



Trabajo Fin de Grado

LA INSOLVENCIA DE SOCIEDADES CON UN ÚNICO
ACREEDOR

¿LIQUIDACIÓN O SOLICITUD DE CONCURSO?

Autor/es

Pablo Oliver Gómez

Director/es

Esther Hernández Sainz

Facultad de Derecho/ Universidad de Zaragoza

2014

I. INTRODUCCIÓN

- 1 DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO Y JUSTIFICACIÓN DE SU INTERÉS E IMPORTANCIA
- 2 METODOLOGÍA DE ESTUDIO

II. EL PROCESO DE CAMBIO DE CRITERIO DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO: DE OCEAN COSMETICS S.L. A GRANJAS CARNIPORK S.L.

- 1 OCEAN COSMETICS. Resolución de 29 de abril de 2011, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE 23/05/11)
- 2 GRANJAS CARNIPORK S.L. Resolución de 2 de julio de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE 18/09/12)

III. LA PLURALIDAD DE ACREDITADORES COMO PRESUPUESTO MATERIAL DEL CONCURSO

- 1 PRESUPUESTOS DEL CONCURSO
- 2 LA PLURALIDAD DE ACREDITADORES COMO PRESUPUESTO IMPLÍCITO DEL CONCURSO
 - 2.1 Argumentos legales
 - 2.2 Argumentos de índole práctica
 - 2.3 La posición de la doctrina
 - 2.4 La posición de la jurisprudencia respecto al presupuesto de la pluralidad de acreedores
 - A) *La pluralidad de acreedores: Doctrina jurisprudencial general*
 - B) *El requisito de la pluralidad de acreedores a lo largo del procedimiento concursal*
 - a) *De la relevancia de la falta de pluralidad sobrevenida tras la declaración*
 - b) *Pluralidad de acreedores en el momento de la solicitud de concurso necesario, quedando sólo uno al resolverse la oposición*
 - c) *Constatación a posteriori de la falta inicial de pluralidad*
 - C) *Pluralidad artificiosa o dudosa*

IV. LA LIQUIDACIÓN SOCIETARIA: GARANTÍAS PARA LOS ACREDITORES EN EL PROCESO DE LIQUIDACIÓN

- 1 INTRODUCCIÓN A LOS CONCEPTOS DE DISOLUCIÓN, LIQUIDACIÓN y EXTINGUICIÓN, ASÍ COMO AL PROCESO LIQUIDATORIO EN SEDE DE LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL
- 2 INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS ACREDITORES EN EL PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACIÓN
 - 2.1 La responsabilidad de los liquidadores
 - 2.2 De la protección de los acreedores en caso de pasivo sobrevenido
- 3 LA RESPONSABILIDAD DE LOS LIQUIDADORES POR REPARTO ANTICIPADO DEL HABER SOCIAL
- 4 EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES COMO POTENCIAL INSTRUMENTO DE PROTECCIÓN DEL ACREDITOR ÚNICO
 - 4.1 La acción social de responsabilidad
 - 4.2 La acción individual de responsabilidad
 - 4.3 La responsabilidad de los administradores por el no cumplimiento del deber de promoción de la disolución ordenada de la sociedad mercantil
 - 4.4 De la imputación de responsabilidad a los administradores de hecho en beneficio del acreedor único
 - 4.5 Breve referencia a los seguros de responsabilidad civil como garantía al acreedor único

V CONCLUSIÓN TRABAJO DE FIN DE GRADO

Listado abreviaturas:

art.	<i>Artículo</i>
AP	<i>Audiencia Provincial</i>
AAP	<i>Auto de la Audiencia Provincial</i>
BOE	<i>Boletín Oficial Español</i>
Cc	<i>Código Civil</i>
CCom	<i>Código de comercio</i>
DRGN	<i>Dirección General de los Registros y del Notariado</i>
EDJ	<i>Buscador de Jurisprudencia El Derecho</i>
Ej.	<i>Ejemplo</i>
LC	<i>Ley Concursal</i>
LSC	<i>Ley de sociedades de capital</i>
LSA	<i>Ley de Sociedades anónimas</i>
ONU	<i>Organización de las Naciones Unidas</i>
P.ej.	<i>Por ejemplo</i>
RDRGN	<i>Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado</i>
ROJ	<i>Referencia buscador de jurisprudencia CENDOJ</i>
RRM	<i>Reglamento del Registro Mercantil</i>
SAP	<i>Sentencia de la Audiencia Provincial</i>
S.L.	<i>Sociedad Limitada</i>
STS	<i>Sentencia del Tribunal Supremo</i>
TS	<i>Tribunal Supremo</i>

I. INTRODUCCIÓN

1 DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO Y JUSTIFICACIÓN DE SU INTERÉS E IMPORTANCIA

Las empresas entendidas como agentes económicos o unidades productivas, en el desarrollo de su actividad económica en el mercado, pueden atravesar situaciones de crisis económica por muy diversas causas (mala gestión, problemas de mercado, aciaga situación económica en general, etc.). Esa situación de crisis, a través de cualquiera de sus diversas modalidades, puede originar la imposibilidad por parte del empresario de satisfacer parte o la totalidad de las obligaciones adquiridas en el desarrollo de su actividad económica.

Debemos partir de la premisa de que el empresario deudor tiene la obligación de satisfacer sus deudas con sus acreedores y, en su defecto, ante una palmaria imposibilidad de hacerles frente posee la obligación de acudir al concurso de acreedores¹. De conformidad con la Ley Rituaria Civil, las obligaciones del empresario están garantizadas con todos sus bienes presentes y futuros, tal y como predica el artículo 1911 Código Civil. A su vez, los acreedores pueden ejercitar acciones de rescisión de contratos realizados en fraude de acreedores (art. 1291.3º Cc) y la acción revocatoria o pauliana para actos en fraude de acreedores (art. 1111 Código Civil).

El empresario que incumple sus obligaciones puede verse abocado al cumplimiento forzoso de las mismas, junto con la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. Los acreedores pueden iniciar acciones declarativas o en su caso ejecutivas para reclamar el cumplimiento de las obligaciones que el deudor hubiere contraído con ellos. Lo que supone poder iniciar un procedimiento de ejecución patrimonial singular por el cual un sólo acreedor exige en su propio nombre y para sí el cumplimiento de su derecho insatisfecho de forma coactiva sobre el patrimonio del deudor, pudiendo también el acreedor con sentencia que reconozca su derecho, o bien con título que lleve aparejada ejecución (p. ej. letra de cambio), iniciar un procedimiento de apremio, con el subsiguiente embargo de bienes del deudor, liquidación de los mismos y pago.

Sin embargo, cuando existe una pluralidad de acreedores y el deudor se halla en situación de iliquidez, es decir, no puede cumplir regularmente con sus obligaciones conforme devienen exigibles, o de insuficiencia patrimonial lo cual supone que su pasivo exigible es superior al activo realizable, el recurso a las ejecuciones singulares deviene en primer lugar, injusto, pues solo cobrarán algunos acreedores, generalmente los más cercanos al deudor (por ejemplo familiares, administradores...) o los más preparados e informados a nivel jurídico y procedural (por ejemplo Bancos); en

¹ Debe acudir al concurso de acreedores preferentemente a la disolución, ello en virtud del art. 361 LSC.

segundo lugar, ineficiente pues produce una grave desorganización en el patrimonio del deudor que merma el grado de satisfacción de los acreedores; y por último, dificulta la continuidad de la empresa, en situaciones en que pese a la crisis sería posible su reorganización y salvamento. Por eso, en situaciones de insolvencia se instaura un procedimiento de ejecución colectiva, el procedimiento concursal o concurso de acreedores, que parte de los postulados de comunidad de pérdidas y de tratamiento igualitario a los acreedores o *par condicio creditorum*. Se estructuran como principios básicos del procedimiento concursal: la universalidad patrimonial, que supone que quedan afectados todos los bienes del deudor (art. 1911 Cc) y en ocasiones incluso los de terceros (cónyuge, socios colectivos, etc...); la existencia de una colectividad de acreedores o concurrencia de varios acreedores, requisito objeto de estudio en este trabajo de investigación, y en último lugar, la comunidad de pérdidas o ley del dividendo que supone que todos los acreedores verán disminuido el importe de su crédito en proporción al desequilibrio patrimonial.

En este marco constituye nuestro objeto básico de estudio la controversia existente entre la jurisprudencia y la doctrina frente a los recientes planteamientos de la Dirección General de los Registros y del Notariado, referentes a la viabilidad de aceptar un concurso de acreedores sin una pluralidad de los mismos. Dicha controversia se funda en la inadmisión por parte de la DGRN de escrituras de liquidación de empresas pobres en masa con un solo acreedor, incapaces de pagar o al menos consignar su deuda con su acreedor único y la remisión que realiza ésta a los liquidadores de dichas empresas al procedimiento concursal como el procedimiento adecuado para esta tipología de empresas; posicionándose en contra de un modo prácticamente unánime la doctrina y la jurisprudencia, al considerar como presupuesto material necesario para la declaración del concurso de acreedores la existencia de una pluralidad de los mismos.

Resulta ineludible, ofrecer una solución a estas situaciones, que aunque no predominantes por su número, no son de ningún modo inexistentes, puesto que al aceptar el concurso de acreedores personas físicas y no limitar la tipología aceptada de personas jurídicas, no resulta infrecuente situaciones de insolvencia con un solo acreedor en el actual contexto económico (p. ej. promotor de viviendas con un crédito hipotecario sobre los terrenos que finalmente por la situación económica no realiza dicha promoción). Debiendo por ello mostrar la doctrina, jurisprudencia y DRGN una respuesta unánime y firme con objeto de evitar incongruencias y diferencias entre la

realidad fáctica y la jurídica como las que derivan de la no aceptación de la inscripción de la escritura de liquidación de empresas con un acreedor único.

Reviste especial importancia esta situación, ya que de no ofrecer una solución adecuada a la liquidación y extinción de empresas pobres en masa con un acreedor único, de un lado estaríamos sosteniendo una situación de indefensión jurídica, puesto que ni se le permite la inscripción de su liquidación y extinción, ni en modo alguno iniciar el procedimiento concursal, y de otro lado, promocionando la creación de un nuevo plano, el plano registral, que mostraría empresas muertas a nivel económico, completamente distinto del plano extraregistral o fáctico, que mostraría la realidad, es decir, empresas carentes de actividad económica. Esta dicotomía entre el plano registral y el plano fáctico, afecta gravemente a la seguridad jurídica puesto que se parte de la presunción de la correlación entre la realidad y el registro mercantil.

Del mismo modo, resulta imprescindible la comparación de los métodos o soluciones ofrecidas con la ejecución singular u acciones civiles (como la acción revocatoria de los actos realizados por el deudor en fraude de acreedores del artículo 1111 Código Civil) y garantías ofrecidas por el Derecho común (artículo 1911 Código Civil) y por la legislación societaria (ordenación del procedimiento liquidatorio, acciones de responsabilidad frente a liquidadores y administradores) con el procedimiento concursal, con objeto de desvirtuar o confirmar la afirmación de la DRGN de que un acreedor único, se ve en una posición de desigualdad jurídica si se le priva del procedimiento concursal y se le deriva al procedimiento de ejecución singular o a la liquidación societaria.

En conclusión, para realizar un análisis cabal, preciso y riguroso es necesario contraponer ambas vías de liquidación, concursal y societaria, analizar su posible aplicación a estas empresas pobres en masa con un solo acreedor.

2 METODOLOGÍA DE ESTUDIO

El objetivo del presente trabajo de investigación es analizar desde un punto de vista jurídico la contraposición de posturas existente respecto a la admisibilidad de los

concursos de acreedores de empresas pobres en masa, que sitúa por un lado a la DGRN, y por otro, en una posición antagónica, a la jurisprudencia y la doctrina.

El estudio crítico se fundamenta en el análisis de los diferentes argumentos esgrimidos por ambas partes, así como la observación de las posibles soluciones derivadas de dichos argumentos, la aseveración de una postura crítica frente a ambas y con ello la proposición de una solución viable a nivel jurídico y fáctico. Para ello, con objeto de realizar un análisis de calidad serán examinados diferentes artículos doctrinales, la regulación actual en nuestro ordenamiento jurídico, así como un estudio de Derecho comparado de diferentes ordenamientos jurídicos comunitarios, principalmente el alemán, italiano y portugués, y como pilar fundamental de este trabajo de investigación, la cambiante línea doctrinal de la DGRN, que ha dado pie a la realización del mismo. Es pues trascendental, el estudio realizado de la evolución de la postura de la DGRN, plasmada fundamentalmente en el proceso de cambio que tiene como punto de partida la RDGRN de 29 de abril de 2011 (del mismo modo la RDGRN 13-4-2000) a la que se contrapone la contradicción RDGRN de 2 de julio de 2012, que rechaza la inscripción de una escritura de liquidación y extinción de una sociedad con un único acreedor no satisfecho, que aboca al mantenimiento de la personalidad jurídica de sociedades que ya no poseen una existencia fáctica pues no realizan actividad económica alguna, ni poseen masa suficiente para satisfacer a su único acreedor.

II EL PROCESO DE CAMBIO DE CRITERIO DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO: DE «OCEAN COSMETICS S.L.» A «GRANJAS CARNIPORK S.L. »

Los antecedentes que contextualizan la nueva doctrina y el cambio de criterio de decisión de la DRGN, son pormenorizadamente los siguientes:

1. OCEAN COSMETICS. Resolución de 29 de abril de 2011, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE 23/05/11)

Mediante escritura autorizada se formalizaron los acuerdos de liquidación y extinción, adoptados por unanimidad en la junta general universal de la sociedad «Ocean Cosmetics, S.L.». En dicha escritura se expresa por el liquidador que existe un solo acreedor al que no se le ha pagado ni asegurado su crédito por encontrarse la sociedad en estado de insolvencia total y definitiva, sin activo social alguno, según se acredita con el balance final de liquidación. Añade que «no se ha solicitado procedimiento

concursal judicial por ser conforme a Derecho que la pluralidad de acreedores es presupuesto necesario para la existencia de tal procedimiento».

El Registrador, en su nota de calificación, entendió que el pago a los acreedores es requisito previo a la liquidación y extinción de la sociedad con base en los artículos 385 y 390 LSC. En consecuencia, consideró el Registrador que no procede someter a la junta general el balance final de liquidación si no se han concluido las operaciones de liquidación, entre las que se incluye el pago a los acreedores. Por ello y conforme al artículo art. 395 LSC, estimó que la escritura de extinción de la sociedad debía contener la manifestación de los liquidadores de que se había procedido al pago de los acreedores o la consignación de sus créditos por aplicación del artículo 247.2.3 del Reglamento del Registro Mercantil que exige la inclusión de una manifestación de los liquidadores en el sentido de «Que se ha procedido a la satisfacción de los acreedores o a la consignación o aseguramiento de sus créditos, con expresión del nombre de los acreedores pendientes de satisfacción y del importe de las cantidades consignadas y de las aseguradas, así como la entidad en que se hubieran consignado y la que hubiera asegurado el pago de los créditos no vencidos». A su vez, entiende que el procedimiento legal previsto para la extinción de la sociedad cuando no hay haber social con el que satisfacer a los acreedores es el concurso de acreedores por aplicación de los arts. 2, 4, 21, 40, 43, 48, 163 y siguientes, entre otros, de la Ley Concursal.

