

## Cuestiones sobre la reforma concursal (II). De la liquidación societaria al (pre)concurso: *Sic transit gloria mundi*

Muñoz Paredes, Alfonso

Diario La Ley, Nº 10142, Sección Cuestiones de práctica concursal, 3 de Octubre de 2022, LA LEY

### ÍNDICE

[Cuestiones sobre la reforma concursal \(II\). De la liquidación societaria al \(pre\)concurso Sic transit gloria mundi](#)

[1. Prólogo a las cuestiones planteadas](#)

[2. ¿El concepto de insolvencia actual cambia si la sociedad está en liquidación?](#)

[¿Podemos trasladar estas conclusiones a la liquidación societaria?](#)

[3. ¿Por qué orden se paga en una liquidación societaria?](#)

[4. ¿Cómo se aplica el principio de vencimiento?](#)

[5. El juicio de suficiencia: concursal y societario](#)

[6. ¿A quién compete efectuar ese «juicio de suficiencia» societario? ¿Al órgano de administración? ¿Al liquidador? ¿A ambos, cada uno en su tiempo?](#)

[7. ¿Es un juicio provisional —como el concursal— o de certeza? ¿La insolvencia inminente y la probable operan en liquidación societaria?](#)

[8. Pago al vencimiento o pago por vencimiento: los riesgos](#)

[9. ¿Puede una sociedad en liquidación «preconcurrir»?](#)

[10. ¿El principio del vencimiento es absoluto en la liquidación societaria?](#)

### Normativa comentada

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

*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 I. De la declaración de concurso

CAPÍTULO I. De los presupuestos de la declaración de concurso

Artículo 2. *Presupuesto objetivo.*

TÍTULO IV. De la masa activa

CAPÍTULO VI. De los créditos contra la masa activa

SECCIÓN 1.ª. De los créditos contra la masa activa

Artículo 242. *Créditos contra la masa.*

SECCIÓN 2.ª. Del régimen de los créditos contra la masa activa

Artículo 245. *Momento del pago de los créditos contra la masa.*

Artículo 248. *Ejecuciones relativas a créditos contra la masa.*

SECCIÓN 3.ª. De las especialidades en caso de insuficiencia de la masa activa

Artículo 249. *Deber de comunicación de la insuficiencia de la masa*

*activa.*

Artículo 250. *Pago de los créditos contra la masa en caso de insuficiencia de la masa activa.*

LIBRO SEGUNDO. Del Derecho preconcursal

TÍTULO I. De los presupuestos del concurso

Artículo 584. *Presupuesto objetivo.*

*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.<sup>a</sup>. Disolución por constatación de la existencia de causa legal o estatutaria

Artículo 365. *Deber de convocatoria.*

SECCIÓN 4.<sup>a</sup>. Disposiciones comunes

Artículo 370. *Reactivación de la sociedad disuelta.*

CAPÍTULO II. La liquidación

SECCIÓN 3.<sup>a</sup>. Las operaciones de liquidación

Artículo 389. *Sustitución de los liquidadores por duración excesiva de la liquidación.*

