

## Cuestiones sobre la reforma concursal (I): Cronología de la insolvencia

Alfonso Muñoz Paredes

Magistrado. Director de LA LEY Insolvencia

Diario La Ley, Nº 10126, Sección Cuestiones de práctica concursal, 8 de Septiembre de 2022, **Wolters Kluwer**

### ÍNDICE

[Cuestiones sobre la reforma concursal \(I\) Cronología de la insolvencia](#)

[1. Prólogo a la serie de tribunas sobre la reforma concursal, en formato pregunta-respuesta](#)

[2. ¿Qué clases de insolvencia existen y cómo se relacionan?](#)

[3. ¿Cómo se relaciona cada clase de insolvencia con la causa de disolución por pérdidas?](#)

[3.1. La relación entre suspensión de pagos y quiebra y la disolución societaria](#)

[3.2. Las relaciones entre el concurso y la disolución societaria con la Ley Concursal de 2003](#)

[3.3. La introducción del «preconcurso» con el Real Decreto-ley 3/2009.](#)

[3.4. La aparición de formas anormales \(en cuanto anticipadas\) de terminación del concurso con la Ley 38/2011: la aparición de un nuevo problema societario](#)

[2.5. Y llegamos, al fin, a la Ley 16/2022, de 5 de septiembre](#)

### Normativa comentada

*Directiva 2019/1023 UE de 20 Jun. (marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración de deudas)*

*L 16/2022 de 5 Sep. (reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el RD Leg. 1/2020 de 5 May., transposición de la Directiva 2019/1023 de 20 de Jun. sobre reestructuración e insolvencia)*

*L 38/2011 de 10 Oct. (reforma de la Ley Concursal)*

*L 22/2003 de 9 Jul. (concursal)*

*L 16/1989 de 17 Jul. (defensa de la competencia)*

*L 17 Jul. 1953 (S.L.)*

*L 17 Jul. 1951 (S.A.)*

*L 26 Jul. 1922 (suspensión de pagos)*

*L 10 Jun. 1897 (modifica CC)*

*RD Leg. 1/2020 de 5 May. (texto refundido de la Ley Concursal)*

TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL

LIBRO PRIMERO. Del concurso de acreedores

TÍTULO XI. De la conclusión y de la reapertura del concurso de acreedores

CAPÍTULO I. De la conclusión del concurso

SECCIÓN 2.<sup>a</sup>. Del régimen de conclusión del concurso

SUBSECCIÓN 3.<sup>a</sup>. De la conclusión del concurso por finalización de la liquidación

Artículo 468.

*Presentación del informe final de liquidación.*

SUBSECCIÓN 4.<sup>a</sup>. De la conclusión por insuficiencia de la masa activa simultánea a la declaración del concurso

Artículo 470.

*Presupuestos.*  
 SUBSECCIÓN 5.ª. De la  
 conclusión por  
 insuficiencia de la masa  
 activa posterior al auto de  
 declaración del concurso

Artículo 473.

*Presupuestos  
 de la  
 conclusión del  
 concurso.*

LIBRO SEGUNDO. Del derecho preconcursal  
 TÍTULO I. De la comunicación de la apertura de  
 negociaciones con los acreedores  
 CAPÍTULO I. De la comunicación de apertura de  
 negociaciones con los acreedores  
 Artículo 583. *Comunicación de la  
 apertura de negociaciones.*

*RDLeg. 1/2010 de 2 Jul. (texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital)*

TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL

TÍTULO X. Disolución y liquidación  
 CAPÍTULO I. La disolución  
 SECCIÓN 2.ª. Disolución por constatación de la  
 existencia de causa legal o estatutaria  
 Artículo 365. *Deber de convocatoria.*  
 Artículo 367. *Responsabilidad  
 solidaria de los administradores.*

*RDLeg. 1564/1989 de 22 Dic. (TR Ley de Sociedades Anónimas)*

LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS  
 CAPÍTULO IX. DE LA DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN  
 SECCIÓN PRIMERA. Disolución de la sociedad anónima  
 Artículo 260 *Causas de disolución.*  
 Artículo 262 *Acuerdo social de disolución.*

*RDL 3/2009 de 27 Mar. (medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la  
 evolución de la situación económica)*

*RD 24 Jul. 1889 (Código Civil)*

LIBRO CUARTO. DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS  
 TÍTULO XVII. De la concurrencia y prelación de créditos  
 CAPÍTULO II. DE LA CLASIFICACIÓN DE CRÉDITOS  
 Artículo 1921

*RD 22 Ago. 1885 (Código de Comercio)*

CÓDIGO DE COMERCIO  
 LIBRO II. DE LOS CONTRATOS ESPECIALES DEL COMERCIO  
 TÍTULO PRIMERO. De las compañías mercantiles  
 SECCIÓN DECIMOTERCERA. Del término y  
 liquidación de las compañías mercantiles  
 Artículo 228