Frente a lo anterior la sociedad alega que no puede solicitar el concurso dado que solo tiene un acreedor, y cita, como fundamento de su recurso, una resolución de la DGRN de 13 de abril de 2000. Sin embargo, el registrador entiende que la Resolución citada no es de aplicación, en tanto que es previa a la entrada en vigor de la Ley Concursal, que tuvo lugar el 1 de septiembre de 2004. Además y en su opinión, el concurso de acreedores está configurado en su regulación legal actual no sólo como un procedimiento de reparto del haber social entre los acreedores, sino también como un procedimiento alternativo de extinción de la sociedad en el Registro Mercantil.

Frente a lo anterior, se interpuso recurso alegando, en esencia, que los preceptos de la Ley de Sociedades de Capital referentes a la obligación del liquidador del pago de las deudas sociales, satisfacción de los acreedores o consignación de sus créditos como presupuesto previo a la extinción de la sociedad, no son aplicables si la situación de la entidad es la de insolvencia total y definitiva. Asimismo, considera que la pluralidad de

acreedores es un presupuesto imprescindible de la declaración de una situación concursal, según resulta no sólo de la propia denominación del procedimiento sino de numerosos preceptos de la Ley Concursal. Y añade que en caso de existencia de un único acreedor su protección se asegura mediante la ejecución singular frente al deudor, con base en el principio de responsabilidad patrimonial universal derivado del artículo 1911 del Código Civil, con posibilidad de ejercitar las acciones previstas en este Código para los actos realizados en fraude de acreedores (artículo 1291-3.º) o por medio de la acción revocatoria o pauliana (artículo 1111).

Afirma la DGRN en esta resolución, de un lado, que la vigente Ley Concursal no exige expresamente que exista una pluralidad de acreedores para que se declare a un deudor en situación concursal, aunque la mayoría de los comentaristas infieren la existencia de tal presupuesto no sólo de la propia Exposición de Motivos sino de los numerosos preceptos que se refieren a esa pluralidad de acreedores, y de otro lado, antes de la entrada en vigor de la Ley Concursal, la mayoría de la doctrina y el Tribunal Supremo en Sentencia de 9 de enero de 1984, consideraron imprescindible la existencia de pluralidad de acreedores para la declaración de quiebra o la admisión de la solicitud de suspensión de pagos.

Partiendo de la premisa de que en el ámbito estrictamente registral no existe norma alguna que supedite la cancelación de los asientos registrales de una sociedad de capital que carezca de activo social a la previa declaración de concurso, es decir, no considera determinante la RDGRN la existencia una resolución judicial que así lo disponga en el correspondiente procedimiento concursal, afirmó la DRGN por esta razón que puede resolverse la cuestión planteada sin necesidad de prejuzgar sobre la procedencia o improcedencia de la declaración de concurso.

El mismo Centro Directivo ya afirmó en Resolución de 13 de abril de 2000 que, en primer lugar, es principio básico de nuestro ordenamiento jurídico societario que el reparto del haber social entre los socios requiere inexcusablemente de la previa satisfacción de los acreedores sociales –o la consignación o el depósito del importe de la obligación pendiente e, incluso, su aseguramiento o afianzamiento- siendo también cierto que esas disposiciones relativas al pago de los acreedores o consignación de sus créditos presuponen necesariamente una disponibilidad patrimonial que permita el cumplimiento de tales obligaciones, y en segundo lugar, que la cancelación de tales asientos no perjudica al acreedor, toda vez que se mantiene la aptitud de la sociedad

para ser titular de derechos y obligaciones, mientras no se hayan agotado todas las relaciones jurídicas pendientes de la misma (cfr. artículos 390.1, 391.2, 395.1, 398 y 399 de la Ley de Sociedades de Capital y 228 del Código de Comercio; y, por todas, la Resolución de 5 de marzo de 1996). Por todo ello, estimó la DGRN el recurso².

2. GRANJAS CARNIPORK S.L. Resolución de 2 de julio de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE 18/09/12)

El documento que dio lugar a la controversia que dirime la DGRN es una escritura por la que el liquidador único de Granjas Carnipork SL eleva a público los acuerdos sociales adoptados en junta general universal de la compañía en los que se decidía la liquidación y extinción de la sociedad, previa aprobación del balance final de liquidación. De la escritura y balance se desprende que existe un único acreedor social al que la compañía adeuda la cantidad de 390689,72 euros, que no pueden satisfacerse en absoluto por inexistencia de haber social.

En dicha escritura, el liquidador manifiesta que la sociedad se encuentra en situación de insolvencia total y definitiva, lo que le imposibilita para cumplir con las obligaciones que le son propias dada la inexistencia de haber social ni activo alguno para hacer frente al pago, consignación, aseguramiento o afianzamiento de crédito del único acreedor existente, y que no es posible la interposición de procedimiento concursal al no existir concurrencia de acreedores, por tratarse de un acreedor único, acordándose la liquidación de la sociedad y solicitándose la cancelación de los asientos registrales, todo ello al amparo de las RDGRN 13 de Abril de 2000 y 29 de abril de 2010.

Presentada la escritura a inscripción, el registrador mercantil emitió una nota de calificación en la que acordaba denegar la inscripción. Sus razonamientos jurídicos, por su orden estricto, son los cinco siguientes:

En primer lugar, afirma el registrador que el pago es requisito previo a la liquidación y extinción de la sociedad. A esta conclusión llega el registrador mercantil tras interpretar conjuntamente los arts. 385, 390 y 395 LSC. Puesto que el art. 385 atribuye al legislador la función de pagar las deudas sociales y el art. 390 establece que el balance final solo puede someterse por los liquidadores a la aprobación de junta general concluidas las operaciones de liquidación, debe concluirse que no procede someter a su aprobación el balance final de liquidación sino se han concluido las operaciones de liquidación, entre

² Para un estudio o examen pormenorizado, véase RDGRN de 29/04/11 (BOE 23/05/11)

las que se incluye el pago a los acreedores. Del mismo modo, el art. 395 LSC, establece que la escritura de extinción de la sociedad debe contener la manifestación de los liquidadores de que se ha procedido al pago de los acreedores o a la consignación de sus créditos.

Esta interpretación conjunta se ve reforzada además por lo dispuesto en el art. 247.2.3º RRM en cuanto exige que la escritura contenga la manifestación de los liquidadores, de que se ha procedido a la satisfacción de los acreedores o a la consignación o aseguramiento de sus créditos, con expresión del nombre de los acreedores pendientes de satisfacción y del importe de las cantidades consignadas y de las aseguradas, así como la entidad en que se hubieran consignado y la que hubiera asegurado el pago de los créditos no vencidos.

En segundo lugar, esgrime el registrador el argumento de que el procedimiento legal previsto para la extinción de la sociedad cuando no hay haber social con el que satisfacer a los acreedores es el concurso de acreedores. Este segundo razonamiento jurídico que ofrece la DRGN se fundamenta en el art. 2 LC que establece la insolvencia del deudor como el presupuesto objetivo del concurso. Además, conforme a los art. 4, 2, 40, 43, 48, 71 y 163 LC, entre otros, el concurso es el procedimiento adecuado para depurar las posibles responsabilidades del deudor, y en su caso, para la reintegración de su patrimonio.

Los arts. 142 y ss. LC, configuran el concurso como procedimiento legal adecuado para la liquidación legal de la sociedad y el art. 178.3 LC configura el concurso como procedimiento adecuado para operar la extinción de la sociedad insolvente. En opinión del Registrador, el concurso de acreedores está configurado en su regulación actual no solo como un procedimiento de reparto del haber social entre los acreedores, sino también como un procedimiento alternativo de extinción de la sociedad en el Registro Mercantil, en el caso de que los liquidadores no puedan realizar las manifestaciones que les impone el art. 395 LSC para que puedan otorgar válidamente la escritura de liquidación de la sociedad.

En tercer lugar, afirma que la falta de pluralidad de acreedores no es excusa para no instar el concurso de la sociedad insolvente. Al decir el registrado mercantil que la imposibilidad de instar el concurso en ausencia de pluralidad de acreedores produciría efectos tales como que un deudor con 2 acreedores a los que les deba 100 euros, estaría obligado a acudir al procedimiento del concurso para conseguir una extinción de la

sociedad en el Registro, mientras que un deudor como el del presente, con la cantidad que debe y un solo acreedor podría extinguir la sociedad sin someterse a procedimiento alguno.

Por último, afirma que de aceptarse la liquidación de la sociedad en estos casos, sin control judicial, se estaría abriendo una grave quiebra en el procedimiento concursal. Según la tesis del registrador mercantil no es admisible que la sociedad insolvente pueda legítimamente escapar al concurso a través de un simple acuerdo social de disolución y liquidación, pues de esa manera se eludiría el procedimiento legalmente establecido para depurar las responsabilidades inherentes a los hechos mismos de la insolvencia sobrevenida.

Con base en estos argumentos, el registrado mercantil denegó la inscripción solicitada. Sin embargo, añadió a su nota de calificación que, con el consentimiento de los interesados, podría inscribirse el acuerdo de disolución, que deja a la sociedad en liquidación, pero no la liquidación en tanto no se acrediten las circunstancias legalmente exigibles respecto del acreedor declarado (pago o consignación).

Frente a la nota de calificación del registrador mercantil, «Granjas Carnipork S.L.» interpuso recurso ante la DGRN manifestando su desacuerdo por varios motivos. En primer lugar, fundamentó el recurso dicha empresa en que la sociedad había cumplido todas y cada una de las obligaciones legales exigidas durante el periodo de liquidación social. La doble circunstancia de existencia de un único acreedor y de inexistencia de bienes y derechos la situaban en una posición de insolvencia total para hacer frente al pago del único acreedor, así como a la consignación o aseguramiento de su crédito. Así mismo, en la escritura de liquidación y extinción de la entidad se incorporó el balance final de liquidación aprobado por la junta general, declarándose expresamente la inexistencia de haber social y la existencia de un único acreedor, al que no se le ha pagado, consignado ni asegurado su crédito, por carecer la sociedad de activo alguno, como tampoco se ha distribuido cantidad alguna a los socios en concepto de cuota de liquidación. Argumenta la representación de Carnipork S.L. que para cumplir con los arts. 385, 390 y 395 LSC, relativos a la obligación del liquidador del pago de las deudas sociales, satisfacción de los acreedores o consignación de sus créditos como presupuesto previo a la extinción de la sociedad, es necesaria la solvencia de la compañía, o al menos la existencia de bienes y derechos. El art. 247.2.3º RRM sólo es aplicable en los

casos en que existe un haber social con el que el liquidador puede atender al pago de los créditos.

Del mismo modo, argumenta que el procedimiento legal previsto para la extinción de la sociedad cuando la sociedad carece de activo no es el concurso de acreedores, tanto menos cuando faltando una pluralidad de acreedores no podría abrirse el procedimiento concursal. En este sentido es abundante la doctrina jurisprudencial que se pronuncia sobre la inadmisión de la solicitud de concurso por la existencia de una pluralidad de acreedores, así, entre otros, los autos de la AP de las Palmas (sala 4º) de 4 de diciembre de 2009, auto AP de Castellón (sala 3º) de 25 de Noviembre de 2009, de la AP de Castellón (sala 3) de 8 de Octubre de 2009, de la AP de Las Palmas (sala 4º) de 18 de septiembre de 2009, de la AP de Barcelona (sala 15) de 12 de Septiembre de 2008 y de la AP de Madrid (sala 28) de 10 de Arbil de 2008.

Esgrime también en el recurso que la imposibilidad de acceder al concurso por falta de pluralidad de acreedores no significa, sin embargo, que el acreedor único quede desprotegido. De un lado, el principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 Código Civil) posibilita que el acreedor persiga extraconcursalmente la totalidad del patrimonio del deudor. De otro lado, existen al margen del concurso acciones que permitirían la reintegración del patrimonio social (arts. 1291.3 y 1111 Código Civil), así como las acciones de responsabilidad que pueden ejercitarse contra administradores sociales y liquidadores y que permiten dirigirse contra el patrimonio personal de éstos en determinadas situaciones.

Finalmente, la inscripción de la liquidación y extinción de la sociedad no es más que la constatación registral de la extinción de la sociedad en el ámbito de tráfico jurídico, una vez finalizado el periodo de liquidación, la no inscripción de la escritura de liquidación y extinción de Granjas Carnipork S.L. llevaría a la incongruencia de mantener viva una sociedad fantasma. Así, la doctrina sentada por las RDGRN de 13 de Abril de 2000 y 29 de Abril de 2011 permite armonizar la protección de terceros y la congruencia del registro con la realidad jurídica extraregistral, siendo suficiente que en el balance de liquidación, y bajo la responsabilidad del liquidador, conste la inexistencia de activo alguno para la satisfacción del acreedor. Aún con todo lo expuesto la Dirección General acordó desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación acogiendo la argumentación del Registrador mercantil³.

³ Para un análisis detallado véase RDGRN 2 de Julio de 2012 (BOE 18/09/12)

III LA PLURALIDAD DE ACREDITORES COMO PRESUPUESTO MATERIAL DEL CONCURSO

1 PRESUPUESTOS DEL CONCURSO

El concurso de acreedores como proceso jurisdiccional está condicionado en su declaración a la concurrencia de los presupuestos que lo fundan y que pueden sistematizarse en procesales y materiales. En efecto, en el concurso, de modo paralelo a lo que acontece en otros procesos jurisdiccionales dentro de los presupuestos procesales necesarios para la declaración del concurso puede distinguirse, de un lado, los presupuestos relativos a la jurisdicción (competencia del juez que conoce del concurso y que, tras la reforma introducida por la Ley Orgánica del Poder Judicial, corresponde al juez de lo mercantil) y, de otro lado, los presupuestos materiales, objetivos y subjetivos, presupuestos que no son únicamente preceptivos para el concursado, sino también para los acreedores y demás sujetos legitimados para solicitar el concurso⁴. Por ello, la incardinación de los presupuestos materiales reviste una transcendental relevancia, constituyendo un *prius* respecto del análisis de cualquier otra cuestión, puesto que de ello depende el deber correspondiente al deudor de solicitar concurso en el supuesto de concurso voluntario, así como el de los demás sujetos legitimados en la Ley Concursal para solicitar el concurso.

2 LA PLURALIDAD DE ACREDITORES COMO PRESUPUESTO IMPLÍCITO DEL CONCURSO

2.1 Argumentos legales

Del examen de la Ley Concursal, en concreto del Capítulo Primero del Título Primero de la Ley que lleva por rúbrica «De los presupuestos del concurso» podría desprenderse que serían dos los presupuestos materiales del concurso: de un lado, el relativo al deudor que puede quedar sometido al concurso (tal y como se enuncia en el art. 1

⁴ Véase, en este sentido, PULGAR EZQUERRA, J., *La declaración del concurso de acreedores*, La Ley, Madrid, 2005, p.179, que sigue la sistemática de FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A. “Comentario al artículo 7 LC”, en AA.VV. *Derecho concursal práctico*, Fernández (coord.), Iurgum, Madrid, 2004, pp.57-58.