SECCIÓN 5.<sup>a</sup>. La extinción de la sociedad

Artículo 395. *Escritura pública de extinción de la sociedad.*

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

#### Jurisprudencia comentada

*TS, Sala Primera, de lo Civil, S 652/2021, 29 Sep. 2021 (Rec. 5133/2018)*

*TS, Sala Primera, de lo Civil, S 460/2010, 14 Jul. 2010 (Rec. 945/2006)*

*TS, Sala Primera, de lo Civil, S 275/2006, 9 Mar. 2006 (Rec. 3418/1999)*

*TS, Sala Primera, de lo Civil, S 766/2002, 18 Jul. 2002 (Rec. 328/1997)*

*TS, Sala Primera, de lo Civil, S 977/2000, 30 Oct. 2000 (Rec. 3341/1995)*

#### Comentarios

##### Resumen

En esta segunda entrega de «Cuestiones sobre la reforma concursal», el magistrado **Alfonso Muñoz Paredes**, director de la revista LA LEY Insolvencia, retoma el hilo de su artículo anterior y pasa a abordar la interesantísima cuestión de si una sociedad en liquidación puede preconcursar. Para ello plantea interrogantes a los que da, como siempre, rigurosa respuesta: **¿El concepto de insolvencia actual cambia si la sociedad está en liquidación? ¿Por qué orden se paga en una liquidación societaria? ¿Cómo se aplica el principio de vencimiento? ¿A quién compete efectuar el «juicio de suficiencia» societario? ¿Al órgano de administración? ¿Al liquidador? ¿A ambos, cada uno en su tiempo? ¿Es un juicio provisional —como el concursal— o de certeza? ¿La insolvencia inminente y la probable operan en liquidación societaria? ¿El principio del vencimiento es absoluto en la liquidación societaria?**

## 1. Prólogo a las cuestiones planteadas

En una lápida del romanticismo no sería extraño encontrar la locución latina que hoy recojo en el título para ilustrar lo efímero de algunas liquidaciones societarias.

Hablando de lápidas y romanticismo, Dante Gabriel Rossetti (1828-1882) fue un célebre pintor inglés de estilo prerrafaelita. No lo traigo aquí por sus virtudes pictóricas, sino poéticas. Al fallecimiento de su mujer y musa, Elizabeth Siddal, decidió enterrar con ella un poemario inédito; con ella enterraba su amor y su forma de expresárselo. Mas, arrepentido de enterrar su obra y viéndose incapaz de repetirla, siete años más tarde decidió profanar la tumba y exhumar su obra para publicarla («Poems», 1869). Solo su obra; Elizabeth, como diría el propio Dante en su poema «The portrait», *the earth is over her*.

Todos los que escribimos tenemos obras sepultadas. Con el paso del tiempo, y guardando de ellas mejor memoria de la que quizás merecen, decidimos exhumarlas. Unas veces para devolverlas a la tierra, pues no merecen mejor destino; otras, para sacarlas tal y como están a la luz, convencidos de no lograr darles mejor vestido; y, algunas, para sustraerlas de la paz eterna y someterlas a la condena de su eterna revisión, convirtiéndolas, como Rossetti a muchos de sus poemas, en auténticos palimpsestos.

Convencido de que ya había escrito sobre lo efímero de la liquidación societaria (o el liquidador y el «preconcurso»), me puse a buscar, a ver si encontraba algo que no mereciera el sepulcro del olvido. No lo hallé, lo que no significa que no lo haya; simplemente, a diferencia de Rossetti, no sabía dónde buscar. Así que he tenido que empezar de cero, sin refugio ni contraste en la inspiración pasada.

En la entrega inicial de esta saga avanzamos en el deslinde entre la disolución societaria y las distintas clases insolvencia. Me interesa ahora fijar el foco, no en la disolución, sino en el período que se abre tras la misma.

Concluimos, entonces, enunciando varias cuestiones. Comenzamos donde lo dejamos: **¿Una sociedad en liquidación puede «preconcurrir»?**

Quien confíe en una respuesta directa y sencilla, abandone toda esperanza. Nunca he sido breve y ya no tengo edad para cambiar, ni tampoco voluntad de hacerlo, siendo sincero.

Empecemos recordando algunos conceptos ya manejados en la primera entrega.

En las relaciones entre disolución societaria y concurso pueden distinguirse tres escenarios en que operan como soluciones alternativas:

**Primero. Que existan pérdidas cualificadas, pero no un estado de insolvencia:** procede acudir a la liquidación societaria.

**Segundo. Que exista insolvencia actual pero no pérdidas cualificadas,** en cuyo caso se impone la solución concursal, bien mediante la solicitud directa de concurso voluntario, bien con una comunicación previa de negociaciones.