#### Jurisprudencia comentada

*TS, Sala Primera, de lo Civil, S 585/2013, 14 Oct. 2013 (Rec. 1192/2011)*

*TS, Sala Primera, de lo Civil, S 14/2010, 12 Feb. 2010 (Rec. 279/2006)*

*TS, Sala Primera, de lo Civil, S 205/2008, 1 Dic. 2008 (Rec. 80/2001)*

#### Comentarios

##### Resumen

El magistrado Alfonso Muñoz Paredes, director de la revista LA LEY Insolvencia, inicia una nueva serie de entregas dentro de su Tribuna de Diario LA LEY sobre «Cuestiones de práctica concursal». Aprovechando la reforma del TRLConc operada por Ley 16/2022,

de 5 de septiembre, Muñoz Paredes irá desgranando todas las novedades, en formato de preguntas y respuestas, con su inconfundible rigor, tanto en las primeras como, por supuesto, en las segundas. Como él mismo afirma «En los meses que siguen la actualidad concursal va a discurrir pegada a la reforma. Y esta tribuna, tributaria de la realidad, va a seguir igual camino». No se pierdan esta primera, en la que el autor aborda en profundidad dos interesantísimas cuestiones: ¿Qué clases de insolvencia existen y cómo se relacionan? ¿Cómo se relaciona cada clase de insolvencia con la causa de disolución por pérdidas?

## 1. Prólogo a la serie de tribunas sobre la reforma concursal, en formato pregunta-respuesta

En Homero, el término *moira* ha sido traducido de muy diversas formas. Parte, reparto, destino, muerte...Todas ellas me llevan a pensar en el concurso. Obsesiones que uno va adquiriendo.

Pero la acepción más conocida de *moira* alude a Cloto, Láquesis y Átropo, las tres deidades de la mitología griega que simbolizan el transcurso del tiempo humano. A menudo representadas como ancianas hilanderas, Cloto hilaba las hebras de la vida con su rueca, Láquesis medía la longitud del hilo y Átropo lo cortaba, dando muerte.

Representaban, a la vez, inicio y fin, vida y muerte, pero la iconografía, siempre más inclinada a lo trágico, hacía de la parte el todo, identificándolas —a las tres— con el fin de la vida.

Ese mismo estigma arrastra la insolvencia, en cualquiera de sus representaciones hasta ahora conocidas. Si la insolvencia *inminente* representaba la longitud temporal del hilo de vida, la *actual* lo cortaba con el filo del concurso.

Decidida a acabar con esa visión trágica de la insolvencia, y rescatando la idea de que en su fase inicial, también puede representar la esperanza de vida, la Directiva y, con ella, la reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal (LA LEY 6274/2020), pretenden dar mayor protagonismo a la insolvencia naciente, bautizada como probable. Cuando la insolvencia es solo probable, hay que dar más hilo al deudor y no cortarlo. Y el concurso, esto no es mito, corta más que hila, mata más que salva, muy a su pesar.

En los meses que siguen la actualidad concursal va a discurrir pegada a la reforma. Y esta tribuna, tributaria de la realidad, va a seguir igual camino. Así que, sin abandonar su tradicional estilo, que es el mío, la iremos dedicando, en forma de pregunta-respuesta, a analizar todo el Texto.

No es mi estilo esquivar preguntas. Ni rehuir respuestas. Si el yerro ha de llegar, prefiero que me alcance ahora que al juzgar. Y si de mis yerros resulta el acierto ajeno o mis aciertos evitan que otros yerren, habré cumplido con mi cuota-parte de responsabilidad para con la reforma.

Anuncio las preguntas que hoy nos van a ocupar:

1. ¿Qué clases de insolvencia existen y cómo se relacionan?
2. ¿Cómo se relaciona cada clase de insolvencia con la causa de disolución por pérdidas?

## 2. ¿Qué clases de insolvencia existen y cómo se relacionan?

La insolvencia está lejos de ser un fenómeno único. Sin tratar de emular lo que DE LA PLAZA calificó como «mente ordenadora» de CASTÁN, podemos atrevernos a definir varios criterios de clasificación:

- (a) *Por el tiempo que media entre el diagnóstico y la patología* podemos distinguir entre insolvencia actual, insolvencia inminente e insolvencia en régimen de mera probabilidad, categoría, esta última, desconocida legislativamente en nuestro país hasta la Directiva (UE) 2019/1023, de 20 de junio de 2019 (LA LEY 11089/2019) y su labor de transposición a medio de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre (LA LEY 19331/2022).
- (b) *Por el modo de manifestarse* también es posible distinguir entre una insolvencia simple y otra cualificada, que se hace visible al tráfico por medio de los hechos reveladores del art. 2.4. La insolvencia cualificada es, al tiempo, presupuesto habilitante del concurso necesario y expresión del conocimiento

presunto de la insolvencia por el deudor (art. 5.2).