«Presupuesto subjetivo») y de otro, el presupuesto objetivo, que aborda el estado de insolvencia, en definitiva, la situación económica determinante de la declaración del concurso de acreedores. No obstante, en palabras de PULGAR EZQUERRA «de un análisis de ambos preceptos en el marco general de la reforma se deriva que, además del presupuesto subjetivo y objetivo, debe concurrir como presupuesto material de la declaración de concurso la existencia de una pluralidad de acreedores en la que residen el fundamento mismo del concurso y, de manera más cuestionable, la suficiencia de masa activa». Se posiciona la citada autora como parte de una línea doctrinal que infiere como presupuesto material del concurso de acreedores la pluralidad de los mismos, siendo la fuente de la deducción el preámbulo de la Ley Concursal, numerosos preceptos a lo largo de la misma (arts. 22.2, 4.1, 6.2.4º, 15, 19.3, 21.1.5º, 49, 76, 75.2.2º), así como la propia finalidad del procedimiento concursal. Cabe decir, que la conformidad con dicha línea doctrinal es extensa, pudiendo incluso denominarla como casi unánime⁵, siendo de igual modo extensa dentro de la jurisprudencia, y aceptada como criterio de la DRGN hasta la Resolución de 2 Junio de 2012.

Al abordar las características del deudor concursal debe afirmarse que solo se exige en la Ley Concursal la condición de persona natural o jurídica (art. 1.1 LC)⁶, introduciendo una regla de unidad subjetiva⁷. Es irrelevante si el deudor ostenta o no la condición de comerciante o empresario, al haber puesto fin la LC a la dualidad anteriormente existente en materia civil y mercantil. Esta unificación subjetiva tiene su justificación en la necesidad de proporcionar soluciones idénticas a problemas similares relacionados

⁵ En sentido contrario en la doctrina, entendiendo admisible la declaración del concurso con un solo acreedor, BELTRÁN, E. en “La liquidación de sociedades y el concurso de acreedores” en AA.VV. *La liquidación de las sociedades mercantiles*, Beltrán (dir.) Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 428, admitiendo que la pluralidad de acreedores constituye presupuesto del concurso en sentido amplio pero no de la declaración del concurso de modo que aunque exista un solo acreedor el juez deberá declarar el concurso de modo que aunque exista un solo acreedor el juez deberá declarar el concurso, salvo en aquellos casos supuestos ciertamente excepcionales en los que pudiere resultar de forma manifiesta la inexistencia de otros acreedores resultantes incluso del propio procedimiento, fundamentalmente por el ejercicio de acciones de reintegración.

⁶ A diferencia del sistema anterior que propugnaba una dualidad de procedimientos, que variaba según si el deudor era comerciante (procedimiento de quiebra y suspensión de pagos) o no comerciante (concurso de acreedores y la quita y espera para las personas físicas no mercantiles). Véase al respecto GONZÁLEZ LECUONA, M.M., en AA.VV. *Comentarios a la Ley Concursal*, Cordón (Dir.), tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, p. 89.

⁷ La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, instauró en nuestro país un sistema concursal moderno y unitario, de aplicación tanto a personas jurídicas como naturales, con independencia de que sean empresarios y profesionales. Un sistema que se rige por los principios de unidad legal, de disciplina y de procedimiento.

con las crisis económicas⁸. Tras la aprobación de la LC, y su característica unificación subjetiva se superan numerosos problemas existentes hasta entonces, y se une nuestro ordenamiento jurídico a la tendencia marcada tradicionalmente en los modelos anglosajón y germánico caracterizados por regular unitariamente el tratamiento de las crisis económicas con independencia de la condición empresarial del deudor⁹.

No obstante lo anteriormente expuesto, es necesario aceptar como una necesidad la concurrencia en el deudor de una condición añadida, que no es sino ser deudor de una pluralidad de acreedores.

La actual ordenación concursal, y en concreto el art. 2.1 LC, precepto delimitador del presupuesto objetivo del concurso de acreedores, establece «La declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común, encontrándose en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles», parece mostrar una fuerte inclinación por parte de legislador hacia la necesidad de una pluralidad de acreedores, implícita en la expresión deudor común. Del mismo modo puede inferirse la pluralidad de acreedores del art. 3.1 LC que afirma que «Para solicitar la declaración de concurso están legitimados el deudor, cualquiera de sus acreedores...», en concreto de la expresión cualquier de los acreedores, e igualmente en el art. 6.2.4º donde se exige que presente el deudor conjuntamente con su solicitud una relación de acreedores, entre otros documentos. En este sentido, pueden mencionarse a título enunciativo los arts. 22.2, 4.1, 15, 19.3 21.1.5º, 49, 75.2.2º y 76, todos de la LC. En consecuencia, parece acertado posicionarse del lado de quienes entienden que inicialmente debe concurrir, en calidad de presupuesto del concurso de acreedores, una pluralidad de los mismos, y que incluso el solicitante del concurso debe probar esa pluralidad, es decir, el acreedor debe probar una coexistencia con otros acreedores en inicio¹⁰.

Todo lo expuesto remite a dos ideas claras: pluralidad de acreedores, y el carácter inicial de la misma, lo que nos deriva al estudio de ese espacio temporal inicial y de quién ha de demostrar la pluralidad en función de donde situemos el inicio. Tal y como se desprende del art. 2.4 «Si la solicitud de declaración de concurso la presenta un

⁸ Así, GARCÍA VILLAVERDE, en “El presupuesto subjetivo de la apertura del concurso” en AA.VV. *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal*, Ureba (dir.), Dilex, Madrid, 2008 , pp. 34-35

⁹ Vid. PULGAR EZQUERRA, J. *La declaración del concurso ... op. cit.*, p.180.

¹⁰ AA.VV. *Comentarios a la legislación concursal... cit.*, Madrid, 2004, p. 91.

acreedor...» y del art. 3.1 «Para solicitar la declaración de concurso están legitimados el deudor, cualquiera de sus acreedores» la solicitud del concurso de acreedores puede provenir de un solo acreedor, lo que nos conduce a plantearnos si la ya mencionada pluralidad inicial debe alegarse y probarse por el solicitante, siendo ello un requisito inexpugnable para que se produzca la admisión a trámite de la solicitud de concurso de acreedor, o si por el contrario, se analizará durante el desarrollo del proceso. Es cierto que en la Ley Concursal no se exige en modo alguno que el solicitante deba probar con su solicitud, además de su acreditación como legitimado (art. 7.1 LC) y los hechos sobre los que fundamenta su solicitud (art. 2.4 LC), otros extremos relativos a la pluralidad de acreedores, no exigiéndose expresamente al juez que compruebe esta concurrencia en sede de admisión a trámite de la solicitud (art. 13 LC).

A su vez, sobre la base del art. 19.3 puede inferirse en sede de oposición por el deudor a la solicitud de concurso de acreedores y respecto de la consignación por el deudor del crédito vencido del acreedor instante, que dicha pluralidad no constituyó presupuesto de la admisión a trámite de la solicitud del concurso de acreedores. Este artículo reza «En caso de que el solicitante no compareciera o, habiéndolo hecho, no se ratificase en su solicitud, y el juez considerase que concurre presupuesto objetivo para la declaración de concurso, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2, y de las actuaciones resulte la existencia de otros posibles acreedores, antes de dictarse el auto que resuelva sobre la solicitud, se les concederá un plazo de cinco días para que formulen las alegaciones que les conviniesen», de lo cual parece derivarse que se pudo admitir a trámite la solicitud de concurso sin verificación de la existencia de una pluralidad de acreedores o, incluso, con verificación de su inexistencia, determinando esa pluralidad verificada en la vista que sigue a la oposición del deudor, la necesaria concesión a los acreedores de un plazo de 5 días para que formulen las alegaciones convenientes, no resolviéndose la resolución que debe emanar el juez, resultando obvio que no continuará el concurso¹¹.

Del mismo modo, no se regula en nuestra ordenación concursal como causa de conclusión del concurso de acreedores la denominada «unipersonalidad crediticia sobrevenida», consistente en que, dada una pluralidad inicial de acreedores, a lo largo del desarrollo del procedimiento concursal quede reducida a la existencia de un acreedor único.

¹¹ Véase, en este sentido, PULGAR EZQUERRA, J., *La declaración del concurso... cit.*, p.179.

De conformidad con lo expuesto, el art. 176 LC que regula las causas de conclusión del concurso, en ningún momento contempla la unipersonalidad crediticia sobrevenida, sino que, en su apartado 3º, establece que «En cualquier estado del procedimiento, cuando se compruebe la insuficiencia de la masa activa para satisfacer los créditos contra la masa», lo que debe interpretarse como que no concluirá hasta que se produzca o compruebe el pago o la consignación de la totalidad de los créditos reconocidos o a la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio, por lo que, mientras exista un solo acreedor insatisfecho, el concurso seguirá tramitándose. Por tanto, podemos deducir que la pluralidad de acreedores no constituye una condición para el desarrollo del proceso¹².

No obstante, partiendo de la unanimidad asentada sobre la base de numerosas aportaciones doctrinales así como de la *praxis* judicial, parece acertado sostener y posicionarse en este sentido, coincidiendo en que inicialmente debe concurrir una pluralidad de acreedores y que el solicitante debe probar que existen otros acreedores, ya sea documentalmente, o mediante testigos¹³. En este sentido, tal y como establece el art. 7.2 LC, el solicitante debe expresar en su solicitud los medios de prueba de que se valga o pretenda valerse para acreditar los hechos en que fundamenta su solicitud y, entre ellos, la existencia de una pluralidad de acreedores (por ejemplo, documentos como cartas dirigidas a una pluralidad de acreedores en que el deudor les expone su situación y les pide esperas o condonación de deudas y reclamaciones de obligaciones vencidas y no satisfechas)¹⁴.

La doctrina mayoritaria considera incluso que el requisito de la pluralidad de acreedores es imprescindible, aunque no sea fácil su acreditación, sobre todo en el caso del concurso necesario. Respecto del concurso voluntario no debe existir problema, puesto que el art. 6.2.4º de la Ley Concursal exige que con la solicitud del deudor se aporte una relación de acreedores por orden alfabético, con expresión de la identidad de cada uno de ellos, así como de la cuantía y el vencimiento de los respectivos créditos y las garantías personales constituidas. De modo que en el caso de no aportarse la mencionada

¹² Debe destacarse en sentido contrario, BERCOVITZ RODRIGUÉZ-CANO, R. en AA.VV. *Comentarios a la Ley Concursal*, Volumen I, Bercovitz (dir.) Tecnos, Madrid, pp. 39 y 40.

¹³ Prueba que, tras la reforma no ha venido siendo bastante por sí sola tal y como se desprende del art. 7.2 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

¹⁴ *Vid.*, en este sentido, y del cual ha sido extraído el grueso de la exposición PULGAR EZQUERRA, J., “La necesaria pluralidad inicial de acreedores” en *La declaración de concurso...cit.*, pp. 475 y ss. PULGAR EZQUERRA, J. en AA.VV. *Comentarios a la legislación...cit.*, p. 258.

relación de acreedores, por no existir una pluralidad de los mismos, se está incumpliendo un requisito apreciable de oficio por el juez, lo que daría lugar, de no subsanarse, a la denegación de la declaración del concurso conforme al art. 14 Ley Concursal.

Respecto del concurso necesario, debe resaltarse que determinados supuestos de los enumerados en el art. 2.4 de la Ley Concursal como constitutivos de insolvencia implican la existencia de una pluralidad de acreedores, como son el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones y los embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera generalizada al patrimonio del deudor. En estos supuestos enumerados en el art. 2.4 queda acreditado aunque sea indirectamente la existencia de una pluralidad de acreedores. Pero en otros supuestos ello no parece necesario ni exigible, así, por ejemplo, en supuestos de: título por el que se haya despachado ejecución sin que del embargo resulten bienes libres suficientes para el pago, alzamiento o liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor, incumplimiento de obligaciones tributarias, incumplimiento obligaciones frente a la Seguridad Social, lo que quiere decir que el juez no podrá considerar la falta de alegación y prueba de la pluralidad de acreedores como un defecto que haya de subsanarse. Ahora bien ello no quiere decir que la falta de ese requisito carezca entonces de relevancia, ya que podrá ser alegada por el deudor en su oposición conforme a los arts. 18.2 y 19 LC y, en su caso, apreciada de oficio por el juez, constituyendo causa suficiente para desestimar la solicitud¹⁵.

De nuevo, con objeto de hacer hincapié en esta idea, debe señalarse que el anteriormente mencionado art. 3 Ley Concursal establece «Para solicitar la declaración de concurso están legitimados el deudor, cualquiera de sus acreedores...», de donde parece desprenderse que la solicitud por un solo acreedor está expresamente permitida, debiendo matizarse, que en el caso de que haya oposición a la solicitud del concurso necesario, el deudor debe basar su oposición en la pluralidad de acreedores, aunque no lo prevea expresamente el art. 18.2 de la Ley concursal¹⁶.

La necesidad de la pluralidad de acreedores analizada, deviene principalmente del concepto de deudor común al que se refiere el art. 2.1 LC, puesto que la situación de

¹⁵ *Vid.*, BERCOVITZ RODRIGUÉZ-CANO, R. *Comentarios a la... cit.*, p. 39 y 40

¹⁶ VELA TORRES, J., “La pluralidad del acreedores como requisito del concurso” *Anuario derecho concursal* nº 11, 2007, pp. 221-229

insolvencia en torno a la que gira el concurso de acreedores debe recaer sobre un deudor, sobre un deudor común, que exige o lleva inherente a su significado la existencia de una pluralidad de acreedores. De un examen terminológico, podemos afirmarlo de nuevo, ya que si concurso significa concurrencia de varios conllevando implícitamente una pluralidad, en caso de irrogarle la potestad al acreedor único, aceptaríamos un nuevo concurso, que no de acreedores, sino un concurso sin concurso, exento de concurrencia, careciendo por completo de sentido imponer una situación especial de reconducción hacia la cooperación cuando el acreedor fuera único¹⁷.

Este razonamiento también tiene su reflejo en el ámbito comunitario en el Reglamento CE núm. 1346/2000, de 29 de mayo de 2000, del Consejo, sobre Procedimientos de Insolvencia, establece en su art. 1º, al regular el ámbito de aplicación de la norma, que «el presente reglamento se aplicará a los procedimientos colectivos fundados en la insolvencia del deudor que impliquen el desapoderamiento parcial o total de este último y el nombramiento de un síndico». La referencia a procedimiento «colectivo» evidencia que ha de existir una pluralidad de acreedores pues no sería necesario adjetivarlo así si se refiriera a un único procedimiento que afectara a la totalidad del patrimonio del deudor.

2.2 Argumentos de índole práctica

Junto a estas razones o fundamentos legales, pueden mencionarse también razones de orden práctico que se posicionan a favor de la inadmisibilidad del concurso de un único acreedor, pues pudiéndose acudir a la ejecución singular, no parece lógico iniciar el procedimiento concursal, que produce un incremento considerable del pasivo del deudor. El concurso genera costes y gastos relevantes y así, y a título ejemplificativo, pueden citarse los gastos de publicidad de declaración del concurso o los honorarios de la administración concursal.

En caso de existencia de un acreedor único, la ejecución singular es un instrumento más idóneo y suficiente para la realización del derecho de crédito. El concurso es procedimiento especial, más complejo, con mayores demoras y reglas particulares. No hay necesidad de exponer a un acreedor a la complejidad y lentitud de un proceso de insolvencia ni a un deudor a sus efectos adversos cuando el ordenamiento ha previsto mecanismos más expeditos y eficaces.

¹⁷ PEINADO GRACIA, J, “Cooperación y pillaje en el concurso”, *Anuario derecho concursal*, nº 9, p. 231-257.