**Tercero. Que existan pérdidas cualificadas y, además, insolvencia:** el deber de concursar [directo o con comunicación previa, *cfr.* nuevo art. 365.3 Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LA LEY 14030/2010) (en lo sucesivo, LSC)] se impone al deber de disolver. Esa insolvencia ha de ser **actual**; si en el momento en que se convoca la junta del art. 365 LSC (LA LEY 14030/2010) las pérdidas cualificadas se tradujeran simplemente en un **estado de insolvencia inminente**, el deber de convocar junta para disolver se impone al mero derecho a instar el concurso de acreedores.

La **legislación concursal** obliga al **administrador a no bajar nunca la guardia**. La insolvencia actual o inminente son fáciles de detectar (nada más revelador que el impago o su amenaza, aunque sea a tres meses vista), no tanto la probable, que obliga a realizar una proyección a dos años que seguramente escape de la preparación técnica del administrador.

Si la patología es la causa de disolución por pérdidas, un administrador de costumbres relajadas podría pensar que hasta que se complete el ciclo de formulación de las cuentas (31 de marzo, ordinariamente) está excusado de comparar patrimonio neto y capital social. Sin embargo la jurisprudencia, inclemente, ha dejado claro que **tampoco en el ámbito societario el administrador escapa de ese régimen de evaluación constante**. Si la jurisprudencia tradicional ya venía considerando hábiles para el diagnóstico estados intermedios, balances de situación o trimestrales de comprobación (SSTS de 30 de octubre de 2000 (LA LEY 326/2001), 18 de julio de 2002 (LA LEY 10055/2003), 16 de octubre de 2004, 9 de marzo de 2006 (LA LEY 21799/2006) o 14 de julio de 2010 (LA LEY 113861/2010), entre muchas), la más reciente (STS de 29 de septiembre de 2021 (LA LEY 169259/2021)), recuerda

que su obligación de atención a la evolución patrimonial y financiera es «ininterrumpida» y le obliga a extremar el celo, presumiendo que los actuales medios técnicos permiten, «en cualquier momento», conocer el desbalance entre el patrimonio y el capital escriturario.

El **órgano de liquidación** está asimismo sujeto a una **guardia perpetua**; pero su labor de diagnosis es distinta: liberado de evaluar si hay causa de disolución, tan solo ha de vigilar si hay insolvencia actual, ya sea porque:

- i.- Los administradores hayan errado el diagnóstico, viendo solo causa de disolución donde también había insolvencia;
- ii.- La insolvencia inminente se degrade a actual en el curso de la liquidación;
- iii.- La insolvencia actual se presente de forma primaria en el período liquidatorio.

En todos estos supuestos el liquidador deberá instar el concurso. La insolvencia actual, por tanto, marca el obligado tránsito entre liquidación y concurso.

## 2. ¿El concepto de insolvencia actual cambia si la sociedad está en liquidación?

Para acertar en el diagnóstico, el liquidador ha de tener claros los síntomas a los que ha de estar atento. La insolvencia actual se define (art. 2 TRLConc (LA LEY 6274/2020)) como la imposibilidad de cumplir regularmente las obligaciones exigibles.

En nuestro artículo anterior descompusimos el concepto legal de insolvencia actual para llegar a la conclusión de que el adverbio «regularmente», referido a la forma de (in)cumplimiento de las obligaciones exigibles, comprende tanto el *elemento temporal* (hacerlo a su debido tiempo, esto es, a su vencimiento) como *el modal* (la forma de acometerlo), de suerte que no será *regular* aquel cumplimiento obligacional que proceda de la enajenación de activos que ordinariamente no estén destinados a ser vendidos.

### ¿Podemos trasladar estas conclusiones a la liquidación societaria?

La constatación del estado de insolvencia una vez iniciado el período de liquidación societaria presenta caracteres específicos, privativos de esta fase. La obligación del liquidador es, precisamente, pagar las deudas sociales, recurriendo para ello, de común, a la venta de los bienes; lo que no es *regular* o ajustado antes de la disolución, pasa a serlo en liquidación, de modo tal que **el concepto de insolvencia en el marco de una liquidación societaria es de extensión más reducida** y ha de identificarse, exclusivamente, con la imposibilidad de satisfacer las deudas sociales, cualquiera que sea el medio solutorio empleado, pues es elemento, si no esencial, sí natural de la liquidación, proceder a la enajenación de los bienes sociales para satisfacer a los acreedores.