La **insolvencia actual** se definía en el TRLConc (LA LEY 6274/2020) (art. 2) como el estado en el que se halla el deudor imposibilitado de cumplir regularmente las obligaciones exigibles, entendido el adverbio «regularmente» como indicativo tanto del *elemento temporal* —cumplir a su debido vencimiento— como del *modal* —cumplir con la venta de bienes, productos o servicios que ordinariamente están destinados a ser vendidos—. La **insolvencia inminente** se ha definido tradicionalmente como la previsión de la imposibilidad de cumplir regular y puntualmente las obligaciones exigibles, pero sin fijación de límite temporal a esa previsibilidad.

Probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente e insolvencia actual —nos dice el preámbulo de la Ley de Reforma del TRLConc (LA LEY 6274/2020)— son tres estadios que se ordenan secuencialmente: la probabilidad de insolvencia es un estadio previo a la insolvencia inminente y esta un estadio previo a la insolvencia actual.

Con una nueva especie en el hábitat concursal, todas depredando al mismo deudor, era preciso un reparto, que solo podía atender a un criterio temporal. La **probabilidad de insolvencia** se define en el art. 584.2 en los siguientes términos:

*«Se considera que existe probabilidad de insolvencia cuando sea objetivamente previsible que, de no alcanzarse un plan de reestructuración, el deudor no podrá cumplir regularmente sus obligaciones que venzan en los próximos dos años».*

Y para completar el reparto, se modifica el apartado 3 del artículo 2, que queda redactado como sigue:

*«3. La insolvencia podrá ser actual o inminente. Se encuentra en estado de insolvencia actual el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que dentro de los tres meses siguientes no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones.»*

Con ser estadios secuenciales, no son *necesariamente* secuenciales. Un mismo deudor puede atravesar de forma ordenada cada estadio, puede saltarse uno o más y no hay que excluir que se sitúe de forma primaria en insolvencia actual si la crisis solutoria es de súbita aparición.

La sucesión, de existir, tampoco ha de ser siempre ascendente. Si lo común será que la insolvencia suba de grado, también puede bajar, pues la insolvencia actual, si se adoptan medidas, es susceptible de removerse totalmente, como también de pasar a inminente o previsible.

### **Cada clase tiene su propio tratamiento:**

- El deudor en insolvencia probable puede reestructurar, acceder al procedimiento de microempresas (si el deudor lo es) o «preconcurrar», pero el concurso le está vedado.
- El insolvente inminente o actual, puede «preconcurrar», concursar o «microconcurrar», según el caso, o reestructurar.

No obstante, debemos tener en cuenta que como la insolvencia, al menos en un primer término, lo es en régimen de autodiagnóstico (es el propio sujeto que la padece o la teme quien la califica), la elección del remedio sanatorio quedará en buena medida en sus manos.

## **3. ¿Cómo se relaciona cada clase de insolvencia con la causa de disolución por pérdidas?**

Esta pregunta, ya lo advierto, no se puede contestar de forma breve, al menos si quiero alcanzar cierto grado de profundidad. Los cambios a lo largo del tiempo nos obligan a acometer un análisis diacrónico, imprescindible para una completa comprensión.

### **3.1. La relación entre suspensión de pagos y quiebra y la disolución societaria**

La relación entre el derecho societario de la crisis y el derecho concursal ha sido históricamente problemática.

Lo era en el Código de Comercio de 1885 (LA LEY 1/1885), a partir de la reforma operada por la Ley de 10 de junio de 1897 (LA LEY 2/1897), cuando hizo a aquel decir que para constituirse en estado de suspensión de pagos (que no en quiebra) «*será indispensable el acuerdo de los socios, adoptado en junta general, precisamente convocada al efecto, dentro del término señalado en el artículo 871. Para la reunión de la junta se fijarán los plazos más breves que consientan los estatutos o escritura social*».

Paralelamente, el Código de 1885 (LA LEY 1/1885) contemplaba como causas de disolución (art. 221) la pérdida entera del capital social (núm. 2ª) y la quiebra de la compañía (3ª). Pero ni en un caso ni en otro se imponía al administrador deber alguno de convocar junta. El art. 228 se limitaba a disponer que «*[d]esde el momento en que la sociedad se declare en liquidación (sin precisar cómo ni en qué plazo), cesará la representación de los socios Administradores para hacer nuevos contratos y obligaciones, quedando limitadas sus facultades, en calidad de liquidadores, a percibir los créditos de la Compañía, a extinguir las obligaciones contraídas de antemano, según vayan venciendo y a realizar las operaciones pendientes*».