2.3 La posición de la doctrina respecto a la pluralidad de acreedores

La posición mostrada por nuestra doctrina es clara y afirma de un lado, que en nuestra ordenación concursal no existe un concreto artículo en el cual se estipule como necesaria la pluralidad de acreedores, y de otro lado, que a pesar de no tener un reflejo literal en nuestra ordenación su necesidad puede inferirse de numerosos preceptos de la LC así como de su exposición de motivos, y de la propia finalidad del proceso concursal. La doctrina que ha estudiado esta cuestión así lo concluye, y en palabras del profesor Fernández Ballesteros «la esencia misma del concurso exige una pluralidad de acreedores», «si, cualquiera que sea la causa, en el momento de la solicitud no consta la existencia de esa pluralidad de acreedores (y más aún si lo que consta es que es uno solo el acreedor) el Juez debe denegar la apertura del concurso»¹⁸.

De esto modo afirma nuestra doctrina de un modo lapidario que debe inferirse como presupuesto material del concurso de acreedores la pluralidad de los mismos, siendo la fuente de la deducción el preámbulo de la Ley Concursal, numerosos preceptos a lo largo de la misma (arts. 22.2, 4.1, 6.2.4º, 15, 19.3, 21.1.5º, 49, 76, 75.2.2º), así como la propia finalidad del procedimiento concursal, pero principalmente los propios presupuestos del concurso de acreedores. Por ello y como base a esta deducción afirmó PULGAR EZQUERRA «de un análisis de ambos preceptos en el marco general de la reforma se deriva que, además del presupuesto subjetivo y objetivo, debe concurrir como presupuesto material de la declaración de concurso la existencia de una pluralidad de acreedores en la que residen el fundamento mismo del concurso y, de manera más cuestionable, la suficiencia de masa activa». Así pues, si el presupuesto objetivo del concurso es la insolvencia del deudor común (art. 2.1 LC) y la norma utiliza siempre el plural «acreedores», siendo el concurso una limitación legal a la ejecución singular por la concurrencia de créditos no susceptibles de satisfacción con un patrimonio escaso, resulta menester una pluralidad de acreedores para la declaración de concurso¹⁹.

Otros autores también son claros al posicionarse y afirmar la necesaria pluralidad inicial de acreedores como presupuesto para la declaración del proceso concursal, y así BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO mantiene que «el requisito de la pluralidad de deudores parece imprescindible, aunque su acreditación junto con la solicitud del

¹⁸ FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A. en «Algunas Cuestiones sobre la Apertura del Concurso en La Ley Concursal» *Cuadernos de Derecho Judicial* XVIII, 2003, nº 18, Madrid, p. 56.

¹⁹ En este sentido, HERRERA CUEVAS, E. *Manual de la Reforma Concursal*, Europea del Derecho Madrid, 2004, pp. 149 y 150.

acreedor o de los demás legitimados (del art. 7) pueda resultar problemática», afirmando más adelante que «deberá acreditarse aunque sea indirectamente, la existencia de una pluralidad de deudores»²⁰. También el profesor OLIVENCIA RUIZ ²¹ afirmó que «El requisito de la pluralidad de acreedores no se formula expresamente pero el concurso significa concurrencia de varios y comprende implícitamente el número plural».

Así pues parece prácticamente unánime en nuestra doctrina la argumentación en pro de la necesaria pluralidad de acreedores para la declaración del proceso concursal pues de no ser así se contravendría el espíritu y principios rectores de la legislación concursal, pues tal y como afirma la doctrina, de la lectura del presupuesto subjetivo (art. 1) y del objetivo (art. 2) debe interpretarse la concurrencia de un tercer requisito, la pluralidad de acreedores.

Es necesario añadir, que la mencionada unanimidad no es absoluta, afirmando por ello autores como BELTRÁN la admisibilidad de la declaración del concurso con un solo acreedor²², admitiendo que la pluralidad de acreedores constituye presupuesto del concurso en sentido amplio, pero no de la declaración del concurso de modo que aunque exista un solo acreedor el juez deberá declarar el concurso, salvo en aquellos casos supuestos ciertamente excepcionales en los que pudiere resultar de forma manifiesta la inexistencia de otros acreedores resultantes incluso del propio procedimiento, fundamentalmente por el ejercicio de acciones de reintegración.

Intrínsecamente, el concurso de acreedores es un conflicto potencial de intereses, de los intereses de los acreedores, instrumento que suele resultar insuficiente para la satisfacción íntegra de los derechos de crédito de la totalidad de los mismos. Siendo así, el proceso solo es concursal siempre y cuando participe más de un acreedor, y que la propia pluralidad suponga que satisfacer los intereses de uno provoque una limitación en los intereses de su homólogo por las propias características del concurso. El conflicto caracterizador del procedimiento concursal es ponerse en juego los diferentes derechos de crédito de los acreedores contra el deudor, puesto que como resultado del concurso, bajo la normalidad, termina por no conducir a una total e íntegra satisfacción de los

²⁰ Así en AA.VV. *Comentarios a la Ley...cit.*, pp. 39 y 40.

²¹ En la p. 14 de la ponencia «La Declaración de Concurso» dentro del curso «La Nueva Ley Concursal», organizada por el CGPJ los días 15 a 17 de diciembre de 2004.

²² Así, BELTRÁN, E. en AA.VV. *La liquidación de la sociedad ...cit.*, p. 428

acredores ya que lo lógico es sufrir limitaciones a consecuencia del número y valor de los derecho de los restantes acreedores.

Ocupa esta problemática una posición privilegiada también en la doctrina especializada no solo de nuestro ordenamiento jurídico, sino de países vecinos, como Italia, Alemania e incluso Portugal, habiendo recibido, al igual que en nuestro país, una respuesta negativa de inicio. Inicialmente, la doctrina de los países mencionados se apoyaba principalmente en la contraposición entre ejecución colectiva y acreedor único, lo cual tras un razonamiento lógico, provoca una imposibilidad de aplicar lo primero a lo segundo, ante una carencia de una pluralidad de acreedores.

Posteriormente, la doctrina alemana e italiana, desarrollaron una nueva línea argumentativa, más fundada que la anterior y que permitió mantener la posición mantenida hasta el momento, y esta es que la ejecución colectiva busca el interés del Estado, o lo que es lo mismo, el interés colectivo, y que este solo existe cuando hay una pluralidad, no pudiendo inferirse este interés general cuando solo existe un acreedor único, pues sólo en ese caso la situación puede llegar a poner en peligro los intereses de la colectividad. A ello, se añaden argumentos como que en caso de existencia de un acreedor único la ejecución singular es un instrumento más idóneo y suficiente para la realización del derecho de crédito.

Como es lógico, esta posición no es unánime, y existen autores disidentes tanto en la doctrina alemana como en la italiana²³ esgrimen argumentos como que la concepción ofrecida del interés público es interesada, rudimentaria y en exceso extensiva. Por otro lado, alegan que cuando existe un único acreedor, nunca hay insolvencia pero sí incumplimiento, lo que ha propiciado una fuerte crítica fundada sobre la base de que la insolvencia no depende del número de incumplimientos puesto que el deudor se encuentra en posición de insolvencia siempre que las circunstancias en las que faltó al cumplimiento de una única obligación revele su imposibilidad de cumplir, o de un modo más lapidario, que la insolvencia es más que un simple incumplimiento aunque puede manifestarse a través del incumplimiento de una sola obligación.

Por otro lado, del concurso de acreedores resulta evidente su complejidad derivada de su propio carácter de procedimiento especial, con mayores demoras y reglas particulares. Pero estas especialidades de régimen no se dan por el hecho de que sea un proceso

²³ Extraído ello de SERRA, C. “¿El concurso sin concurso? El proceso de insolvencia con un único acreedor” *Anuario de derecho concursal*, nº 17, 2009

plural, sino por el hecho de ser aplicable a la insolvencia. Por ello, la utilidad de estos concursos no se agota en caso de acreedor único, porque es en el proceso en que mejor se salvaguarda al acreedor contra los actos que le son perjudiciales. A su vez, resulta más eficaz para sancionar al deudor o a quien quiere que haya denotado o mostrado culpabilidad para la consecución de la situación de insolvencias. La «tesis de la admisibilidad» ha terminado, por tanto, por prevalecer en Italia, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, sucediendo lo mismo en Portugal.

También en Alemania la hipótesis de la insolvencia con un único acreedor fue inicialmente rechazada, sosteniendo que la insolvencia presuponía la existencia de como mínimo, dos acreedores. A lo cual es cierto, que la doctrina alemana que el derecho de insolvencia contempla la ocupación de todo el patrimonio del deudor, o sea, la ejecución colectiva o universal, y lo mismo vale en la hipótesis de un acreedor que requiere una ejecución patrimonial.

Es la concurrencia potencial entre los acreedores que justifica la realización de la responsabilidad patrimonial y ella se verifica también en el caso de que sea un único acreedor el que reclame la satisfacción de su derecho a costa de todo el patrimonio del deudor.

2.4. La posición de la jurisprudencia respecto al presupuesto de la pluralidad de acreedores

A) *La pluralidad de acreedores: Doctrina jurisprudencial general*

La doctrina jurisprudencial general respecto a la necesaria concurrencia de pluralidad de acreedores inicial como presupuesto para la declaración del concurso de acreedores, afirma, sin ningún género de dudas, la necesaria concurrencia de dicha pluralidad y con ello la inadmisión *ad limine* de las solicitudes de concurso de acreedores respecto de las cuales se evidencie la existencia de un único acreedor. De este modo, la jurisprudencia mantiene una línea similar a nuestra doctrina pues erige a la inicial pluralidad de acreedores a la condición de presupuesto para la declaración del proceso concursal.

La posición de nuestros tribunales es inferida en primer lugar, de la propia Exposición de motivos de la Ley Concursal, puesto que en la misma se recoge el término concurso, y tradicionalmente dicha expresión ha sido utilizada para describir la concurrencia de una pluralidad de acreedores, y con ese particular término decidió nuestro legislador

titular la propia ordenación del procedimiento concursal, es decir, la Ley Concursal. Pero no solo de ello, sino también del párrafo cuarto de la Exposición de Motivos el cual deja claro que la finalidad esencial del concurso es la satisfacción de los acreedores, lo cual revela que sería inconcebible el proceso concursal en caso de inexistencia de una pluralidad de acreedores, es decir, postula como incompatible el concurso de acreedores de un acreedor único.

El elenco de resoluciones las cuales esgrimen como propios el argumento expuesto es extensa, a título ejemplificativo, afirmó la AP de Baleares en Auto 11.04.2006 (AC 2006/902) ²⁴: «En efecto, por una parte, la Exposición de motivos de la Ley en cuestión menciona en el párrafo quinto de su apartado II que el nombre elegido para denominar el procedimiento único es el de «concurso», expresión clásica que, desde los tratadistas españoles del siglo XVII, fundamentalmente de Amador Rodríguez (*Tractatus de concursu*, 1616) y de Francisco Salgado de Somoza (*Labyrinthus creditorum concurrentium*, 1646), pasó al vocabulario procesal europeo y que, por antonomasia, describe la concurrencia de los acreedores sobre el patrimonio del deudor común». En este sentido, se pronuncian también muy diversas resoluciones de las audiencias provinciales²⁵.

Otro de los argumentos expuestos por nuestros órganos jurisdiccionales, muy relacionado con el anterior, puesto que gira entorno al propio término concurso, es la propia etimología de la expresión concurso de acreedores, puesto que como conocemos la palabra concurso deriva del latín *concursus* y conlleva ello la concurrencia de varios acreedores, así pues, la propia expresión se complementa con acreedores puesto que el concurso incluye una pluralidad, constituyendo una ilógica e incomprensible contradicción la posible admisión de la declaración de un concurso de acreedores con un solo acreedor, puesto que no se atendría ni al espíritu ni a la propia finalidad del proceso concursal. En este sentido, es clara la AAP Castellón (Sección 3) 08.10.2009 (JUR 2010\52631). Así pues, y sin haber entrado en los posibles argumentos derivados de la literal dicción de la ordenación concursal, podemos afirmar que a pesar de no existir una regulación expresa y concreta del supuesto abordado, puede inferirse por diversos motivos su necesaria exigibilidad y con ello la inadmisión ad limine por parte

²⁴ Extraído del documento jurisprudencial ofrecido por el despacho Baró Casals. Cítalo bien

²⁵ Véase, AAP Baleares (sección 5) 06.03.2008 (JUR 2008\323610), AAP Barcelona 27.11.2008 (JUR 2009/175890), AAP Las Palmas 04.12.2009 (JUR 2010/150924). Extraídas las mismas de Baró Casals jurisprudencia.

de los órganos jurisdiccionales de las solicitudes de la declaración de posibles concursos con un solo acreedor; ello sobre la base de la exposición de motivos de la ordenación concursal en general en sus referencias al término acreedor en plural, y en especial el término concurso, por su propia etimología y el sentido otorgado por nuestra doctrina.

Además, nuestros órganos jurisdiccionales asientan su reflexión en un principio básico y fundamental de nuestro ordenamiento como es el art. 1911 Cc: «Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros» del que cabe colegir la innecesidad y lo ilógico de aplicar el concurso de acreedores a sociedades que cuentan con un único acreedor puesto que parece más adecuado en estas situaciones acudir a la ejecución singular, al contar el acreedor único no solo con el respaldo de este principio sino también el ejercicio de las acciones previstas en Cc para los actos realizados en fraude de acreedores (art. 1291-3º), o por medio de las acciones revocatoria o pauliana (art. 1111), y los mecanismos de ejecución singular que prevé la Ley rituaria civil contra todo su patrimonio para hacer efectivo el derecho o derechos del mencionado acreedor, haciendo innecesario el procedimiento concursal. De conformidad con lo afirmado, AAP Barcelona (Sección 15) 27.11.2008 (JUR 2009/175890), AAP Las Palmas (Sección 4) 04.12.2009 (JUR 2010/150924) aseveran, y cito textualmente: «Por otra parte, el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor que deriva del art. 1911 del Código Civil según el cual el deudor responde de sus obligaciones con todos sus bienes, presentes y futuros, hace innecesario el procedimiento concursal cuando existe un solo acreedor, pues en una sola ejecución singular podrían ejecutarse todos los bienes del deudor». Es decir, siempre y cuando el deudor que presenta el concurso de acreedores reconoce que tan sólo tiene un solo acreedor, no existe concurrencia de acreedores que justifique el tratamiento concursal de la insolvencia.

Por ello debe aseverarse que el concurso solicitado, en que concurre un solo acreedor, no se adecua a la finalidad de la institución, que pretende la satisfacción de los créditos de los acreedores y facilitar la continuidad de la actividad del deudor mediante un convenio o acuerdo con sus acreedores. Y, al mismo tiempo, no se da el presupuesto que justifique la imposición de una regla de paridad en el pago (*par condicio creditorum*),

pues tan sólo hay un acreedor, quien, además, puede cobrar mejor a través de una ejecución singular²⁶.