## 3. ¿Por qué orden se paga en una liquidación societaria?

Al referirnos al elemento temporal en el incumplimiento de las obligaciones, como definidor de la insolvencia, he omitido, voluntariamente, la mención expresa al criterio o criterios que deben presidir los pagos.

La LSC (LA LEY 14030/2010) no contiene ninguna norma ordenadora del pago en liquidación. Tampoco la tenía la LSA de 1951 (LA LEY 10/1951), aunque sí el Código de Comercio de 1885 (LA LEY 1/1885), que en su art. 228 preveía que «[d]esde el momento en que la sociedad se declare en liquidación, 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** (énfasis añadido) y a realizar las operaciones pendientes.»

El Código de Comercio, en suma, preveía el vencimiento como criterio ordenador.

## 4. ¿Cómo se aplica el principio de vencimiento?

En rigor, al abrirse la liquidación societaria, no debería el liquidador enfrentarse a una pluralidad de créditos ya vencidos, pues de ser así la sociedad sería insolvente actual y el órgano de administración debía haber promovido el concurso. El **criterio del vencimiento en la liquidación**, por tanto, **no opera tanto frente al pasado** —los créditos ya vencidos—, como **hacia al futuro**: los que están por vencer —«las obligaciones contraídas de antemano», en la terminología codificada— y los derivados de las obligaciones que están por contraer.

El vencimiento, **además, es dinámico**, «según vayan venciendo»; y digo dinámico porque es relativamente frecuente que el liquidador societario no vaya, al tiempo, vendiendo y pagando, sino que espere a pagar a tener (casi) todo

vendido; es decir, aplica un criterio de vencimiento *estático*: hace «hucha», confronta activo realizado con pasivo exigible, y entonces decide: si tiene para pagar a todos (o todos menos uno, Rr. DGRN de 1 y 22 de agosto de 2016), paga y concluye la liquidación; si no, la interrumpe e insta el concurso. Este «modo ahorro» no es privativo del liquidador societario, pues ha sido muy común en administradores concursales en estos años pasados, reteniendo el pago de créditos contra la masa hasta tener una foto más o menos nítida de suficiencia: si hay para pagar a todos, aplican la regla del vencimiento; si no, activan el mecanismo de insuficiencia de los arts. 249 (LA LEY 6274/2020) y 250 TRLConc. (LA LEY 6274/2020)

Esta forma de proceder no es correcta. No lo es en el concurso, ni tampoco creo que lo sea en la vía societaria, aunque la LSC (LA LEY 14030/2010) es menos expresiva que el TRLConc (LA LEY 6274/2020) y, desde luego, menos conminatoria. Veámoslo.

## 5. El juicio de suficiencia: concursal y societario

En el **concurso** el juicio de (in)suficiencia es de **mera previsibilidad**. El art. 249, en su novísima redacción, insiste en que basta con que el administrador constate que la masa es insuficiente «o es previsible que lo sea» para que surja la obligación de comunicarlo al juez del concurso; si la administración concursal retrasa la comunicación, esperando a tener la evidencia de la certeza, estará manteniendo de forma artificial un orden de pago que ya debería haber mutado, pagando por vencimiento cuando debería hacerlo por los órdenes del art. 250. Si ello se traduce en un daño a quien debía cobrar (pudiendo hacerlo) y no lo hizo (ni lo hará con el art. 250), se abre la vía de la oposición a la rendición de cuentas y a la ulterior exigencia de responsabilidad, aunque para evitar llegar a estadios tan tardíos se ha añadido en el art. 242.2 TRLConc (LA LEY 6274/2020) la posibilidad de que cualquier acreedor contra la masa requiera a la administración concursal para que se pronuncie sobre si la masa es insuficiente o es previsible que lo sea.