La Ley de Suspensión de Pagos de 1922 (LA LEY 1/1922) no alteró el sistema codificado. Su art. 2.5 se limitaba a exigir que «*[c]uando la entidad que formule la solicitud de suspensión de pagos fuese una Sociedad anónima, acompañará a su petición **certificación del acuerdo del Consejo de Administración** autorizando la presentación de dicha solicitud **la justificación de haber convocado Junta de accionistas para someter a su ratificación el mencionado acuerdo***». Este apartado 5º proseguía diciendo: «*Si dentro de los plazos señalados en los Estatutos de la Compañía de que se trate no se celebre la Junta general, o ésta no ratificare la decisión del Consejo, se dará por terminado el expediente de suspensión de pagos, quedando los acreedores en plena libertad para el ejercicio de sus acciones*».

El art. 150.3 de la LSA de 1951 (LA LEY 10/1951) matizó la causa de disolución por pérdidas, que ya no debía afectar al capital entero, bastando con que las mismas dejaran reducido al patrimonio a una cantidad inferior a la tercera parte del capital social, «*a no ser que éste se reintegre o se reduzca*». Como cierre del catálogo de causas de disolución, sin derecho a número propio, aparecía la quiebra, de la que se precisaba que «*determinará su disolución cuando se acuerde expresamente como consecuencia de la resolución judicial que la declare*». La LSRL de 1953 (LA LEY 14/1953) se pronunciaba en términos similares, tanto para la disolución por causa de pérdidas cuanto por quiebra (art. 30).

En el caso de pérdidas, la disolución requería acuerdo de la junta adoptado con las mayorías ordinarias. Nada se decía del deber de los administradores de proceder a convocarla, lo que se trataba de compensar empoderando a cualquier accionista para que les requiriera a tal fin «*si a su juicio existen causas legítimas para la disolución*» (art. 152). Nuestra ley fue bastante más tímida que el Código italiano de 1942, que obligaba a los administradores a convocar la junta sin demora («*senza indugio*», art. 2447). En caso de quiebra, el deber de convocar junta tampoco se sujetaba a plazo.

Con la reforma de 1989 (en julio, la Ley 16/1989 (LA LEY 1856/1989) y, en diciembre, el TRLSA (LA LEY 3308/1989)) la responsabilidad de administradores se refuerza con la fijación —al fin— de un plazo al deber de convocar (dos meses, *cf.* art. 262.2) y la previsión de una responsabilidad-sanción para el caso de incumplimiento (art. 262.5).

Sin embargo, la ley guardaba silencio sobre una cuestión de capital importancia: ¿La solicitud por el deudor de quiebra o suspensión de pagos realizada precisamente dentro del plazo de 2 meses podía enervar la responsabilidad del art. 262.5 TRLSA (LA LEY 3308/1989) (hoy art. 367 TRLSC 2010 (LA LEY 14030/2010)) por juzgarse un cumplimiento *alternativo* o *por equivalente* del deber de convocar junta para liquidar la sociedad?

Con respecto a la suspensión de pagos, en cuanto mecanismo tendente, no a la disolución de la sociedad, sino a la obtención por el suspenso de un convenio con sus acreedores, el TS se mostraba reacio a la equiparación toda vez que «*no hay argumento alguno, ni legal, ni jurisprudencial, ni doctrinal que avale su cualidad de actuación sustitutiva o equivalente de la disolución: la suspensión de pagos no es análoga a la disolución, en modo alguno se orienta a la extinción de la sociedad (lo que, tal vez, podría predicarse de la quiebra), sino a lo contrario y en modo alguno tampoco modifica la estructura patrimonial de la sociedad, pues afecta meramente a su liquidez o capacidad de efectuar pagos debidos, sin efecto alguno sobre su balance*» (sentencia de 16 de Diciembre de 2004).

En esta misma línea la STS de 1 de diciembre de 2008 (LA LEY 189353/2008) vino a afirmar que «*[s]egún la jurisprudencia de esta Sala la suspensión de pagos no sustituye, a efectos del cumplimiento de la obligación de promover la disolución por parte de los administradores en caso de disminución del patrimonio social, a la disolución ni al concurso, y tampoco suplía esta omisión, en el régimen de la LSA anterior a su modificación por la Ley Concursal*».

Y con respecto a la quiebra voluntaria, aunque se admitiese que su solicitud podía sustituir la obligación de promover la disolución social al quedar cubierta la finalidad de la norma por la garantía que para el derecho de los acreedores

representaba el control judicial y la rigidez del procedimiento, tal cobertura sólo podía venir proporcionada por aquella declaración que se instara dentro del tiempo que al administrador concede la norma para promover la disolución, pues si cuando la quiebra se interesaba los administradores habían incumplido ya el deber de convocar la Junta General o de solicitar la disolución judicial, la sanción que el art. 262.5 LSA imponía cobraba pleno sentido, al haber sido aquéllos quienes con su conducta omisiva propiciaron la quiebra, no activando cuando la sociedad era todavía solvente los mecanismos protectores que la ley arbitra (SAP de Barcelona de 11 de Noviembre de 1997 y SJM nº 1 de Oviedo de 2 de Julio de 2007).

