

Comentarios al nuevo Reglamento comunitario de insolvencia

Coexistencia de procedimientos y extinción concursal de sociedades (art. 48.2)

Fernando Marín de la Bárcena

Profesor titular de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. Introducción

Las normas de Derecho concursal suelen disponer la disolución del deudor persona jurídica como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación concursal (art. 145.3 de la Ley Concursal o LC) y su posterior extinción como consecuencia del archivo del procedimiento por liquidación o por insuficiencia de aquél para atender los créditos contra la masa con cancelación en los registros públicos que corresponda (arts. 176.1.2.º y 3.º; 178.3 LC). En ocasiones, tal extinción puede llegar a declararse incluso en el auto de apertura del procedimiento (concurso exprés) si el juez aprecia que de manera evidente el patrimonio del deudor no será suficiente para atender los previsibles créditos contra la masa (arts. 176 *bis* y 178.3 LC).

El Derecho de sociedades acompaña en esto a la legislación concursal y se somete a sus fines, ya que en definitiva se trata de pagar a los acreedores con carácter preferente a los socios para extinguir a continuación la persona jurídica. La apertura de la fase de liquidación concursal determina la disolución de pleno derecho (sin posibilidad de reactivación) de la sociedad (art. 361.2 y 370.1 de la Ley de Sociedades de Capital o LSC), cuyo patrimonio, integrado en la masa activa, se liquidará conforme a lo previsto en la normativa concursal y por la administración concursal, sin nombramiento de liquidadores (arts. 372 y 376 LSC).

La aplicación práctica de todas estas normas puede presentar dificultades en el ámbito del Derecho concursal internacional. En muchos casos el patrimonio del deudor estará sujeto a procedimientos de insolvencia tramitados en diferentes Estados y, por tanto, la disolución de pleno derecho con apertura de la liquidación en uno de ellos o la extinción concursal de la persona jurídica puede afectar negativamente al resto de los procedimientos en trámite.

El artículo 48.2 del Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo del 2015, trata de abordar este tipo de problemas y, como el resto de las normas del capítulo III, establece reglas de coordinación entre procedimientos:

En caso de que el procedimiento de insolvencia relativo a una persona jurídica o a una sociedad en el Estado miembro en el que se encuentre su domicilio social implicara la disolución de la persona jurídica o la sociedad, dicha persona jurídica o sociedad no dejará de existir hasta que hayan concluido todos los demás procedimientos de insolvencia relativos al mismo deudor o hasta que el o los administradores concursales en dichos procedimientos hayan dado su visto bueno a la disolución.

En las líneas que siguen plasmaremos unas breves consideraciones tanto con respecto a algunos de los problemas inherentes a la

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

extinción concursal de sociedades o personas jurídicas, en particular de las sociedades extranjeras, como a los presupuestos de aplicación, finalidad y contenido de este precepto reglamentario que no tiene precedente en la regulación todavía en vigor.

2. Competencia judicial y ley aplicable a la disolución y al concurso

El reglamento no aclara si el procedimiento abierto en el Estado de constitución (domicilio estatutario) de la sociedad o persona jurídica en el que se acuerde la disolución debe ser un procedimiento principal tramitado donde se encuentre el centro de intereses principales (COMI) y con vocación de universalidad (art. 3.1), o puede acordarse también la disolución o extinción en un procedimiento territorial limitado al establecimiento ubicado en el Estado donde se encuentre el domicilio social (art. 3.2).

En nuestra opinión, ha de tratarse del procedimiento principal. La disolución de las personas jurídicas como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación concursal se anuda conceptualmente con la imposibilidad de conseguir el objeto o de cumplir su finalidad si la sociedad o persona jurídica han perdido la totalidad de su patrimonio y su extinción concursal tras la liquidación (o la constatación de la insuficiencia patrimonial para atender a sus costes) es una consecuencia que parece inevitable. Esto no podrá afirmarse de un procedimiento territorial, el cual, aun tramitado en el Estado de constitución, carece de eficacia universal y se limita a liquidar los bienes y derechos que integran el establecimiento situado en el Estado donde se tramita el procedimiento (art. 3.2 *in fine*).