### ¿Hay un juicio de suficiencia positivizado en la liquidación societaria? ¿Incide en el criterio de pago?

Como es sabido, para poner fin al proceso de liquidación societario con el otorgamiento e inscripción de la escritura de extinción de la sociedad, el art. 395 LSC (LA LEY 14030/2010) exige que se haya procedido «*al pago de los acreedores o la consignación de sus créditos*». Podríamos pensar, siendo ingenuos, que si presupuesto de la liquidación societaria es la suficiencia para pagar a todos los acreedores, sería irrelevante que el liquidador aplique un vencimiento «estático» o «dinámico»: en ambos casos todos cobran. El perjuicio, a lo más, sería temporal, y se compensaría con el devengo de intereses. Pero en la realidad esto no es así.

La liquidación societaria, como fenómeno subsiguiente a la disolución, exige la concurrencia de una causa de disolución o un acuerdo de la junta general

La liquidación societaria, como fenómeno subsiguiente a la disolución, exige la concurrencia de una causa de disolución (arts. 360 y 362) o un acuerdo de la junta general (art. 368). Pero además de ese **presupuesto jurídico**, precisa la existencia de un **presupuesto material**: la suficiencia de los bienes sociales para, con su producto, pagar a todos los acreedores o consignar su importe. Ambos presupuestos no operan en el mismo nivel; el presupuesto jurídico es necesario para dar inicio al proceso de liquidación mientras que el presupuesto material es imprescindible para concluirlo de forma completa y ortodoxa.

A diferencia de una liquidación concursal, que puede concluir (y de hecho lo hace de forma generalizada) dejando acreedores insatisfechos, la liquidación societaria, tal y como está legalmente configurada en la actualidad, precisa para su conclusión el pago o consignación de *todos* los acreedores *existentes*. Para asegurar que realmente haya sido así, la LSC (LA LEY 14030/2010) exige al liquidador que, una vez gane firmeza el balance final de liquidación, otorgue ante Notario la escritura de extinción, a la que ha de incorporarse el balance final de liquidación (art. 395.2 LSC (LA LEY 14030/2010)), que se transcribirá en la inscripción de extinción (art. 396.2). A pesar de estas cautelas, la declarada **suficiencia puede no ser tal**, pudiendo aparecer viejos y nuevos acreedores, en dos casos:

**1.- Liquidación defectuosa.** A diferencia de una liquidación concursal, en que el proceso de liquidación se realiza por la administración concursal bajo la tutela del juez del concurso, la societaria se hace por propios, no por extraños (a salvo el supuesto de que se nombre liquidador judicial); la practica el liquidador y la aprueba la junta general, cuyo acuerdo aprobatorio sólo puede ser impugnado por los socios (art. 390); los acreedores, salvo que sean a la par socios, solo tienen derecho a recibir información sobre el estado de

la liquidación de forma periódica, pero carecen de la información precisa para cuestionar la bondad de aquello que se les transmite ni tienen cauce para impugnar el balance final de liquidación. *A fortiori* el control registral es meramente formal, pues se limita a verificar que en la escritura se contiene la «manifestación» de que se han pagado o consignado todos los créditos y aunque a la misma se incorpore el balance final de liquidación (art. 395.2), el registrador (como antes el Notario) no tiene medios para comprobar si ese balance es correcto y si se ha omitido o minorado un crédito. Por ello no es descartable que tras la cancelación de la sociedad aparezca un acreedor preterido.

**2.- Pasivo sobrevenido.** Si tras la cancelación aparece un pasivo sobrevenido (piénsese en un crédito contingente, ya sometido a condición, ya pendiente de resolución judicial), el art. 399, tras proclamar que los socios responden solidariamente hasta el límite de lo que hubieren percibido como cuota de liquidación, dispone en su apartado 2º que ello se entiende sin perjuicio de la responsabilidad de los liquidadores, pues el acreedor puede sostener que éste debía haber consignado el importe de su crédito no obstante su contingencia antes de proceder a repartir a los socios la cuota de liquidación.