### 3.2. Las relaciones entre el concurso y la disolución societaria con la Ley Concursal de 2003

La Ley Concursal 22/2003, de 9 de Julio (LA LEY 1181/2003) supuso una importante alteración en el régimen de responsabilidad del administrador, tanto en el orden propiamente concursal como en el societario.

**Concursalmente**, se introdujo la **dualidad entre insolvencia inminente y actual**, ambas definidas en el art. 5, la primera como habilitante del mero *derecho* a concursar; la segunda como presupuesto objetivo del *deber* de concursar y de hacerlo, además, en plazo, que para mayor facilidad se hizo coincidir con el societario (dos meses).

**Societariamente**, la Ley 22/2003 (LA LEY 1181/2003):

- i. Modificó la redacción de la causa de disolución por pérdidas cualificadas de la sociedad [art. 260.4º TRLSA (LA LEY 3308/1989) y 104 e) LSRL], de modo que la sociedad anónima se disolvería *«por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso conforme a lo dispuesto en la Ley Concursal»*. Para las sociedades limitadas la redacción era prácticamente coincidente.
- ii. Dio una nueva redacción al deber de los administradores de convocar Junta general, que no era coincidente para el caso de sociedades anónimas y limitadas. En el caso de las primeras el art. 262.2 pasó a decir que *«[l]os administradores deberán convocar Junta General en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución. Asimismo podrán solicitar la declaración de concurso por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, siempre que la referida reducción determine la insolvencia de la sociedad, en los términos a que se refiere el artículo 2 de la Ley Concursal. Cualquier accionista podrá requerir a los administradores para que se convoque la Junta si, a su juicio, existe causa legítima para la disolución, o para el concurso»*. Y para las limitadas el art. 105.1 dispuso: *«1. En los casos previstos en los párrafos c) a g) del apartado 1 del artículo anterior, la disolución, o la solicitud de concurso, requerirá acuerdo de la Junta General adoptado por la mayoría a que se refiere el apartado 1 del artículo 53. Los administradores deberán convocar la Junta General en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución o inste el concurso. Cualquier socio podrá solicitar de los administradores la convocatoria si, a su juicio, concurriera alguna de dichas causas de disolución, o concurriera la insolvencia de la sociedad, en los términos a que se refiere el artículo 2 de la Ley Concursal»*.
- iii. Por último, modificó el tenor de los arts. 262.5 LSA (*«5. Responderán solidariamente de las obligaciones sociales los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la Junta General para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución o al concurso»*) y 105.5 LSRL (*«5. El incumplimiento de la obligación de convocar Junta General o de solicitar la disolución judicial o, si procediera, el concurso de acreedores de la sociedad determinará la responsabilidad solidaria de los administradores por todas las deudas sociales»*).

Añadidamente, la solicitud de concurso, ya fuera la insolvencia inminente o actual, se residenciaba en el órgano de administración, sin necesidad de presentar certificación alguna del acuerdo de la junta (*cfr.* la documentación exigida el concurso, en sus diferentes versiones temporales). Se distinguía así entre la competencia del órgano de administración *ad extra* (ante el juez del concurso) y *ad intra* (ante la junta).

La declaración de concurso, a diferencia de la quiebra, no comportaba la disolución de la sociedad, que quedaba

diferida a la apertura de la liquidación (art. 145 LC), reservándose el mandato extintivo al auto de conclusión (art. 176).

A partir de la Ley Concursal quedó meridianamente claro que disolución societaria y concurso eran soluciones distintas para fenómenos dispares y que la defectuosa elección podía acarrear la responsabilidad del administrador.

Con la redacción primitiva de la Ley Concursal podíamos distinguir tres escenarios principales o puros en la relación entre pérdidas cualificadas (como causa de disolución) y la insolvencia (actual):

*Primero.*- Que existieran pérdidas cualificadas, pero no un estado de insolvencia: procedía acudir a la liquidación societaria.

*Segundo.*- Que existiera insolvencia actual pero no pérdidas cualificadas, en cuyo caso se imponía la solución concursal.

*Tercero.*- Que existieran pérdidas cualificadas y, de forma concomitante, insolvencia actual: el deber de concursar se imponía al deber de disolver.

Pero estos tres escenarios dejaban preguntas sin responder:

**¿Qué sucedía si la causa de disolución confluía con la insolvencia inminente y no con la actual?**

**¿Qué sucedía si, abierta la liquidación societaria, el liquidador no tenía bienes bastantes para pagar a todos los acreedores, como le exige el art. 395 LSC?]**

Vamos con ellas.