La aplicación de las reglas sobre extinción de la persona jurídica en caso de archivo del procedimiento por resultar el patrimonio insuficiente para atender a los créditos contra la masa o por liquidación concursal del patrimonio es incompatible con el carácter esencialmente limitado de este tipo de procedimientos. La resolución judicial que lo acordase determinaría la pérdida de la personalidad jurídica de la sociedad, que habría de ser recalificada en el Estado de ubicación del COMI con las consecuencias que esto tiene para socios y terceros. Es razonable por ello defender en estos casos la reducción

teleológica del ámbito de aplicación de las normas concursales o societarias que así lo establezcan (arts. 154.3 y 178.3 LC y arts. 361, 370.1 y 372 LSC).

En nuestra opinión, el precepto analizado presupone que la disolución o extinción concursal de la sociedad o de la persona jurídica se acordará en el procedimiento principal de insolvencia que además se tramitará en el lugar en el que se encuentre el domicilio social porque será lo que ordinariamente suceda. La ley aplicable al procedimiento de insolvencia (*lex concursus*) y la aplicable a la sociedad (*lex societatis*) coincidirán en este caso, de modo que no se plantearían problemas de coordinación entre ambas regulaciones.

Es posible, sin embargo, que tal coincidencia no llegue a darse y se produzca una disociación entre ambas regulaciones consecuencia de la aplicación de los diferentes criterios de determinación de la competencia judicial internacional y de la ley aplicable que rigen en el ámbito societario y en el concursal.

El criterio relevante en Derecho concursal es el del COMI, mientras que la ley que rige todo lo relativo a la capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción de la persona jurídica es normalmente la del Estado de constitución donde debe ubicarse *ab initio* el domicilio social (arts. 9.11 y 28 del Código Civil y art. 8 LSC). Del mismo modo, la competencia judicial internacional para resolver sobre la disolución no concursal de una persona jurídica corresponde a los tribunales del domicilio social (*cf.* art. 24.2 del Reglamento núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre del 2012, Bruselas I *bis*).

La cuestión que se plantea en este tipo de supuestos (*v. gr.*, concurso de acreedores de una sociedad constituida en el Reino Unido con centro principal de intereses en España) es si el juez que tramita el procedimiento de insolvencia principal de una sociedad extranjera puede ordenar su disolución o extinción en caso de liquidación o insuficiencia de masa (arts. 154.3 y 178.3 LC) y si es necesario que tal consecuencia esté prevista en la *lex societatis*.

En nuestra opinión, se trata de una cuestión que hay que resolver en consideración a los fines que persiguen las normas sobre extinción concursal de sociedades o personas jurídicas. Se dirá que se trata de una cuestión que excede del ámbito propio de la liquidación concursal porque incide en las relaciones jurídico-societarias internas y que, por tanto, habrá que estar a lo que disponga la norma societaria, pero lo cierto es que la ley aplicable al procedimiento de insolvencia comprende los efectos de la conclusión del concurso y éste es uno de los que afecta al deudor persona jurídica (arts. 7j del Reglamento de Insolvencia y 178.3 LC).

Si el juez del procedimiento principal, que se tramita conforme al principio de universalidad, ha constatado la insuficiencia del patrimonio social para atender a sus obligaciones (los créditos de los acreedores concursales o los créditos existentes o previsibles contra la masa) es que no existe un interés digno de protección de los socios a la cuota de liquidación y la información la pueden obtener en el proceso. Además, la extinción concursal de sociedades sin patrimonio o con patrimonio negativo tiene por finalidad proteger los intereses del tráfico jurídico del Estado en el que se desarrolla la actividad con eficacia *ad extra* porque lo que se pretende es que, mediante la publicidad correspondiente, esa sociedad o persona jurídica no continúe actuando en el tráfico ni adquiera nuevas obligaciones, aparte de evitar la tramitación de procedimientos judiciales ineficientes.