## 6. ¿A quién compete efectuar ese «juicio de suficiencia» societario? ¿Al órgano de administración? ¿Al liquidador? ¿A ambos, cada uno en su tiempo?

El órgano de administración, al decantarse por la liquidación societaria o el proceso concursal, efectúa un diagnóstico inicial: si *en ese momento* concurre una situación de desbalance (pérdidas cualificadas), pero no de impotencia solutoria (insolvencia actual), la LSC (LA LEY 14030/2010) le obliga a acudir a la liquidación societaria.

El aquí llamado «juicio de suficiencia» no compete hacerlo al órgano de administración; a este incumbe únicamente detectar la causa de disolución, descartar la insolvencia actual y convocar junta en el plazo de los dos meses siguientes; si el órgano de administración cumple con lo que le exige el art. 365 queda liberado: si el activo a liquidar va a ser o no suficiente en un futuro para pagar a todos los acreedores (también futuros, o, al menos, de vencimiento futuro) no es un extremo que deba considerar al tomar la decisión de liquidar o concursar. El administrador cumple con diagnosticar la enfermedad a su tiempo: si la «cura» que impone la ley permite o no sanar la enfermedad, pagando a todos los acreedores, ya no es de su incumbencia, pues dependerá de las nuevas obligaciones que se contraigan, del valor/tiempo de realización de cada uno de los bienes y de la capacidad de recobro de los créditos sociales, funciones —todas— propias del liquidador.

El «juicio de suficiencia», en suma, corresponde al **liquidador** y comienza tan pronto acepta el cargo. De nuevo un régimen de evaluación continua:

- i.- Si por ser la insolvencia grosera detecta *ab initio* que los administradores erraron en el diagnóstico y ni siquiera puede pagar deudas ya vencidas, debe instar el concurso.
- ii.- En otras ocasiones la insolvencia no hiere los sentidos y el liquidador alcanza la convicción de insuficiencia al confeccionar el balance inicial, que por imperativo del art. 383 debe ir referido al día en que la sociedad se hubiera disuelto, lo que le permite, además, comprobar en diferido si el diagnóstico de los administradores fue certero.
- iii.- A veces la convicción de insuficiencia llega más tarde, tan pronto como comienza a pagar las deudas sociales (art. 385) con la tesorería existente, con lo percibido de los créditos sociales o con el producto de la enajenación de los bienes.

Si la identidad del órgano de administración y liquidación coincide, las obligaciones no cambian, aunque su observancia suele ser más difusa, lo que lleva en ocasiones a los acreedores a acumular acciones propias del administrador y del liquidador.

## 7. ¿Es un juicio provisional —como el concursal— o de certeza? ¿La insolvencia inminente y la probable operan en liquidación societaria?

Dentro de este juego de reservas mentales que voy desarrollando, he omitido otra posibilidad. Aquella en que el liquidador, antes de alcanzar la plena certeza de la insuficiencia para pagar a todos, comienza a albergar la sospecha. ¿Puede acudir a los conceptos de insolvencia probable o inminente o acaso están reservados para empresas en continuidad?

Si acudimos al texto de la ley, la insolvencia probable se define (art. 584.2 TRLConc (LA LEY 6274/2020)) 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 la inminente (art. 2.3) como aquel estado en que «[s]e encuentra (...) el deudor que prevea que dentro de los tres meses siguientes no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones.»

Comenzando por la inminente, lo primero que debemos advertir es que en liquidación la duplicación de adverbios (*regular y puntualmente*) es redundante, pues solo opera el elemento temporal, aquí cifrado en 3 meses, horizonte temporal muy sencillo de alcanzar en una liquidación societaria. Tan es así que es el plazo de que dispone el liquidador para confeccionar al balance inicial.