**A la primera:** si en el plazo de 2 meses para convocar junta del art. 365 LSC existieran pérdidas cualificadas y un estado de insolvencia inminente, no actual, entran en conflicto el deber de convocar junta para disolver y el derecho a instar el concurso de acreedores, conflicto que ha de resolverse declarando la primacía del deber de convocar junta para disolver y liquidar societariamente sobre el derecho a instar el concurso.

**A la segunda:** si abierta la liquidación societaria el liquidador constata que lo que se juzgó como insolvencia inminente lo era actual (error en el diagnóstico del órgano de administración) o, simplemente, que lo que era inminente antes de la liquidación se ha convertido durante su curso en actual (agravación en la patología), impidiendo pagar (todos) los créditos, debe instar el concurso en el plazo de 2 meses, para lo cual, como sabemos, le legitima desde siempre el art. 3.

### **3.3. La introducción del «preconcurso» con el Real Decreto-ley 3/2009.**

Con la Ley 22/2003 (LA LEY 1181/2003) el órgano de administración tenía el concurso como única opción frente a la insolvencia, ya fuera actual, ya inminente.

Con el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo (LA LEY 5323/2009), se introduce el llamado «**preconcurso**» en el casi olvidado art. 5.3, limitado a la insolvencia actual y como simple mecanismo preparatorio de un ulterior concurso con propuesta anticipada de convenio (PAC), cuyas adhesiones podían ir captándose a la avanzada. Al lado de ese mecanismo se introdujo la DA 4ª, como habitáculo normativo de los acuerdos de refinanciación de pasivo financiero.

El plazo de gracia concursal y societario dejó de coincidir. De los 2 meses se pasó, en el mejor de los casos, a 6 (2+3+1). Pese a ello, nada se dijo sobre qué efecto, si alguno, tenía el promover un preconcurso dentro del plazo de 2 meses para convocar la junta disolutoria. Tampoco qué efecto, si alguno, tenía el éxito o el fracaso de un acuerdo de refinanciación (de la DA 4ª o ajeno a ella) sobre el deber de disolver, cuando es evidente que la refinanciación podía no ser aceptada por los acreedores, aceptarse pero no ser suficiente para remover la causa o alcanzarse una vez agotado el plazo de 2 meses del art. 262.2 TRLSA (LA LEY 3308/1989) (antecesor del art. 365 LSC). Ante el desamparo legal, el administrador bien asesorado podía buscar compasión en la jurisprudencia exart. 262.5 TRLSA (LA LEY 3308/1989) (hoy, art. 367 LSC). Así:

- a.** Si la sociedad trataba sin éxito de refinanciarse o la refinanciación se alcanzaba, pero era insuficiente para remover la causa de disolución (al margen de que lo fuera o no para remover la insolvencia), podía acudirse a la doctrina de la «acción significativa» como atenuante o excluyente de responsabilidad (STS de 12 de febrero de 2010 (LA LEY 2367/2010), entre otras).
- b.** Y si la refinanciación era tardía (en relación con el plazo de 2 meses), pero eficaz para remover la causa

de disolución, el órgano de administración podía asirse a la doctrina de la «superación de facto de la causa de disolución», que limitaba su responsabilidad a las deudas contraídas entre la expiración del plazo de 2 meses y la superación de la causa, con exclusión de las posteriores (STS de 14 de octubre de 2013 (LA LEY 155776/2013)).

### 3.4. La aparición de formas anormales (en cuanto anticipadas) de terminación del concurso con la Ley 38/2011: la aparición de un nuevo problema societario

En la redacción original de la Ley Concursal el concurso se recogía como causa de conclusión la inexistencia de bienes. Ello implicaba un gran esfuerzo liquidatorio (a veces baldío, por ser superior los costes de realización — directos o indirectos— que el valor venal) y dilatava en demasía la duración de los concursos.

La reforma de la Ley Concursal a medio de la Ley 38/2011 (LA LEY 19112/2011) mudó *inexistencia* por *insuficiencia* como causa de conclusión, arbitrando tres mecanismos en función del tiempo de su revelación:

- a. La **declaración-conclusión** (art. 470 TRLConc (LA LEY 6274/2020), art. 176 *bis*.4 LC), que permitía al juez abrir y cerrar el concurso, en unidad de acto, cuando la carencia de bienes es inicial y manifiesta;
- b. La **conclusión anticipada (en cualquier fase)** por **insuficiencia de masa activa** para pagar los créditos contra la masa (arts. 473 y ss. TRLConc (LA LEY 6274/2020), arts. 176 *bis* 2 y 3 LC);
- c. La **liquidación concursal interrumpida o inconclusa** (art. 468.3 TRLConc (LA LEY 6274/2020), art. 152.2 LC), que permitía la conclusión del concurso cuando se detectara, una vez abierta la fase de liquidación concursal, que ya no había más bienes susceptibles de ser liquidados, por desprovistos de valor de mercado o ser su venta antieconómica por inferior el valor venal al coste de realización.