La línea argumental esgrimida por nuestra jurisprudencia menor entorno a la aceptabilidad de concursos de acreedores con un solo acreedor no se ciñe únicamente a los argumentos expuestos hasta ahora, sino que gran parte de su bloque argumental que se yergue como antagónico a la aceptabilidad de este tipo de procesos, gira entorno a preceptos de nuestra legislación concursal en los cuales se hace referencia a una pluralidad de acreedores. Así, la AP de Baleares en Auto 11.04.2006 (AC 2006/902) indicó que «...LC no contempla el caso -realmente extraño- de la existencia de un solo acreedor, en el que no debería declararse el concurso por inexistencia de deudor común». En consecuencia, es preciso, de un lado, un deudor común, al que sí alude expresamente el artículo 2.1 de la LC como presupuesto subjetivo del concurso; y de otro lado, aunque no se explicita de igual forma, que varios acreedores que concurran entre sí ante el patrimonio del deudor que tienen en común, pues se trata con ello, sin perjuicio de procurar una continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor, de lograr darles satisfacción a todos ellos en un proceso ordenado y sujeto al principio de paridad en el trato y comunidad en las pérdidas²⁷. En este sentido, la AAP Barcelona (Sección 15) 27.11.2008 (JUR 2009/175890) recoge perfectamente y de un modo cristalino el criterio expuesto, y así afirma: «Asimismo, el propio texto legal concursal utiliza unas expresiones que abundan en la tesis de que para que proceda la declaración de concurso deben de concurrir varios acreedores; así por ejemplo en el art. 2.1, al establecerse el presupuesto objetivo del concurso, se indica -como ya hacía la exposición de motivos- que la declaración de concurso procede en caso de insolvencia del deudor común. Esta expresión se refiere lógicamente a la existencia de varios acreedores que tienen en común un solo deudor, el mismo para todos; por lo tanto, si hay un deudor común es que existe una pluralidad de acreedores que concurren frente al patrimonio de aquél, cada uno con la legítima pretensión de ver satisfechos sus respectivos créditos. Si hubiera un solo acreedor, no habría deudor común, sino deudor, y por lo tanto, no podría haber concurrencia ni en consecuencia, concurso»²⁸.

²⁶ En este sentido, véase el AAP Barcelona (sección 15) 03.07.2009, o el AAP Barcelona (Sección 15) 27.01.2011 (JUR 2011/182592).

²⁷ Otras resoluciones que recogen este criterio son el AAP Baleares (sección 5) 27.01.2010 (JUR 2010/101507, o el AAP Barcelona (Sección 15) 27.11.2008 entre muchos otros.

²⁸ AAP Madrid (sección 28) 10.04.2008 (JUR 2008/150216).

Lo que supone, que ya del art. 2 LC puede producirse una deducción lógica, y conforme al espíritu y finalidad del concurso de la exigencia de dicho requisito al introducir la referencia al deudor común. Si hubiera querido nuestro legislador dar cabida a procesos concursales no colectivos, no habría utilizado la denominación común en el presupuesto objetivo; puesto que al tildar y elevar al deudor a común resulta innegable y sería interpretar de un modo torticero este artículo admitir un concurso con un solo acreedor

²⁹

Nuestro ordenamiento concursal, no finaliza ahí las sucesivas referencias que permiten inferir la necesaria pluralidad, y tal y como recogen numerosas resoluciones puede inferirse el requisito de la pluralidad también del Art. 3, párrafo 1, que aborda la legitimación para solicitar el concurso y afirma que «Para solicitar la declaración de concurso están legitimados el deudor, cualquiera de sus acreedores y el mediador concursal cuando se trate del procedimiento regulado en el Título X de esta Ley». Este precepto confiere legitimación al deudor, y a cualquiera de sus acreedores, lo que denota de un modo palpable y notorio una pluralidad de los mismos. Así pues numerosas resoluciones lo incardinan como uno de sus argumentos esgrimibles a favor de la necesaria e inicial pluralidad de acreedores. En este sentido, la AAP Baleares (sección 5) 06.03.2008: «En el art. 3.1, referido a la legitimación, ésta se concede al deudor y cualquiera de sus acreedores, lo que hace pensar en la existencia de varios»³⁰.

Pero no concluye ni se agota así el elenco de preceptos a lo largo de la Ley Concursal de los cuales podemos inferir la línea mantenida por nuestra jurisprudencia menor. Así, la redacción del art. 4 regulador de la intervención del Ministerio Fiscal «Cuando en actuaciones por delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico se pongan de manifiesto indicios de estado de insolvencia de algún presunto responsable penal y de la existencia de una pluralidad de acreedores, el Ministerio Fiscal instará del juez que esté conociendo de la causa...». Es este uno de los preceptos donde más se pone de manifiesto la clara elevación de la pluralidad de acreedores a presupuesto de

²⁹ En este sentido de nuevo la Audiencia Provincial de Madrid al afirmar en AAP Madrid (sección 28) 17.04.2008 (JUR 2008\188168) que conforme al art. 2.1 de la Ley Concursal, para que un deudor pueda ser declarado en concurso debe ser común, de una pluralidad de acreedores.

³⁰ Y del mismo modo, AAP Baleares (sección 5) 27.01.2010 (JUR 2010\101507), AAP Castellón (Sección 3) 08.10.2009 (JUR 2010\52631), AAP Baleares (Sección 5) 05.10.2009 (JUR 2009\469869)

carácter objetivo conjuntamente con la insolvencia, pues, la dicción literal de este precepto no deja ningún lugar a dudas ni a posibles interpretaciones dispares³¹.

En el supuesto de solicitud inicial de declaración de concurso de acreedores por parte del deudor económico, esto es, concurso voluntario, el art. 6 establece su régimen jurídico, y así afirma: «En el escrito de solicitud de declaración de concurso, el deudor expresará si su estado de insolvencia es actual o si lo prevé como inminente...a la solicitud se acompañarán los documentos siguientes: 4.^º **Relación de acreedores**, por orden alfabético, con expresión de la identidad, domicilio y dirección electrónica de cada uno de ellos, así como de la cuantía y el vencimiento de los respectivos créditos y las garantías personales o reales constituidas. Si algún acreedor hubiera reclamado judicialmente el pago, se identificará el procedimiento correspondiente y se indicará el estado de las actuaciones».

Posibilita este artículo aducir en caso de concurso voluntario una pluralidad de acreedores de la necesidad de presentar una relación de los mismos, así como de la expresión posterior si «algún acreedor», lo que denota que nuestro legislador parte de la base o presunción de la existencia de una pluralidad de los mismos.

En este sentido la Audiencia Provincial en diversas ocasiones, así a 06.03.2008 «En el art. 6.2.4º se impone a quien solicita el concurso voluntario que presente una relación de acreedores, por orden alfabético.... Es decir, siempre contempla una **pluralidad de acreedores**, y no sólo en los art. mencionados sino en otros muchos» o la 11.04.2006 «Interpretando las normas de la LC, que si la declaración de concurso la solicita el propio deudor y de la «relación de acreedores» que ha de acompañar (art. 6.2.4º) no resulta esa pluralidad, el juez no debe acceder a la solicitud, así como muchas y diversas resoluciones»³².

³¹ AAP Baleares (sección 5) 27.01.2010 (JUR 2010/101507), AAP Barcelona (Sección 15) 27.11.2008 (JUR 2009/175890) Auto JM-1 Bilbao 3.12.2004 (AC 2005/58), la AP de Baleares en Auto 11.04.2006 (AC 2006/902), que en definitiva conforme a la exposición resaltan la expresión utilizada por nuestro legislador “existencia de pluralidad de acreedores”.

³² Este mismo precepto ha sido esgrimido por nuestra jurisprudencia menor en otras resoluciones como AAP Vizcaya de 5 de mayo de 2006 (AC 2007, 352) AAP Barcelona (Sección 15) 27.11.2008 (JUR 2009/175890), AAP Barcelona (Sección 15) 16.03.2009 (JUR 2009/411454), AAP Castellón (Sección 3) 08.10.2009 (JUR 2010\52631), aduciendo los citados órganos jurisdiccionales que junto a otros preceptos y argumentos ya mencionados, la necesaria pluralidad de acreedores para la declaración del proceso concursal puede inferirse de este precepto concreto.

Abordado el supuesto de solicitud de concurso voluntario, esto es, la solicitud de concurso de acreedores por el propio deudor económico, es necesario afirmar que de la regulación del caso contrario, es decir, la solicitud por parte de acreedor que lleva al concurso necesario, no puede deducirse o aducirse una necesaria pluralidad, aún en esta situación numerosas resoluciones de nuestro órganos jurisdiccionales mantiene que para la aceptabilidad del concurso instando por acreedor es necesario el presupuesto de una pluralidad de acreedores. Así la Sección 5^a de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca manifestó en resolución de 5-10-2009 (JUR 2009\469869) que: «No obstante, dicha admisión a trámite de la solicitud de concurso necesario precisa, aun cuando no lo exija expresamente el art. 7 LC, la acreditación de **la existencia de una pluralidad de acreedores**, derivando la exigencia de este presupuesto de la misma naturaleza universal del concurso de acreedores debiendo concurrir dicha pluralidad no solo en supuestos en que la solicitud la presente un acreedor sino, también, en aquellos otros en que provenga de legitimado distinto al acreedor, conforme al art. 3 LC».

Abordados así los diferentes supuestos de concurso de acreedores inicialmente, es decir, solicitado por deudor económico o por acreedor, y afirmado respecto de ambos la necesaria pluralidad inicial de acreedores para que sea factible y viable la declaración del procedimiento concursal, es necesario proseguir con algunos de los argumentos esgrimidos por nuestros órganos jurisdiccionales sobre los que fundamentan la inadmisión ad limine de solicitud de este tipo de concursos.

Parece lógico, entendida la finalidad y objetivo de nuestra regulación concursal, la existencia de un precepto regulador del supuesto en que derivado de una pluralidad de acreedores, exista una pluralidad sucesiva de solicitudes. Así, el art. 15 LC, afirma en el supuesto de solicitud de sujeto distinto del deudor y no fundado en un embargo o en una investigación de patrimonio infructuosos o que hubiera dado lugar a una declaración administrativa o judicial de insolvencia, admitida a trámite la solicitud, las que se presenten con posterioridad se acumularán a la primeramente repartida y se unirán a los autos, teniendo por comparecidos a los nuevos solicitantes sin retrotraer las actuaciones. Es decir, se incardina en este precepto la posibilidad de no una única solicitud, sino que puesto que del concurso se derivan lógicamente diversos acreedores, se presupone la posibilidad de interposición de diversas solicitudes de concurso. Así, la AAP Baleares

(sección 5) 27.01.2010 (JUR 2010/101507): «...el art. 15 al prevenir la sucesiva petición de concursos por acreedores del mismo deudor»³³.

En conclusión, de la exposición argumentada puede afirmarse de un modo lapidario la firme posición de nuestra jurisprudencia menor entorno a entender como presupuesto la necesaria concurrencia de una pluralidad de acreedores para poder procurarle a estas situaciones de facto las previsiones de la ordenación concursal³⁴.

A pesar de la larga enumeración de artículos y con ello de argumentos esgrimidos por nuestros órganos jurisdiccionales expuestos anteriormente, interpreto que toda su línea argumental puede reducirse a un único pilar fundamental que es la propia finalidad y espíritu expuesta por nuestro legislador para la regulación de nuestros procesos de insolvencia. Pues, aplicando un criterio puramente teleológico, esto es, el propio fin de la norma, parece lógico utilizar el término concurso conscientemente de la interpretación y del significado que se le atribuye tradicionalmente al concepto, orbitando así toda nuestra regulación de procesos de insolvencia entorno a la concurrencia, entorno a la existencia de concurso, lo que en términos absolutos supone pluralidad, pluralidad de acreedores. Y en consecuencia de ello, puede aducirse de toda nuestra regulación esa pluralidad, lo que nos hace asentir respecto a la inadmisión ad limine de los procesos concursales con un solo acreedor.

B) El requisito de la pluralidad de acreedores a lo largo del procedimiento concursal

Ceñir el presente análisis de la doctrina jurisprudencial en la mera aceptabilidad o no de la declaración de concurso de acreedores sin una pluralidad de los mismos, resultaría insuficiente, puesto que es necesario el estudio y análisis de la no concurrencia de la pluralidad de acreedores una vez iniciado y declarado el mismo y al mismo tiempo, la incidencia sobre el desarrollo y continuación del procedimiento concursal.

Así pues, tras proceder a la firme conclusión de la necesidad de una pluralidad inicial de acreedores, es necesario analizar la doctrina jurisprudencial sobre la extensión temporal de dicho requisito, esto es, si es un requisito *ab initio*, o se trata de un requisito *ab aeternum* a lo largo del proceso.

³³ AAP Baleares (sección 5) 06.03.2008 (JUR 2008\323610) AAP Las Palmas (Sección 4) 04.12.2009 (JUR 2010/150924).

³⁴ En este sentido numerosas resoluciones arguyendo los preceptos expuesto en pro de la posición defendida AAP Castellón (Sección 3) 08.10.2009 (JUR 2010\52631) AAP Las Palmas (Sección 4) 04.12.2009 (JUR 2010/150924, AAP Madrid (sección 28) 10.04.2008 (JUR 2008/150216); AAP Tarragona 20.01.2011 (JUR 2011/148986)

a) *De la relevancia de la falta de pluralidad sobrevenida tras la declaración*

Es posible que existiendo varios acreedores cuando se solicita el concurso, esa pluralidad se ve reducida a la unidad en el transcurso del procedimiento, es decir, de una diversidad pasamos a una unipersonalidad. Esta situación jurídica se conoce como unipersonalidad crediticia sobrevenida. En estas situaciones en que ya está declarado el concurso, el análisis jurídico debe ceñirse a si esta unipersonalidad crediticia sobrevenida es causa de conclusión del concurso de acreedor o si, por el contrario, la pluralidad de acreedores es presupuesto para la declaración, pero no para la prosecución del procedimiento concursal. Si acudimos al art. 176 LC, se comprueba que no alberga entre las causas de conclusión del proceso concursal la reducción de la masa pasiva a un solo acreedor ni tampoco se contempla como causa de conclusión del concurso la denominada «unipersonalidad crediticia sobrevenida». Antes al contrario el art. 176 LC establece que el concurso no concluirá hasta que se produzca o compruebe el pago o la consignación de la totalidad de los créditos reconocidos o la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio (art. 176.1.3º LC), por lo que, aun cuando sea solo uno el acreedor insatisfecho, el concurso seguirá tramitándose, no constituyendo, por tanto, la pluralidad de acreedores condición de la prosecución del proceso.

Así podemos concluir, que la exigencia de la pluralidad de acreedores debe entenderse referida al momento inicial del concurso, es decir, que es presupuesto de la declaración del concurso, pero no puede extenderse a momentos posteriores, ya que puede ser posible que llegue un momento en que, declarado un concurso, quede un único acreedor, bien por desistimiento, renuncia, satisfacción por otros medios o falta de reconocimiento de su crédito de los demás acreedores, o bien porque todos los demás ya han sido pagados en el proceso liquidatorio, y llegada esta unipersonalidad sobrevenida no debe procurarse la conclusión del concurso, sino que debe tramitarse con el único acreedor restante puesto que la pluralidad de acreedores no es requisito para la continuación del proceso concursal³⁵.