Los dos años de la probabilidad de insolvencia, por muy largo plazo que parezca, también suelen superarse en el curso de una liquidación ordinaria, no sujeta a término fatal y solo con una amenaza de separación por duración excesiva, nunca antes de 3 años (*cf.* art. 389 LSC (LA LEY 14030/2010))

Mas ni una ni otra figura están pensadas para ser aplicadas en una liquidación societaria. Ambas responden a un deseo de adelantar el presupuesto objetivo tradicional del concurso para agotar la posibilidad de encontrar soluciones conservativas, alternativas a la liquidación, concursal o societaria. La liquidación societaria opera una mutación del fin social, que ya no será la obtención de un lucro partible entre los socios, sino la extinción de las relaciones jurídicas, la distribución o enajenación de sus activos y el pago a los acreedores y socios, en su caso. Esta mutación del fin social tiene, incluso, reflejo contable (Resolución del ICAC de 18 de octubre de 2013, sobre el marco de información financiera cuando no resulte aplicable el principio de empresa en funcionamiento).

Sin embargo, tantos años en un juzgado mercantil me han permitido ver liquidadores de todo tipo y condición:

- i.- Los que, deseosos de ceder el testigo a un administrador concursal instan de inmediato el concurso, antes siquiera de realizar pago alguno.
- ii.- Aquellos que, apegados a la ortodoxia, van pagando por vencimiento hasta alcanzar la certeza de la imposibilidad de seguir haciéndolo, promoviendo entonces el concurso.
- iii.- Otros que, atrayendo a la órbita liquidatoria categorías concursales, adelantan el juicio de suficiencia, convirtiéndolo en mero pronóstico, e instan el concurso por insolvencia inminente, sometiendo a más acreedores (quizás a todos) a la *par conditio* en lugar de estirar al máximo el pago por antigüedad.

Y reservo para el final el caso más sangrante, aquel en que el liquidador decide retener todo pago hasta tener la absoluta certeza de la (in)suficiencia. Esta forma de proceder no está exenta de riesgos.

### 8. Pago al vencimiento o pago por vencimiento: los riesgos

En el concurso, los créditos contra la masa, por más que el art. 245.2 disponga que «se pagarán a sus respectivos vencimientos», no suelen pagarse «según vayan venciendo», sino más tarde, cuando hay liquidez suficiente o la administración concursal se convence de que ya es tiempo de pagar. Esto es, no se suele pagar *a/* vencimiento, sino *por* vencimiento.

Retrasar el pago de un crédito contra la masa, pudiendo pagarlo, no es inane. En primer lugar, porque el pago con retraso genera interés (art. 248.2 TRLConc (LA LEY 6274/2020)), aunque de común no se reclame; en segundo, porque puede suceder que, en la espera, lo que se preveía suficiente deje de serlo y cambie el orden de pago (que se aplica a los créditos «vencidos y que venzan», *cf.* art. 249), y, con él, los beneficiarios.

La administración concursal que paga con retraso no ha de temer a ejecuciones ni a acciones declarativas y/o de condena

Pero más allá del riesgo de que se le reclamen intereses o responsabilidades por un actuar negligente, la administración concursal que paga con retraso no ha de temer a ejecuciones ni a acciones declarativas y/o de condena; las primeras porque no son posibles (art. 248.1 TRLConc (LA LEY 6274/2020)) y las segundas porque, siéndolo, no otorgan a su titular mejor derecho que el que corresponda por vencimiento ni son ejecutables, por lo que no pasan de ser un molesta intimación a la administración concursal. A lo más, el incidente puede servir como blindaje de rango frente a la comunicación, si

esta tuvo lugar de mala fe (SSTS de 10 de junio de 2015 y 11 y 18 de marzo de 2016).

En el escenario de liquidación societaria el panorama es bien distinto. Si el liquidador retiene pagos, pudiendo hacerlos, asume el riesgo de que los acreedores más impacientes (i) insten un concurso necesario o (ii) inicien una acción declarativa y/o ejecutiva, ambas vías compatibles con la liquidación societaria y que, a mayores, sí otorgan una mejor perspectiva de cobro por la coerción judicial.