Desde luego, el problema de la discordancia entre la ley concursal aplicable y la societaria no debería llegar a plantearse en el caso de sociedades aparentemente extranjeras (*pseudo-foreign corporations*), esto es, sociedades que desarrollan íntegramente su actividad o tienen su administración efectiva con eficacia *ad extra* en un Estado y no mantienen ningún vínculo real ni efectivo con el lugar de constitución y el domicilio estatutario. La aplicación de las normas antifraude permitirá al juez que tramita el procedimiento de insolvencia recalificar la sociedad de capital aparentemente extranjera como sociedad civil o colectiva irregular y determinará la disolución de pleno derecho de la sociedad por apertura de la fase de liquidación concursal hasta su total extinción (arts. 221.3.^a del Código de Comercio y 1700.2 del Código Civil).

En el ámbito de los Estados miembros, lo anterior tiene sus limitaciones si la libre elección de ordenamientos se considera una manifestación de la libertad de establecimiento que implica el reconocimiento recíproco de las sociedades constituidas en cualquier Estado miembro con independencia de que se constituyan para desarrollar la actividad únicamente en otro Estado, aunque la jurisprudencia comunitaria ha evolucionado de modo considerable en esta materia (*cf.* STJUE de 12 de julio del 2012 —caso Vale Costruzioni— en conexión con la STJUE de 12 de septiembre del 2006 —caso Cadbury Schweppes—).

3. El visto bueno a la disolución o extinción

La aplicación en la práctica del artículo 48.2 del Reglamento de Insolvencia a los casos expresamente previstos o a otros similares que puedan llegar a plantearse no ha de generar excesivas dificultades. La norma niega la extinción de la persona jurídica (inaplicación del art. 178.3 LC) en tanto no acontezca el archivo de todos los demás procedimientos de insolvencia abiertos contra el patrimonio del deudor e incluso condiciona la eficacia de las normas legales sobre disolución *ipso iure* por apertura de la fase de liquidación a que los administradores concursales de todos los procedimientos den su visto bueno a dicha disolución (ineficacia del art. 145.3 LC). De su tenor literal parece deducirse que, en el caso de que se concediera tal consentimiento a la disolución, no habría inconveniente en que se acordara la extinción de la sociedad, aunque existieran otros procedimientos en tramitación.

Se trata de un precepto necesario y que debe ser bien recibido. El Derecho concursal internacional se ocupa de supuestos en los que puede ocurrir que la continuidad de la actividad sea posible en el establecimiento donde se tramite un procedimiento territorial o que la continuación de la sociedad en activo sea lo más conveniente para los intereses del procedimiento durante su fase común, contra lo que ocurre en el procedimiento en el que se haya acordado la disolución o extinción del deudor (*v. gr.*, se logra un convenio de continuación incompatible con la finalidad de la liquidación societaria). Es lógico por ello que la eficacia de las resoluciones que así lo acuerden se condicione al

consentimiento de los órganos encargados de la tramitación de todos los procedimientos de insolvencia relativos a un mismo deudor.

La posibilidad de que tal consentimiento llegue a otorgarse en la práctica, a menos que se limite a la disolución sin extinción de la persona jurídica deudora, es baja por la inseguridad jurídica que genera. En casi ningún ordenamiento están bien tratados los efectos de la extinción concursal de sociedades y no existe una doctrina administrativa ni jurisprudencial uniforme que permita dar seguridad jurídica sobre este punto.

Conforme a lo razonado por autorizada doctrina, la extinción concursal de sociedades carece de eficacia constitutiva, pues la sociedad

conserva personalidad jurídica por el mero hecho de su existencia *ad extra* (uso unificado de la razón social), aunque haya devenido irregular por su baja en el Registro por orden del juez del concurso. Es una cuestión discutible, pero lo que sí es seguro es que la resolución de archivo con extinción (normalmente en el procedimiento principal tramitado en el Estado de constitución, pero no sólo) generará problemas de reconocimiento en los procedimientos de insolvencia pendientes de tramitación en otros Estados porque tal reconocimiento ya no podrá ser del *tipo societario* anterior a la extinción. Estos problemas de calificación resultarán determinantes a la hora de decidir si se concede o no el consentimiento a la extinción comunicada de la persona jurídica deudora.