantil queda siempre en manos de un tercero, sino porque podría darse la paradoja de que la aparición de nuevos activos beneficiase al socio o socios que han sido responsables, en mayor o menor medida, de la situación de la compañía.

La solución en el ámbito concursal, como se ha indicado, pasa por los artículos 178 y siguientes de la Ley Concursal (particularmente, el 179, apartados 2 y 3, y el 180). Ahora bien ¿cómo revitalizar lo que no existe? Es decir ¿cabe jurídicamente revivir la personalidad de un ente cuando dicha personalidad se ha extinguido? En sentido positivo se ha pronunciado nuestra jurisprudencia menor, siguiendo de forma no literal, pero sí aproximada, lo establecido en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2013, que venía a puntualizar la posición fijada por la Sala primera un año antes, concretamente en su Sentencia de 25 de julio de 2012. Como ejemplo de la tesis indicada, señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11, en Sentencia de 16 de junio de 2016, citando a la de Barcelona, lo siguiente:

«La extinción de la personalidad jurídica que dispone el art. 178.3 LC 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 apartado 2, 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 y 20 de mayo de 1992, 15 de febrero de 1999 y 14 de febrero de 2001) que incluso después de la cancelación registral 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, doctrina que compartimos. Por ello, la sociedad concursada conserva la personalidad jurídica y la capacidad procesal que tenía cuando inició el procedimiento (art. 51 LC y en particular su apartado 3), y no cabe duda que también el necesario interés legitimador que justifica la continuación del mismo hasta sentencia firme y su eventual ejecución».

La Sentencia extractada (más allá de la discutible asimilación sintáctica entre personalidad jurídica y capacidad procesal) sienta la prórroga vital de la sociedad extinguida, aparentemente desaparecida del tráfico jurídico, para generar la posibilidad de que los nuevos activos puedan atribuirse a la compañía y esta pueda, a su vez, ser parte en procesos judiciales derivados de relaciones jurídicas nacidas con anterioridad a dicha extinción. Sin embargo, la bondad del Legislador y la encomiable voluntad hermenéutica de los Tribunales, encuentran obstáculos materiales en el propio concepto de la personalidad jurídica, y formales en el eventual desarrollo de esa suerte de “resurrección” legal.

En cuanto a los primeros, el concepto de “personalidad jurídica”, como decíamos al principio, tiende a difuminarse, redefiniéndose como “personalidad residual”, de forma que no existe como tal, porque la Ley así lo establece, pero no llega a desaparecer, porque precisamente la Ley impulsa su continuación. ¿Cómo podemos concebir entonces la existencia de lo que ha sido extinguido, si quiera de forma limitada? Pues probablemente dotando de contenido a la categoría de la “persona técnica”, y condicionando la extinción de la misma no al cierre registral,

sino a la acreditación de que, finalizado el proceso liquidador o constatada la inexistencia de masa, no existirán más activos o pasivos sobrevenidos. Para que esta opción no sea una aporía, se establecería un plazo de prescripción de acciones con *dies a quo* indubitado (presumiblemente el del auto de conclusión del concurso). Ello no resulta inviable, en la medida en que el administrador concursal conoce de primera mano tanto los litigios que penden sobre la concursada al momento de declararse el concurso, como los que puedan derivarse en el futuro, habida cuenta de la información suministrada por aquella. En caso de que la información no sea veraz, o se oculte total o parcialmente, lo suyo sería derivar la responsabilidad al administrador de la mercantil, de forma que en el futuro, y por razones de seguridad jurídica, se deje a la compañía “descansar en paz” mientras se reclaman las responsabilidades pertinentes a quien ha intentado beneficiarse de su “fallecimiento jurídico”. Durante el plazo de prescripción señalado, la sociedad conservaría su personalidad “técnica”, a estos solos efectos, pero con previsión legal. Finalizado el plazo, desaparecería definitivamente, sin perjuicio de las responsabilidades imputables a sus administradores.

Desde la óptica formal, la revitalización de una sociedad extinguida plantea no pocos inconvenientes. Las administraciones públicas, particularmente las tributarias, si bien ostentan la condición de acreedores en el concurso (con todos los privilegios que la norma les concede) tienden a mantener un comportamiento paralelo con la concursada, como si el concurso no existiese. Ello desemboca en un rigor formal que no admite excepciones, y que conlleva situaciones que son, por decirlo eufemísticamente, poco prácticas: piénsese en un concurso concluido, con declaración de extinción de la sociedad concursada, en el que aparece un nuevo crédito, resultado de una sentencia dictada en el marco de un proceso que ha permanecido suspendido por diversos avatares. El administrador concursal recibe la noticia en el mes de enero del año correspondiente y se ve conminado a cursar la reapertura del concurso, y pagar con el dinero obtenido los créditos que procedan. Hasta ahí todo normal: el problema es que el administrador concursal debe al mismo tiempo cursar nuevamente el alta de la empresa en los registros tributarios, formalizar las declaraciones mensuales y/o trimestrales que procedan, aguardar al final del ejercicio y presentar, en el siguiente, los resúmenes anuales y

demás declaraciones informativas, debiendo, a su vez, aguardar el correspondiente plazo de cuatro años durante los cuales la administración tributaria puede girar liquidaciones, comprobar o inspeccionar a la concursada rediviva en relación a estos movimientos. Es decir, se “resucita” a la concursada, ya extinguida, y para el cobro de una cantidad y el pago de un crédito se la mantiene artificialmente conectada a la vida (valga la metáfora) para dar satisfacción a un sistema que resulta absolutamente inoperativo. En estos casos, la práctica aconsejaría, como apuntábamos antes en el ámbito extraconcursal, imputar directamente la cantidad recibida a los socios, como exceso de cuota de liquidación, retenerla por el administrador concursal y, sobre la base de la responsabilidad solidaria que la propia norma marca a dichos socios, abonar con ella los créditos que procedan. Todo lo dicho no pasa de ser una pequeña muestra de lo que nuestra legislación actual conlleva en una interpretación literal de sus dictados, amén de un desiderátum para que pueda adaptarse a los tiempos; consciente de la dificultad que ello implica, por supuesto, pero también de la necesidad que el tráfico jurídico del siglo XXI nos está imponiendo.

BIBLIOGRAFÍA:

- González Navarro, Francisco:** «*Hacia la implementación de un sistema global de Acceso Electrónico a las Administraciones Públicas españolas*». Cuadernos de Derecho Administrativo. Página 109.