Se ponía fin al problema concursal, pero se creaba un **problema societario**.

En todos estos supuestos el concurso se cerraba en falso, pues se archivaba el procedimiento y extinguía registralmente la sociedad, pero con bienes y derechos pendientes de liquidar para los que era preciso arbitrar alguna solución. Esa solución ha pasado por reconocer a la sociedad extinta una personalidad jurídica residual (SSTS de 20 de marzo de 2013 y 24 de mayo de 2017) y reconducir a la sociedad a la liquidación societaria (Res. DGRN de 10 de marzo de 2017).

Esta liquidación societaria consecutiva al concurso no dejaba de ser un fenómeno un tanto paralegal y, si me apuran, casi paranormal.

Si en la concepción inicial del legislador la liquidación societaria está para dar solución a situaciones liquidativas con suficiencia para pagar a todos los acreedores (o a todos menos uno, Resoluciones de la DGRN de 1 y 22 de agosto de 2016), tras la Ley 38/2011 (LA LEY 19112/2011) si la insuficiencia era extrema, por más que hubiera insolvencia, se pasó a considerar que el concurso no era operativo, sin más solución que remitir al deudor a la liquidación societaria. En suma, un instrumento creado para liquidar sociedades solventes, en que el pago *a todos y del todo* era presupuesto para obtener la extinción y el cierre registral —de ahí que se pague por vencimiento (o, como decía, el art. 228 del Código de 1885 (LA LEY 1/1885) y omite la LSC, «según vayan venciendo»)— se convertía de forma inopinada en la cláusula de cierre del sistema concursal, absorbiendo a los insolventes de toda insolvencia, aquellos cuyos bienes no alcanzaban a pagar, no ya todo el pasivo, sino el pasivo contra la masa; y por no poder pagar a todos, el liquidador habría de pagar por el orden de los arts. 1921 y ss. del Código Civil (LA LEY 1/1889), a falta de otro criterio ordenador.

Si esto ya es patológico, se mire con ojos concursales o societarios, **qué decir del archivo exprés**, en que, con un solo auto del juez del concurso, se pasaba a la extinción *per saltum*, de forma directa, sin pasar por la disolución (al faltar la apertura de la liquidación concursal) ni por un proceso previo de liquidación, que curiosamente, debía iniciarse con la sociedad ya extinta.

### 2.5. Y llegamos, al fin, a la Ley 16/2022, de 5 de septiembre

Y, con ella, **debemos volver a preguntarnos qué ha cambiado**. Y lo haremos a través de tres preguntas, que el derecho derogado no conseguía responder, unas veces por falta de previsión y, otras, por imposibilidad de hacerlo.

La falta de previsión ha venido dejando sin respuesta dos preguntas:



## 1ª. ¿La comunicación o «preconcurso» instado en el plazo de 2 meses libera al administrador de responsabilidad ex art. 367 LSC?

### 2ª. ¿Y el acuerdo de reestructuración? En concreto:

- a. ¿Qué pasa si el período de negociación se protege con una comunicación del art. 583 TRLConc?
- b. ¿Qué pasa si el acuerdo no se alcanza o no se alcanza en plazo? ¿Qué pasa si fracasa?

Y la imposibilidad de prever el futuro dejaba lógicamente sin respuesta la última pregunta que hoy nos vamos a formular: **¿Cómo se conjugan insolvencia probable y causa de disolución actual?**]

Todas estas preguntas se han tratado de responder con la doble modificación de los arts. 365 (LA LEY 14030/2010) y 367 TRLSC 2010 (LA LEY 14030/2010).

Con la Ley 22/2003 (LA LEY 1181/2003), como acabamos de ver, se disipó la duda acerca de si la promoción de un procedimiento concursal era equivalente a la disolución y liquidación societaria a efectos de liberar al administrador de responsabilidad.

Sin embargo, desde el Real Decreto-ley 3/2009 (LA LEY 5323/2009) disponemos de un derecho preconcursal, que ha ido creciendo en extensión y protagonismo, pero del que nada se decía en el art. 365. Hasta la fecha nos hemos venido preguntando si la presentación de un 5 bis (hoy art. 583 TRLConc (LA LEY 6274/2020)) en el plazo de 2 meses libera de responsabilidad al administrador.