Y así, finalizando, llegamos al principio:

### 9. ¿Puede una sociedad en liquidación «preconcurrir»?

Para evitar que un acreedor ansioso acabe con su estrategia de retención y ahorro, el liquidador puede estar tentado de recurrir a la comunicación de apertura negociaciones. Así, de un golpe, bloquearía el concurso necesario y las ejecuciones sobre bienes necesarios (que, en rigor, no los hay en una liquidación, pero nada impide que se solicite la suspensión y que sea el acreedor quien deba recurrir, lo que al menos se traduce en una ganancia de tiempo).

En mis años de ejercicio he visto más de una sociedad en liquidación efectuar esta comunicación. Y más de un Decreto admitiéndola a trámite. Lo que no he alcanzado a ver es ningún auto rechazándola. Quizás los haya, quizás no.

Con la Ley 16/2022 (LA LEY 19331/2022) esta práctica debería quedar desterrada. De plano, el liquidador carece de legitimación para efectuar la comunicación, que el nuevo art. 585.3 ya reserva al «órgano de administración», a diferencia de la solicitud de concurso, que el art. 3 sigue ampliando al órgano de liquidación. A mayores, una empresa en liquidación y en vías de extinción no cumple los requisitos para alcanzar un acuerdo de reestructuración, que exige una viabilidad en el corto y medio plazo, como tampoco los cumplía en el pasado reciente para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, una refinanciación y muy difícilmente una propuesta anticipada de convenio.

Cuestión distinta es que la causa de la apertura de la liquidación sea removible y efectivamente se remueva con la reactivación (art. 370 LSC (LA LEY 14030/2010)) antes de efectuar de la comunicación. Se derribaría entonces el obstáculo de la legitimación y se abriría la puerta a la preconcursalidad a sociedades que han superado la causa de disolución por pérdidas, pero que mantienen riesgo de insolvencia, y a otras que, siendo la causa de liquidación ajena a la relación entre patrimonio neto y capital social (generalmente el bloqueo entre pares), son objetivamente viables.

Y ya, para finalizar, una última cuestión.

### 10. ¿El principio del vencimiento es absoluto en la liquidación societaria?

Con el fin de facilitar la siempre ingrata tarea del liquidador, me permito recordarle un instrumento al que recurrir para aquellos casos en que, siendo el activo suficiente para cerrar el ciclo liquidatorio con el pago de todas las deudas sociales, hay ciertas tensiones de liquidez motivadas por la rigidez del principio del vencimiento y dificultades transitorias de realización de los bienes y derechos sociales.

Así como el vencimiento, en un escenario concursal de suficiencia, se flexibiliza por el uso del mecanismo de la postergación (art. 245.3 TRLConc (LA LEY 6274/2020)), en la liquidación societaria también el vencimiento puede ceder por razones de oportunidad. Basta para ello con que el liquidador invoque el concepto de créditos «prededucibles» que el Tribunal Supremo atrajo para el ámbito concursal en una secuencia de sentencias que principia en dos de igual fecha (6 de abril de 2017) y número correlativo (1387 y 1388), entendiéndose que es un principio inmanente a *«cualquier procedimiento en el que concurren varios acreedores y debe aplicarse un determinado orden de prelación de créditos (en donde) siempre se tiene en cuenta los gastos pre-deducibles, que son necesarios y esenciales, bien para la obtención de los activos a realizar, bien para su propia realización, que servirá para atender al pago de los créditos concurrentes con el orden de preferencia legal que corresponda, en este caso por el del vencimiento»*.

En próximas entregas (y no necesariamente en este orden):

- (i) Incumplimiento de convenio + causa de disolución: ¿Disolución o concurso?
- (ii) El deber de pronta apertura de la liquidación y su incumplimiento.
- (iii) La (des)protección de los acreedores en la probabilidad de insolvencia.
- (iv) El concurso sin masa inicial o el concurso trifásico.