³⁵ En este sentido, afirman de un modo prácticamente idéntico tanto el Auto AP Baleares 11.04.2006 (AC 2006/902), como el AAP Córdoba (Sección 3) 13.05.2010 que: La Ley Concursal, en su artículo 176, no contempla como causa de conclusión del concurso lo que se ha denominado —unipersonalidad crediticia sobrevenida, es decir, el concurso en el que al momento de su declaración concurre una pluralidad de acreedores y durante su tramitación queda un único deudor; posiblemente porque parte del presupuesto contrario, ya que establece que el concurso no concluirá hasta que se produzca o compruebe el pago o la consignación de la totalidad de los créditos reconocidos o la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio (artículo 176.1-3º de la Ley Concursal).

b) Pluralidad de acreedores en el momento de la solicitud de concurso necesario, quedando sólo uno al resolverse la oposición

Este problema se plantea en el Auto AP Baleares 11.04.2006 (AC 2006/902). Dicha resolución toma como base la doctrina asentada por el Tribunal Supremo conforme a la cual «la resolución debe concretarse a los hechos existentes en el momento de producirse la demanda y su contestación, ya que el principio de la *perpetuatio jurisdictionis* obliga al Juez a estimar incoado un proceso y decidirlo en los términos planteados, y obliga, también, a las partes a mantener los planteamientos iniciales con el fin de que exista correspondencia entre el objeto del proceso y la sentencia (SSTS de 19 de octubre de 1960 y 28 de septiembre de 1989 [RJ 1989\ 6385]). En la misma línea, tiene declarado el TS en Sentencias, entre otras, de 20 de marzo de 1958, 27 de febrero, 5 de mayo de 1960 y 5 de mayo de 1961, que las sentencias deben dictarse en concordancia con la situación de hecho y de derecho, existentes en el momento de iniciarse el pleito, por lo que lo pactado después por el demandado con uno de los demandantes, solamente puede tener consecuencias entre ellos».

Consiguentemente, para una adecuada decisión derivada de las cuestiones planteadas deberá partirse de la situación crediticia (acreedores) a la fecha de la solicitud de la declaración de concurso necesario, tanto en lo que respecta a sus acreedores reales como a la cuantificación de sus respectivos créditos, y consiguientemente si concurría, a tal fecha, el presupuesto objetivo de la insolvencia como estado patrimonial del deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles; y siendo que los solicitantes del concurso necesario deben probar los hechos en que fundamenten su solicitud.

Con ello relata el tribunal: «La parte solicitante basa su petición en los hechos de sobreseimiento general en el pago corriente de sus obligaciones por parte del deudor «Malva D'Arbre, S.L» (art. 2.4.1º) y en la liquidación apresurada de sus bienes (art. 2.4.3º de la Ley Concursal 22/2003, de 9-julio). Y, opuesto el deudor, habiendo manifestado su solvencia, incumbe a él la prueba sobre la misma, y en este caso, no ha consignado todas las cantidades, adeudadas y reconocidas, a todos los solicitantes y a acreedores posteriores».

No basta, pues, que desistan algunos coadyuvantes sino, además, que lo hagan el acreedor instante y los restantes conocidos para que no puede declararse el concurso, o deba finalizar el procedimiento una vez declarado.

Pero tal y como señala la resolución, de un lado, la reducción de la masa pasiva a un solo acreedor no figura entre las causas legales de conclusión del concurso (art. 176). De otro lado, tampoco se contempla como causa de conclusión del concurso la que podríamos denominar «unipersonalidad crediticia sobrevenida», esto es, el concurso en el que en fase de apertura concurre una pluralidad de acreedores y durante el mismo esa pluralidad queda reducida a un acreedor.

Y con todo esto afirma: «Aplicando al supuesto específico de autos la doctrina jurisprudencial breve y precedentemente reseñada, este Tribunal concluye en la concurrencia de varios acreedores del deudor y afirmativamente sobre su estado de insolvencia. Y correspondía a «Malva D'Arbre, S.L.» justificar que todos los acreedores de su listado habían cobrado o que las deudas (saldos) eran meramente corrientes, a la fecha de solicitud de la declaración del concurso, y los motivos del porqué ahora paga al contado si no ha perdido -como alega- capacidad financiera y crediticia; todo lo descrito contrasta, en discordancia, con los elevados saldos deudores de «empresas del grupo», con conceptos desconocidos y con el saldo de la cuenta corriente de «socios-administradores», y de los de acreedores a corto plazo, a tenor de la documental acompañada».

Por ello, y a modo de conclusión, puesto que la entidad demandada reconoció expresamente la lista manuscrita propia, como relación de acreedores y deudas, tenía pluralidad de acreedores y carecía de solvencia para cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, y, a pesar de haber liquidado la deuda con algunos de sus acreedores, procede admitir la solicitud de concurso necesario y ordenar la continuación del procedimiento instado por dos acreedores, y coadyuvando por otros tres, a los que deben unirse los que anticiparon el cobro de deudas no vencidas.

c) *Constatación a posteriori de la falta inicial de pluralidad*

Este tipo de situaciones abarca no que de la pluralidad inicial de acreedores habilitante para la declaración del procedimiento concursal se haya llegado a una unipersonalidad sobrevenida, sino que aborda situaciones en que inicialmente ha existido una pluralidad de acreedores, pero una pluralidad ficticia, es decir, una pluralidad no real, la cual le ha

permitido la declaración del concurso de acreedores y con ello, aplicar las previsiones de la regulación concursal.

Este supuesto suele darse en casos de empresas de reducida dimensión y que para determinar la aplicación de la legislación concursal, torticeramente aparentan la existencia de una pluralidad de acreedores, siendo ya a posteriori la administración concursal la encargada de desvelar que esa pluralidad se reduce a la unidad³⁶.

En este supuesto, las empresas concursadas intentan esgrimir como argumento para la procesión y continuación del procedimiento concursal la doctrina mantenida por nuestra jurisprudencia menor entorno a la unipersonalidad crediticia sobrevenida la cual literalmente supone que en caso de iniciarse el concurso con una pluralidad de acreedores y devenir este en un único acreedor, al no figurar como una de causas de conclusión del concurso de acreedores (art. 176) y ser el objetivo del proceso concursal que el concurso no concluya hasta que se produzca o compruebe el pago o la consignación de la totalidad de los créditos reconocidos o la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio (art. 176.1-3º de la Ley Concursal), deba continuarse el proceso.

Lo cual partiendo literalmente del supuesto de hecho para la aplicación de la unipersonalidad crediticia sobrevenida es imposible puesto que esta tiene como punto de partida la real y efectiva pluralidad inicial de acreedores, no siendo así en estos casos que la presentan como tal pero se demuestra ficticia. Con lo cual, abierto una vez el proceso concursal, y quedando demostrado por la administración concursal que la pluralidad de acreedores inicial era ficticia debe proceder el órgano jurisdiccional al archivo del concurso, pues de conocerse de inicio la real situación crediticia de la empresa concursada no se habría declarado el concurso. En este sentido, el AAP Barcelona (Sección 15) 16.10.2012 al afirmar «Sin embargo, las mismas razones que abonan la necesidad de una pluralidad de créditos como requisito para la admisión del concurso, han de determinar, lógicamente, la conclusión del procedimiento cuando se advierte que esa pluralidad no existe».

Comprobada fehacientemente por el órgano jurisdiccional la inexistencia de una pluralidad de acreedores, no actual, sino inicial, es decir, que la pluralidad de acreedores

³⁶ Véase en este sentido estas resoluciones de muy similares hechos y características AAP Barcelona (Sección 15) 27.11.2008 (JUR 2009/175890)

presentada inicialmente era ficticia y ello produce el descubrimiento que sitúa esa pluralidad como falsa, siendo un único el acreedor existente, debe procederse al archivo del concurso de acreedores, puesto que inicialmente de haberse conocido la situación no se habría declarado el concurso de acreedores. De aceptar la continuación del procedimiento concursal, estaríamos creando inseguridad jurídica puesto que mediante la presentación de acreedores ficticios ya sea de buena o mala fe se procuraría el procedimiento concursal a situaciones que fácticamente no se adecuan al mismo.

2.3.C) Pluralidad artificiosa o dudosa

En determinadas ocasiones puede manipularse tanto por parte del deudor económico³⁷ como por parte de algún acreedor, de un modo artificioso o torticero los créditos existentes para acceder así a las previsiones de la ordenación concursal. Así pues, cuando al examinar con detenimiento los créditos existentes, se advierta claramente que determinados créditos carecen de relevancia, en atención a sus respectivas cuantías y en comparación con la cuantía del otro crédito, y se ponga en evidencia que su pendencia viene justificada por la intención de presentar el concurso de acreedores y mostrar una situación de concurrencia de créditos que posibilite la presentación, debe procederse a la inadmisión *ad limine* de la solicitud de concurso de acreedores³⁸.

De este modo, resuelve numerosas posibles situaciones en las que mediante mala fe, o dicho de un modo más atenuado, torticeramente, se manipulan los hechos y con ello los créditos existentes con objeto de acudir al procedimiento concursal, institución que *ab initio* no se adecua al ser una situación que debería resolverse en sede de ejecución singular³⁹. Del mismo modo han de resolverse las posibles situaciones en las que la existencia sea dudosa y no quede probada, es decir, que la existencia de una pluralidad de acreedores esté en una situación de incertidumbre.

Por último, como es lógico, idéntica solución debemos ofrecer a hechos consistentes en concurrir un solo acreedor y conjuntamente otro que está estrechamente vinculado a él, ya que de ser así, no se adecua a la finalidad de la institución, tal y como resuelve el AAP Barcelona (Sección 15) 27.01.2011, puesto que se evidencia la real existencia de

³⁷ Así, véase el AAP Barcelona (Sección 15) 16.12.2009 (JUR 2010/116882) y el AAP Barcelona (Sección 15) 27.01.2011 (JUR 2011/182592)

³⁸ En este sentido, véase el AAP Barcelona (Sección 15) 16.12.2009 (JUR 2010/116882)

³⁹ En este sentido, véase el AJM-3 Pontevedra 08.11.2010 (JUR 2011/140294)

un único acreedor, pero su duplicación a través de un sujeto relacionado a él para conseguir la aplicación del procedimiento concursal.

IV LA LIQUIDACIÓN SOCIETARIA: GARANTÍAS PARA LOS ACREDITORES EN EL PROCESO DE LIQUIDACIÓN

1 INTRODUCCIÓN A LOS CONCEPTOS DE DISOLUCIÓN, LIQUIDACIÓN Y EXTINCIÓN, ASÍ COMO AL PROCESO LIQUIDATORIO EN SEDE DE LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL

Analizado pues hasta ahora el procedimiento concursal, y con ello la Ley ordinaria concursal, resulta *conditio sine qua non* proceder al análisis de la liquidación de sociedades en sede de la Ley de sociedades de capital.

El concurso de acreedores es el procedimiento estipulado por nuestro ordenamiento jurídico con objeto de satisfacer a los acreedores de un deudor insolvente, mientras que el procedimiento de liquidación de sociedades tiene como objetivo la liquidación y extinción de las mismas. O lo que es lo mismo, el procedimiento concursal gira entorno al reparto del activo social, y del mismo modo, simultáneamente, hallar el modo más eficaz y eficiente posible para decidir entre si la empresa en crisis puede ser conservada o si, al ser inviable, debe ser liquidada⁴⁰. Lo cual supone en palabras del Profesor BELTRÁN que «el concurso de acreedores puede erguirse tanto como un elemento de rescate de empresa viables, en beneficio no solo de acreedores, sino del propio concursado, de los trabajadores y de otros intereses, pero simultáneamente, el concurso de acreedores es también el cauce adecuado para expulsar del mercado a las empresas inviables, reasignando unos recursos mal empleados, lo que podría lograrse tanto mediante un convenio entre deudor y acreedores como de forma imperativa, abriendo la fase de liquidación». A contrario, el espíritu y la finalidad de la liquidación societaria está enfocada a la simple extinción de la sociedad. Este concepto solo se ve realizado una vez se ha puesto fin a las relaciones jurídicas existentes con terceros, e incluso con los propios socios. Dentro del término liquidación ha de distinguirse tres conceptos, la disolución, liquidación y extinción⁴¹.

⁴⁰ Guía Legislativa de la ONU en materia de concurso de acreedores.

⁴¹ ROJO, A. y BELTRÁN, E. *La liquidación de las Sociedades Mercantiles*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 327 y ss.

En primer lugar, la disolución supone únicamente la fase inicial dentro de lo que supone el proceso liquidatorio que tiene como objeto la extinción. En segundo lugar, la liquidación tiene por objeto poner fin a las relaciones de la sociedad tanto con terceros (conocida como liquidación en sentido estricto), como con los socios (mediante la división del patrimonio resultante). En última instancia, como fruto y consecuencia del proceso de liquidación nuestro ordenamiento jurídico preceptúa un tercer y último término la extinción. Así pues, la liquidación se inicia con la disolución y finaliza con la extinción.

El Título X de la Ley de Sociedades de Capital lleva por título: “Disolución y Liquidación”, y comienzan los arts. 360 y siguientes abordando las diversas causas de disolución de sociedades. De este modo y según la dicción de la propia ley, existen causas de disolución de pleno derecho, disolución por constatación de la existencia de causa legal o estatutaria y disolución por mero acuerdo de la junta general.

Resulta interesante detener aquí el análisis y centrar el estudio en alguna de las causas de disolución que denotan un estado de insolvencia como puede ser el art. 363, en concreto el apartado e) que considera causa de disolución la existencia de: «pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto 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» o el apartado f): «reducción del capital social por debajo del mínimo legal» o incluso el apartado a) del mismo precepto: «el cese en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyan el objeto social». En todos estos supuestos es posible la existencia de insolvencia, aunque no necesariamente habrá de concurrir, y por ello ante una pluralidad inicial de acreedores que posibilitara la declaración de concurso de acreedores debería solicitarse el proceso concursal. Pero en el supuesto de no concurrir esta pluralidad de acreedores y con ello la imposibilidad de declaración de concurso de acreedores deberían los administradores de conformidad con el art. 365 LSC convocar la Junta General en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución y posteriormente procederse a la liquidación societaria, es decir, nuestro legislador impone a los administradores el deber de promover la ordenada disolución de la sociedad. Y en el supuesto de que los administradores no cumplan diligentemente con sus deberes, es decir, no promuevan la ordenada disolución de la sociedad, el art. 367 LSC activa un sistema de responsabilidad solidaria, puesto que estipula que responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al

acabamiento de la causa legal de disolución 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.

Enumeradas de este modo las diversas causas de disolución estipuladas por nuestro legislador, el capítulo II de este Título X aborda el segundo término anteriormente mencionado, esto es, la liquidación. El art. 371 de la LSC, tal y como he mencionado, enuncia «La disolución de la sociedad abre el periodo de liquidación», esto supone que una vez concurra la causa de disolución, y se haya adoptado el pertinente acuerdo de disolución por la junta general, se produce la apertura del periodo de liquidación, apertura que será automática y sin necesidad de previa constatación por la junta cuando concurra una causa de disolución de pleno derecho. La liquidación no supone aún la extinción de la sociedad, pues el art. 371.2 afirma «la sociedad disuelta (esto es, ha concurrido causa de disolución) conservará su personalidad jurídica mientras la liquidación (segundo término abordado) se realiza».

La sección 3^a del Capítulo II del Título X de la LSC aborda las operaciones de liquidación que quedan a cargo de los liquidadores de la sociedad. Así pues, el art. 383 establece como deber inicial de los liquidadores que en el plazo de 3 meses a contar desde la apertura de la liquidación, formulen un inventario y un balance de la sociedad con referencia al día en que se hubiese hecho. De este modo, es tarea correspondiente a los liquidadores la realización de las operaciones sociales de liquidación, y así pues, les corresponde concluir las operaciones pendientes y realizar las nuevas que sean necesarias para la liquidación de la sociedad (art. 384 LSC).

