

***¿Es posible la constitución de sociedades en supuestos de liquidación concursal, mediante escisión segregación u otros, a los efectos de poder liquidar el patrimonio del concursado?***

La Ley y la Jurisprudencia no ofrecen respuestas a la cuestión; por ello, debemos remitirnos a la interpretación efectuada por la doctrina científica y judicial.

Así, los autores consideran que el referido silencio es positivo por dos motivos: en primer lugar, por la aplicación analógica de normas que permiten a las sociedades en liquidación (“*mercantil o societaria*”) efectuar la fusión (art. 28 Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles –LMESM-), la escisión (art. 78 LMESM) y la cesión global de activo y pasivo (art. 83 LMESM); y, en segundo lugar, por el espíritu de la normativa concursal que, con carácter general, promueve la continuación de la actividad y, en la fase de liquidación, la enajenación global de la empresa o de unidades productivas en detrimento de la liquidación individual de activos. Para esto último, las modificaciones estructurales son un instrumento cuya utilidad es incuestionable.

En cualquier caso, parece que la ejecución de estas operaciones societarias en la fase de liquidación excluye la posibilidad de que sea la concursada quien asuma el papel de adquirente (por ejemplo, sociedad absorbente o cesionaria), dado que ello podría contradecir la finalidad de la liquidación.

Aceptada la posibilidad de efectuar una modificación estructural como medio para la liquidación del patrimonio de la concursada, no debe perderse de vista que, salvo casos excepcionales, la realidad demuestra que en esta fase del concurso el patrimonio neto de la compañía suele ser negativo. Por tanto, pese a que teóricamente se pueda dar cabida a cualquier tipo de modificación estructural, será poco probable una fusión, una escisión total o una cesión global de activo y pasivo de la concursada, reduciéndose las posibilidades a la escisión parcial o a la segregación.

No obstante, existen una serie de cuestiones de crucial importancia que atañen a los acreedores y que quedan pendientes de resolver:

De un lado, se plantea cuál es el régimen de asunción por el adquirente de todas o algunas deudas, extremo expresamente previsto en sede de convenio (art. 100.2 LC), o en cualquier fase del concurso, en relación a la enajenación de bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial (art. 155.3 LC), dado que parece defenderse la interpretación restrictiva de estos preceptos.

De otro lado, e íntimamente relacionado con lo anterior, surge el problema de la participación de los acreedores en este proceso, pues queda limitada a la posibilidad de formular observaciones o propuestas de modificación al plan de liquidación presentado por la administración concursal. Esta situación tiene amparo legal expreso

cuando se trata del convenio, que hasta ofrece un mecanismo de intervención colectiva de los acreedores, pero en la liquidación no hay tal norma, y el hecho de formular observaciones al plan de liquidación no parece ser un equivalente funcional; si bien es cierto que el juez del concurso aprueba el referido plan a la vista del principio inspirador del *“interés del concurso”*, se cuestiona que dicha aprobación pueda suplantar las exigencias de consentimiento de los acreedores propias de cualquier proceso de modificación estructural.

Al margen de las dudas anteriores, lo cierto es que, culminada la modificación estructural, el concurso concluirá por inexistencia de bienes y derechos de la concursada (ex. art. 176 LC) o por finalización de la liquidación, por lo que la adquirente no asumirá la condición de concursada, sin perjuicio de que en el futuro pueda llegar a ser declarada en concurso si se dan los requisitos previstos legalmente.

**Rafael Medina Pinazo**

Abogado y Administrador Concursal

Socio-Director de MEDINA PINAZO ABOGADOS

**Raquel Barrientos López**

Abogada y Economista

Letrada Colaborada de MEDINA PINAZO ABOGADOS