El art. 583, en su recién alterada fisonomía, podía tener finalidad *preparatoria* del concurso (obtener adhesiones para una PAC), *elusiva* (refinanciación o AEP) o *meramente dilatoria* (ganar 3+1 meses para arreglar contabilidades, preparar documentación o alejar sujetos u operaciones del yugo de los dos años).

Si el «preconcurso» respondía a una finalidad legal (es decir, no era un mero recurso para dilatar el plazo de dos meses, que ha sido lo habitual, por otra parte) e iba seguido de la solicitud temporánea de concurso, siempre he defendido que habíamos de otorgarle el mismo valor, a efectos de los arts. 365 y 367, que a la convocatoria de junta. Si la finalidad era eludir el concurso y obtener un AEP o una refinanciación y la misma prosperaba, la nuda comunicación de negociaciones, a nuestro juicio, no sustituía al deber de convocar junta, salvo que el resultado de la refinanciación permitiera remover la causa de disolución.

Con la reforma la *comunicación* (cuya presentación compete al órgano de administración, *cfr.* art. 585.3) solo sirve a una finalidad, que es la reestructuración, al desaparecer la figura de la PAC. Y se trata de dar respuesta a aquel interrogante dando una nueva redacción del art. 365, a cuyo tenor:

«Artículo 365. *Deber de convocatoria.*

1. *Cuando concurra causa legal o estatutaria, los administradores deberán convocar la junta general en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución. Cualquier socio podrá solicitar de los administradores la convocatoria si, a su juicio, concurriera causa de disolución.*

2. *La junta general podrá adoptar el acuerdo de disolución o, si constare en el orden del día, aquel o aquellos que sean necesarios para la remoción de la causa.*

3. *Los administradores no estarán obligados a convocar junta general para que adopte el acuerdo de disolución cuando hubieran solicitado en debida forma la declaración de concurso de la sociedad o comunicado al juzgado competente la existencia de negociaciones con los acreedores para alcanzar un plan de reestructuración del activo, del pasivo o de ambos. La convocatoria de la junta procederá de inmediato en tanto dejen de estar vigentes los efectos de esa comunicación.»*

Esto se completa con el nuevo art. 613: «*En las sociedades de capital, mientras estén en vigor los efectos de la comunicación, quedará en suspenso el deber legal de acordar la disolución por existir pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social*». En rigor, lo que queda en suspenso es el deber de convocar junta para que los socios acuerden (o no) la disolución.

De la lectura del art. 365.3 podemos deducir que la equiparación entre convocatoria de junta y de la comunicación del art. 583 es condicional y cesa al mismo tiempo en que cesen los efectos de la comunicación. Dado que los efectos de la comunicación pueden cesar por causas diversas, hemos de distinguir:

- a. Si cesan por transcurso del plazo de 3 meses (o de la prórroga que se acuerde, *cfr.* art. 607), los administradores, según el art. 365.3, deben convocar junta *de inmediato*. Esta previsión resulta contradictoria con el inciso final del novísimo art. 367.3, según el cual «[s]i el plan de reestructuración no se alcanzase (o no se alcanzase en plazo, añadimos), el plazo de los dos meses se reanudará desde que la comunicación del inicio de negociaciones deje de producir efectos».
- b. Si el cese viene motivado por la presentación del concurso dentro del mes siguiente (art. 611), el órgano de administración no precisa convocar junta de disolución, pues la solicitud de concurso, aunque haya ido precedida de comunicación, se ha de equiparar a la convocatoria de junta.
- c. Finalmente, si los efectos cesan por haberse alcanzado un acuerdo de reestructuración, ello no libera al órgano de administración del deber de convocar junta si la reestructuración no permite enervar la causa de disolución.

Para ir concluyendo, la incorporación de una categoría previa de insolvencia añade nuevos escenarios a los ya conocidos entre disolución e insolvencia.

Si el deudor está en insolvencia probable no puede concursar, solo acceder a la reestructuración, bien a través de la comunicación de apertura de negociaciones, bien a través de la solicitud directa de homologación.

Si, amén de estar en probabilidad de insolvencia, lo está en causa de disolución por pérdidas, podrá optar por convocar junta directamente o por hacer la comunicación del art. 583; si elige esta segunda vía el deber de convocar junta quedará en suspenso, y serán de aplicación, según el caso, las soluciones expuestas con las letras a) y c).

Y como «premio» para quien haya completado la lectura (aquí no cabe acudir directamente al fallo) ya aprovecho para anunciar próximas cuestiones.

**¿Qué pasa con el deber de convocar junta si la reestructuración no va precedida de una comunicación?**

**¿Una sociedad en liquidación puede «preconcurrar»?**

**¿El catálogo de acciones de responsabilidad societaria y concursal protege a los acreedores en caso de probabilidad de insolvencia?**

**¿Cómo se concilian, tras el convenio, el deber de convocar junta para disolver y el deber de instar la pronta apertura de la liquidación?**