Así mismo, sobre la base de la literal dicción de la LSC, corresponde a los liquidadores percibir los créditos sociales y pagar las deudas sociales (art. 385), a su vez deberán llevar la contabilidad de la sociedad, así como llevar y custodiar los libros, la documentación y correspondencia de ésta (art. 386), y deberán enajenar los bienes sociales (art. 387). Con todo ello, los liquidadores harán llegar periódicamente a conocimiento de los socios y de los acreedores el estado de la liquidación por los medios que en cada caso se reputen más eficaces. Y por último, finalizadas las operaciones de liquidación *stricto sensu*, los liquidadores someterán a la aprobación de la junta general un balance final, un informe completo sobre dichas operaciones y un proyecto de división entre los socios del activo resultante.

Finalmente, tal y como establece el art. 395 LSC, los liquidadores otorgarán escritura pública de extinción de la sociedad, que posteriormente habrá de inscribirse en el Registro Mercantil. Al mismo tiempo los liquidadores tendrán que depositar en el Registro Mercantil los libros y documentos de la sociedad extinguida (art. 396 LSC).

Toda la exposición argumentada es puesta en entredicho por la DGRN a partir de la resolución con fecha 2/7/2012, aduciendo que todo este proceso ante la existencia de un único acreedor le profiere a éste una manifiesta desprotección en comparación con la que se le otorgaría de concurrir con otros de acreedores lo que le permitiría acceder al proceso concursal. La argumentación de la RDGRN estriba principalmente en la no intervención de un órgano jurisdiccional en el procedimiento liquidatorio habitual de la LSC lo que puede suponer una actuación torticera tanto de la Junta General de la sociedad como de los liquidadores que conlleve un impago y por extensión una desprotección al acreedor único.

Con objeto de desvirtuar la afirmación de la DGRN procedo al estudio de los diferentes instrumentos o garantías de que dispone el acreedor único en el proceso de liquidación que permite aseverar la paralela y similar regulación de la posición jurídica de los liquidadores así como la liquidación *stricto sensu* en sede de Ley de Sociedades de Capital como en el proceso concursal.

2 INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS ACREDITORES EN EL PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACIÓN

2.1 La responsabilidad de los liquidadores

Resulta evidente la existencia de responsabilidad de los liquidadores tal y como prevé el art. 397 que estipula que serán responsables ante los socios y los acreedores de cualquier perjuicio que les hubiesen causado con dolo o culpa en el desempeño de su cargo.

Producida la extinción de la sociedad, junto a la responsabilidad del art. 397 y ante la posible existencia de pasivo sobrevenido, tal y como establece el art. 399.1 los antiguos socios responderán solidariamente de las deudas sociales no satisfechas hasta el límite de lo que hubieran recibido como cuota de liquidación, pero con una reserva hecha por el propio artículo y es que la responsabilidad de los socios se entiende sin perjuicio de la responsabilidad de los liquidadores.

Los liquidadores constituyen un órgano social, equiparable a los administradores, que posee un conjunto de deberes mientras dure el proceso liquidatorio, siendo el fundamental la administración del patrimonio así como la representación de la sociedad.. En consecuencia, han de responder ante la sociedad que les designó si en la realización de estas operaciones causaren daños al patrimonio o a los intereses sociales por su conducta maliciosa o culposa. Si bien es cierto que los arts. 397 y 399 LSC recoge únicamente la responsabilidad de los liquidadores una vez cancelada registralmente la sociedad, es decir, eliminada del plano jurídico, responden también durante la liquidación frente a la sociedad, socios y acreedores de acuerdo a los arts. 236 y ss. LSC que contienen la normativa reguladora de la responsabilidad de los administradores, pero aplicable esta a los liquidadores. Es decir, una vez extinguida la sociedad los acreedores podrán exigir el pago a los socios, hasta el límite de lo que hubieran recibido como cuota de liquidación, y del mismo modo también cuentan con una acción de responsabilidad frente a los liquidadores por los daños causados.

Pero la protección para las acreedores respecto de los liquidadores, como ya ha sido comentado, no solo se yergue una vez extinguida la sociedad, sino que también, de la aplicación de las normas de responsabilidad de los administradores, se deduce que se les protege durante la liquidación, respondiendo los liquidadores frente a sociedad, sus socios y los terceros⁴².

Así pues, en palabras de Rafael Lara, los liquidadores responden frente a la sociedad durante la liquidación, es decir, mientras la sociedad subsiste, siendo de aplicación la norma sobre responsabilidad de los administradores (236 y ss. LSC), y responden frente a los acreedores sociales y los socios por cualquier violación de diligencia exigida, una vez se ha extinguido, resulta ello lógico porque tras la cancelación de la sociedad, se extingue la personalidad jurídica y, por tanto, la sociedad no puede ejercer ningún tipo de acción contra los liquidadores.

Visto hasta ahora, el régimen de responsabilidad de liquidadores, es necesaria su comparación con el régimen de responsabilidad de la administración concursal, e inicialmente puede advertirse una cierta similitud, ya que la Ley Concursal regula la responsabilidad de los administradores concursales con un cierto paralelismo al régimen de responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles.

| ⁴² ROJO, A. y BELTRÁN E. en *La liquidación de ...cit.*, pgs. 327 y ss.

Máxime el citado paralelismo, una vez derogada la anterior redacción del art. 397.2 LSC que supeditaba la existencia de responsabilidad a fraude o negligencia grave (de origen en la Ley de Sociedades Anónimas), supeditación no existente en la actualidad. De este modo, en virtud del art. 36 LC los administradores concursales y los auxiliares delegados responderán frente al deudor y frente a los acreedores de los daños y perjuicios causados a la masa por los actos y omisiones contrarios a la ley o realizados sin la debida diligencia. La estructuración del régimen de responsabilidad gira entorno a dos acciones, acción concursal de responsabilidad, cuyo presupuesto es la existencia de daños y perjuicios causados a la masa por acciones u omisiones culpables de los administradores que sean contrarias a la ley o se realizaron sin la diligencia debida, y la acción individual de responsabilidad, cuyo presupuesto lesión directa de los intereses del deudor, de los acreedores o de terceros causada por acciones u omisiones culpables de los administradores que sean contrarias a la ley o se realizaron sin la diligencia debida.

Régimen del cual es innegable su similitud al de los administradores de la sociedad (art. 236 y ss. LSC), cuyas previsiones resultan aplicables al régimen de responsabilidad de los liquidadores, como ha sido expuesto, y que consisten del mismo modo, en la acción de responsabilidad social contra los administradores que se entablará por la sociedad, previo acuerdo de la junta general, que puede ser adoptado a solicitud de cualquier socio aunque no conste en el orden del día (art. 236 LSC) y en segundo lugar, la acción individual de responsabilidad, interesándonos únicamente la acción individual pues es la que posibilita un resarcimiento directo del acreedor.

De modo que la Ley se limita a dictar normas especiales para los liquidadores solo respecto de algunas cuestiones relativas a su nombramiento (art. 376), cobertura de vacantes (art. 377), duración del cargo (art. 378), poder de representación (art. 379) y separación (art. 380), preceptos que deben ser integrados e interpretados conforme a la normativa de administradores⁴³. Siendo aplicable así a los liquidadores, durante toda la liquidación, el régimen de responsabilidad por daños.

Y una vez liquidada la sociedad, no será completa y totalmente necesaria la aplicación de la normativa reguladora de la responsabilidad de administradores por ser de

⁴³ ROJO, A. y BELTRÁN M., *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital, Tomo II*, Aranzadi, Pamplona, pgsp. 2615 y ss.

aplicación el régimen de responsabilidad exigible a los liquidadores con posterioridad a la cancelación de los asientos registrales de la sociedad, es decir, extinguida y cancelada registralmente la sociedad, regulado en el art. 397.

Este régimen de responsabilidad parece presentarse como el argumento más eficaz que argüir y contrarrestar las afirmaciones de la DGRN.

Así pues, la Ley de Sociedades de Capital responsabiliza a los liquidadores por cualquier posible perjuicio en la realización de sus funciones tanto a socios como acreedores, y por ello serán ellos los únicos que pueden hacer valer esta responsabilidad, siendo esta responsabilidad personal, y de existir varios, solidaria conforme a lo prevenido por el art. 237 para los administradores de la sociedad , salvo que prueben que no intervinieron en el acto lesivo ni en su ejecución y que desconocían su existencia, conociéndola, procuraron evitar el daño, o se opusieron expresamente al acto. Pero siempre, siendo la responsabilidad que sanciona la norma la que pudiera derivarse por el incumplimiento de los deberes del cargo de liquidador.

Respecto a la prescripción de acciones, debe reconocerse la aceptada tras la STS de 20 de julio de 2001 (EDJ 2001/16190), considerando como plazo de prescripción el de 4 años del art. 949 CCom para cualesquier acciones contra administradores, y en consecuencia, por extensión contra los liquidadores).

Con lo cual posee el mismo presupuesto, pero un mayor plazo de prescripción que la acción individual de responsabilidad propia de la regulación concursal, lo que evidencia una vez más un mismo o mayor grado de protección, al existir dos acciones en la legislación concursal, y del mismo modo en la legislación societaria, extendiéndose ello también una vez la sociedad se encuentre extinguida registralmente, lo que evidencia una mala conceptualización de la responsabilidad de los liquidadores por parte de la DRGN partiendo de la creencia que el derecho registral posee efectos sanatorios, es decir, que una vez escrita la extinción esta ya no es susceptible de satisfacer a sus acreedores, lo cual no es cierto debido a la existencia de las acciones revocatoria y pauliana de los actos en fraude de acreedores, y el propio régimen de responsabilidad de los liquidadores en caso de pasivo sobrevenido.

2.2 De la protección de los acreedores en caso de pasivo sobrevenido

El art. 399 LSC refiere en su literal dicción de su apartado segundo a la responsabilidad de los liquidadores tanto frente a acreedores sociales como socios por los perjuicios

causados como consecuencia de la existencia de deudas sociales insatisfechas cuando esta circunstancia fuese imputable a los liquidadores.

Nos encontramos con esta responsabilidad en caso de pasivo sobrevenido ante una concreción de la responsabilidad del art. 397 por ser un claro supuesto de responsabilidad tras cancelación registral. Esta atribución supone una extensa protección a los acreedores, pues constituye una segunda vía reconocida a los acreedores para satisfacer sus créditos y resarcirse de los perjuicios sufridos, más allá de la posibilidad de dirigirse a los antiguos socios, siendo la de los liquidadores personal e ilimitada.

Del propio tenor literal del artículo se denota una carencia de limitación temporal para el ejercicio de esta acción, puesto que hacerlo podría determinar la impunidad de los liquidadores por el simple hecho de que se retrasara en el tiempo la aparición del deudas sociales una vez cancelada registralmente la sociedad.

3 LA RESPONSABILIDAD DE LOS LIQUIDADORES POR REPARTO ANTICIPADO DEL HABER SOCIAL

Uno de los argumentos entorno a los que gira y se estructura la argumentación de la DGRN es que no es admisible que la sociedad insolvente puede legítimamente escapar al concurso a través de un simple acuerdo social de disolución y liquidación, pues de esa manera se eludiría el procedimiento legalmente establecido para depurar las responsabilidades inherentes a los hechos mismos de la insolvencia sobrevenida, así como no puede dejarse en manos del órgano de liquidación la aseveración de la inexistencia de patrimonio con el que hacer cargo a las deudas sociales sin verificación ello en un procedimiento con intervención judicial como es el concurso de acreedores.

No es cierto que esta situación pueda repercutir en un perjuicio para los acreedores, pues estos poseen como se ha expuesto similares e incluso idénticas medidas de protección en el sistema de liquidación de sociedades respecto del concursal.

El reparto anticipado está estrechamente relacionado con la obligación de los liquidadores de conservar la integridad del patrimonio social, así pues, en este reparto anticipado se tipifica la conducta del liquidador consistente en proceder a las

actuaciones de reparto social sin previamente haber resuelto todos los pasivos societarios. Esta situación, claramente contraria a la legalidad, se enmarca en la obligación ex art. 375 LSC por la cual con la apertura del período de liquidación los liquidadores satisfacer las obligaciones sociales, debiendo velar por la integridad del patrimonio social en tanto no sea liquidado y repartido entre los socios, siendo esta obligación prevista por nuestro legislador como garantía en pro del patrimonio de la sociedad y por extensión en beneficio de los terceros acreedores.

Así pues, el reparto anticipado fundamenta el ejercicio de la acción social de responsabilidad, por implicar dicho reparto de haber anticipado, un proceso de vaciamiento de la empresa, siendo estos liquidadores responsables por el incumplimiento con culpa de la obligación de retener el patrimonio social, incluso aunque cuenten con la aprobación por la junta general del balance final y plan de reparto. Esta despatrimonialización de la empresa que imposibilita afrontar el pasivo societario, como es lógico, supone un daño al patrimonio social que intrínsecamente supone una afectación a los derechos crediticios de los acreedores, puesto que esta disminución impide afrontar el pago de sus créditos, y ello da pie a la promoción de la acción social de responsabilidad frente a los liquidadores que a pesar de proteger este posible daño al patrimonio social, por extensión confiere protección a terceros acreedores pues su objetivo es reintegrar el patrimonio como forma de buscar haber social para satisfacerlos.

La promoción de esta acción y su consiguiente ejercicio supone activar la responsabilidad de los liquidadores obligando a estos a reintegrar el patrimonio social, que asciende al importe de lo que con malicia, abuso de sus facultades o negligencia grave, indebidamente han repartido, es decir, en el supuesto de que el liquidador proceda al reparto anticipado de patrimonio sin pagar previamente esos créditos existentes, corresponderá a sus titulares esta acción de responsabilidad social, pues esta acción social de responsabilidad protege en general a todos los acreedores insatisfechos

A su vez, el propio reparto de patrimonio con carácter anticipado y el consiguiente pago de la cuota de liquidación, causa daños no únicamente frente a la sociedad sino también directos a los acreedores, puesto que su conducta interfiere en la posibilidad de cumplimiento por parte de la sociedad, y cuando sus actuaciones se dirijan específicamente a incumplir frente al tercero, es decir, cuando procedan al reparto con fraude o negligencia poseen estos acción directa frente a esos acreedores.

Así pues, se otorga a los acreedores una vía de tutela directa y reforzada de sus intereses, puesto que la responsabilidad directa del liquidador otorga una garantía complementaria, reclamándose mediante el ejercicio de esta acción directa la satisfacción del importe íntegro del crédito más los daños añadidos derivados de la falta de pago en el momento de vencimiento de la obligación, ya que una sociedad supuestamente insolvente ve imposible el reparto correcto por la acción del liquidador⁴⁴.

4 EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES COMO POTENCIAL INSTRUMENTO DE PROTECCIÓN DEL ACREDOR ÚNICO

Uno de los argumentos sostenidos por la DGRN en favor de la admisión del concurso en situaciones de acreedor único es la mejor protección que obtiene éste gracias a la posible apertura de la sección de calificación que puede desembocar en la condena a la cobertura del déficit del concurso de todos o algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho o apoderados generales que con dolo o culpa grave contribuyeron a la generación o agravación del concurso. Ciertamente la condena al complemento del pasivo prevista en el art. 172 bis LC, no es exigible al margen del concurso, pero eso no significa que no quiepa exigir responsabilidades a los administradores de la sociedad insolvente. Y es que la LSC prevé una estructura de protección en favor de los de los acreedores, ya sean múltiples o uno solo, sobre la base del régimen de responsabilidad de los administradores.

El sistema de protección legal del acreedor único de una sociedad carente de activos, se yergue sobre dos pilares: las acciones social e individual de responsabilidad y la acción de responsabilidad por no promoción de la ordenada disolución. La infracción de los deberes de diligencia y lealtad inherentes al ejercicio del cargo que pueden haber sido la causa de la insolvencia, exponen al administrador a la tradicional responsabilidad civil por daños causados a la sociedad o a los socios, acreedores o terceros, contemplada en los artículos 236 y ss. LSC y exigible a través de la acción social o de la acción

⁴⁴ FELICITAS MUÑOZ, A. *El proceso de liquidación de la Sociedad Anónima*, Aranzadi, Navarra, 2002

individual de responsabilidad, que de prosperar, obligarán al administrador a indemnizar los daños patrimoniales ocasionados con su conducta, bien sea a la sociedad, bien sea a los socios o terceros cuyos intereses han sido directamente lesionados por la conducta ilícita del administrador. Si los concretos deberes infringidos son los relativos a la promoción de la ordenada disolución de la sociedad o, en caso de insolvencia, el deber de solicitud del concurso, el administrador queda expuesto a la exigencia de responsabilidad por las obligaciones sociales prevista en el artículo 367 LSC.

Así pues, dispone el teórico acreedor único de tres sistemas o métodos de protección de su título crediticio, en primer lugar, el ejercicio de la acción de responsabilidad social, en segundo lugar, la acción individual de responsabilidad y por último el régimen del art. 367 LSC.

4.1 La acción social de responsabilidad

En primer lugar, el acreedor social aun en situación de unidad tiene la condición de legitimado activo para el ejercicio de la acción social siempre que no haya sido ejercitada por la sociedad o los socios y el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos. La acción social tiene por finalidad proteger el patrimonio social, y el art. 240 LSC le permite ejercitárla contra los administradores puesto que posee en cuanto titular del crédito un evidente interés en la defensa del patrimonio social con el que en sede de liquidación y extinción de la sociedad podría satisfacerse su crédito. Lo que supone que, a pesar de que el principal objetivo de esta acción social de responsabilidad es la legitimación activa de la propia mercantil, esto es, la articulación de la posibilidad de exigir la propia sociedad responsabilidad a los propios administradores, se admite de igual modo la posibilidad de instarla tanto por los socios como por los acreedores.

El éxito de esta acción requiere de la existencia de un acto u omisión ilícito que suponga el incumplimiento de alguno de los deberes preceptuados por la ordenación societaria. En segundo lugar, es presupuesto necesario la causación de un daño al haber societario. Y por último, debe existir entre dichos actos ilegales y el daño producido al haber social un nexo causal sobre el que termina de estructurarse el posible ejercicio de la acción social de responsabilidad por parte del acreedor único de la sociedad. El ejercicio de

esta acción por parte del acreedor único es siempre subsidiario al ejercicio de la misma por parte de la sociedad y los propios socios⁴⁵.

Cabe decir, que en el supuesto de ejercicio de la acción social contra los administradores, lo obtenido, caso de prosperar, pasará a integrar el patrimonio de la sociedad, puesto que esta acción se sustenta no sobre la lesión directa de intereses concretos, sino sobre la base de la defensa del haber societario⁴⁶.

Respecto al plazo de prescripción es unánime su concreción en cuatro años, derivado este plazo del art. 949 del Ccom en virtud del cual «La acción contra los socios Gerentes y Administradores de las Compañías o Sociedades terminará a los cuatro años, a contar desde que por cualquier motivo cesaren en el ejercicio de la administración». Esto supone que el día de inicio del plazo de prescripción de 4 años coincide con el día del cese en la administración por parte del administradores de la sociedad, pero en el caso que el daño al haber societario tenga el carácter de posterior al cese del administrador en sus funciones de administración debe afirmarse que el *dies a quo* del cómputo coincidirá con el de la concreción del daño, puesto que de no ser así, y mantenerse el inicio del cómputo en el día del cese del administrador en sus funciones de administrador se daría el ilógico de comenzar a contar la prescripción del daño sin la propia producción del mismo⁴⁷.

Goza de vital importancia en esta sede la acción social de responsabilidad, pues puede inferirse del razonamiento de la DRGN la preocupación por la existencia con anterioridad de conductas no diligentes por parte de los administradores que han podido afectar al patrimonio de la sociedad, y en consecuencia, al cobro por parte del acreedor único. Así pues, en supuestos de insolvencia generada o agravada por los administradores a través de conductas carentes de la diligencia y lealtad, y que por la

⁴⁵ Véase en este sentido, QUIJANO GONZÁLEZ, J. en «La responsabilidad de los administradores» en AA. VV. Rojo, *Comentario de la Ley de sociedades de Capital*, A. y Beltrán, E. (Dirs), Aranzadi, Navarra, 2011, p. 1696.

⁴⁶ A diferencia de la acción individual de responsabilidad en la que al producirse una lesión de intereses directamente a los socios o acreedores, la cuantía de la misma se destina a reintegrar el patrimonio del acreedores o socio que la ha instando. Véase, en este sentido LARA, R. «La acción social de responsabilidad» ejercicio por la sociedad» en AA. VV. *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Rojo y Beltrán (dirs.), Tiran lo Blanch, Valencia, 2013, pg. 90 y ss. o ESTEBAN VELASCO, G., «La acción individual de responsabilidad», AA. VV. *La responsabilidad de los ...cit.*, pp.161 y ss.

⁴⁷ Así, LARA, R. en «La acción social de responsabilidad: ejercicio por la sociedad» AA.VV. (dirs. Rojo, A y Beltrán, E.), *La responsabilidad...cit.*, pg. 89 y ss.

existencia de un único acreedor no puede instarse el concurso, cobra esta acción una especial importancia, posibilitando al acreedor único instar esta acción (subsidiariamente a sociedad y socios) con la que resguardar sus intereses crediticios reclamando responsabilidad a los administradores que por diversas acciones ilícitas han podido acarrear un perjuicio al haber social con el que posteriormente, en sede de liquidación y extinción societaria, se responderá frente al acreedor único.

De este modo, debe atenuarse la preocupación de la DRGN por una teórica actuación torciera de los administradores de la sociedad, pues de ningún modo, este comportamiento procura una situación de indefensión al acreedor único.

4.2 La acción individual de responsabilidad

Basado pues el método de exigencia de responsabilidad de administradores en la dualidad comentada, de un lado, se presenta la ya analizada acción social de responsabilidad, y de otro lado, la denominada acción individual de responsabilidad social, regulada en el art. 241 LSC. La denominada acción individual de responsabilidad es la segunda vía que posee el acreedor único para la protección de su crédito frente a la sociedad con la diferencia de que esta acción se fundamenta en el daño infligido de un modo directo en el patrimonio del acreedor único, teniendo por objeto la misma, la reparación patrimonial de los daños, esto es, la reintegración del patrimonio del propio acreedor demandante.

Así pues, los posibles daños en el patrimonio social es evidente que repercuten en los intereses del acreedor único, pero de un modo indirecto (en cuanto se produce una disminución de las posibles beneficios esperados, la satisfacción del crédito, precio de mercado de las acciones) y por ello se deriva al régimen de la acción social, puesto que la acción individual porta intrínsecamente la necesidad de un daño directo al acreedor (o socio), debiendo considerarse que habrá una lesión directa del mismo cuando se haya producido una infracción directa en su esfera jurídica, es decir, una incidencia evidente del daño sobre el patrimonio del acreedor único, que no sea un reflejo de una posible afectación al patrimonio social⁴⁸.

⁴⁸ Véase ESTEBAN VELASCO, G. « La acción individual de responsabilidad» en AA.VV. (dirigido por ROJO, A y BELTRÁN, M.) *La responsabilidad de... cit.*, pp. 162 y ss.

En concreto, esta vía de exigencia de responsabilidad se fundamenta en la actividad orgánica de los administradores, esto es, todo el elenco de actos que han llevado a cabo los administradores en el ejercicio de sus actividades o funciones, quedando excluidas de este modo, las actividades extra-orgánicas o personales que pudieran llevar a cabo estos de un modo ajeno a la sociedad, debiendo derivarse esta al procedimiento rituario de exigencia de responsabilidad extracontractual (art. 1902 Cc)⁴⁹.

Respecto a los elementos que constituyen esta acción de responsabilidad ha de afirmarse que son cuatro: en primer lugar, un acto u omisión ilícito por parte del administrador en el ejercicio de su cargo que comporte un incumplimiento de los deberes preceptuados por la ordenación societaria; en segundo lugar, la concurrencia de uno de los dos criterios de imputación subjetiva, esto es, dolo o culpa; en tercer lugar, la existencia de un daño directo en el patrimonio del acreedor único, y por último, una relación de causalidad entre el daño referido y el acto u omisión del administrador desde su condición de representante orgánico⁵⁰.

Del mismo modo que en la acción social de responsabilidad, la responsabilidad de los administradores es solidaria, sin perjuicio también, de la repetición del administrador frente al resto de administradores.

Así pues, de conformidad con lo expuesto, únicamente poseen legitimación activa para instar esta acción individual, los propios socios y acreedores, esto es, en sede de este trabajo de investigación, el acreedor único, no pudiendo la sociedad interponerla ya que los daños al patrimonio social en el ejercicio del cargo de administrador se satisfacen en sede de acción social de responsabilidad, y limitándose la interposición de esa acción, esto es, la legitimación pasiva, únicamente a los administradores que intervieron en la producción del daño de forma culposa o dolosa.

Respecto a la prescripción de la acción individual, de igual modo que la acción social de responsabilidad, y a pesar de la aceptación por la doctrina de su naturaleza extracontractual⁵¹, fruto de la STS 20 de julio de 2001 (EDJ 2001/16190) se produjo la

⁴⁹ Véase QUIJANO, J. «La responsabilidad de los administradores» en AA.VV. *Comentario de la Ley de Sociedades... cit.*, pp. 1718 y ss.

⁵⁰ Véase en este sentido, respecto a la necesaria concurrencia de diversos elementos para el ejercicio de la acción individual de responsabilidad, ESTEBAN VELASCO, G. «La acción individual de responsabilidad» en AA.VV. *La responsabilidad de los...cit.*, pp. 180 y ss. QUIJANO, J. «La responsabilidad de los administradores» en AA.VV. *Comentario de la Ley... cit.*, pp. 1731 y ss.

⁵¹ Debe recordarse que nuestro ordenamiento jurídico otorga en el art. 1968 Cc el plazo de prescripción anual para las acciones de carácter extracontractual

unificación sobre la pertinencia de la aplicabilidad del plazo cuatrienal para toda acción por actividad orgánica de los administradores, y por ende, de la acción individual de responsabilidad, plazo estipulado por el Código de comercio en su precepto 949.

Supone la regulación de esta acción una especial protección para el acreedor único ante posibles supuestos en que se ha afectado directamente a su crédito con diversas conductas como recibir un trato injusto respecto de otros acreedores que si han cobrado su crédito (dejándolo en calidad de acreedor único, imposibilitando su acceso al concurso) en las que no se recibe un produce un daño al patrimonio social, pero si se produce un daño ilegítimo directo al patrimonio del acreedor, que habilita el ejercicio de esta acción individual.

4.3 La responsabilidad de los administradores por el no cumplimiento del deber de promoción de la disolución ordenada de la sociedad mercantil

La literal dicción del art. 367 LSC afirma «Responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución 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 ». En este caso nos encontramos ante un supuesto de hecho evidente, y es la pasividad de los administradores ante la concurrencia de una causa de disolución societaria, y de ello surge como consecuencia jurídica la imposición a los administradores de responsabilidad por obligaciones sociales del incumplimiento de ese deber específico abocado a conseguir la disolución u otra medida.

Así pues, para la posible exigibilidad de este tipo de responsabilidad debe darse la concurrencia de dos presupuestos, en primer lugar, debe concurrir una causa de disolución que no opere de pleno derecho, esto es, una causa de disolución de las previstas en el art. 363 LSC, y en segundo lugar, que los administradores no hayan dado cumplimiento a los deberes de establecidos en los arts. 364, 365 y 366 LSC⁵², lo que

⁵² Poseen en caso de insolvencia de la sociedad el deber de convocar la junta general en el plazo de dos meses para que se adopte acuerdo de disolución o la remoción de la causa, o en caso de que no se acuerde instar la disolución judicial, y en caso de insolvencia, están los administradores obligados a solicitar

supone un intento de nuestro legislador por evitar una posible pasividad de la sociedad ante la existencia de una plausible causa de disolución⁵³.

La responsabilidad *ex art.* 367 LSC, es decir, la tercera vía de exigencia de responsabilidad en beneficio del posible acreedor único, se caracteriza también por tener carácter solidario, no respondiendo por ello solo los administradores de forma solidaria todos entre sí, sino también respondiendo junto a estos la propia sociedad.

Así pues, es frecuente que se acumule a la reclamación de la deuda frente a la sociedad, la acción de responsabilidad por las obligaciones sociales contra los administradores, pudiendo elegir el acreedor a quien dirigir ésta⁵⁴. Este tipo de solidaridad desemboca de este modo, en aplicación de los artículos 1143 a 1148 Cc en la posibilidad del acreedor único de ejercitar la acción frente a cualquier administrador, gozando del denominado por la doctrina *ius eligiendi*, así como del *ius variandi*⁵⁵, no condicionando la posterior repetición del administrador contra sus correlativos. Pudiendo posteriormente, en el ámbito interno (reforzando la teórica protección del acreedor único) una vez los administradores hayan hecho frente al pago de la responsabilidad impuesta, ejercitar estos dos acciones de regreso, de un lado, frente a la sociedad en calidad obligada principal de las deudas sociales por la totalidad de la cantidad pagada, y de otro lado, frente al resto de administradores, por la cuota de responsabilidad que proporcionalmente corresponda a cada administrador.

Este tipo de responsabilidad se caracteriza como hemos dicho por ser exigible únicamente por los acreedores sociales, y con ello, no por la sociedad ni por los socios, quienes disponen de la acción social y de la acción individual (no la sociedad)⁵⁶

Podrá el acreedor único ejercer esta acción contra quien sea administrador el día que venza el término otorgado de dos meses para el cumplimiento de los deberes legales. Ha

directamente el concurso de acreedores o en segundo lugar, convocar la junta general en el plazo de dos meses para que se adopte el acuerdo

⁵³ En este sentido, RODRÍGUEZ, D. y HUERTA, I. en *Responsabilidades de los administradores de las sociedades de capital en crisis*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 244 y ss.

⁵⁴ BATALLER, J. «La disolución» en AA.VV. *Comentario de..., cit.*, pp. 2576 y ss.

⁵⁵ Así, RODRÍGUEZ, D. y HUERTA, I. *Responsabilidades...cit.*, pp. 244 y ss. BELTRÁN, M. «La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales» en AA.VV. *La responsabilidad de los administradores... cit.*, pgs. 282 y ss.

⁵⁶ En sentido contrario en la doctrina, defendiendo la legitimación activa de la sociedad y de los socios | RODRÍGUEZ, D. y HUERTA, I. en *Responsabilidades de los administradores...cit.*, p. 471

de analizarse el supuesto en el que el cese en el cargo del administrador se produce con anterioridad a la expiración del plazo; respecto a ello, el TS en reiterada jurisprudencia, como las STS de 28 de abril de 2006 (EDJ 2006/65276) o 26 de mayo de 2006 (EDJ 2006/89268), ha establecido la imposibilidad de que surja esta responsabilidad, siendo posible el nacimiento de la mencionada responsabilidad en el supuesto de que se produjese con posterioridad al plazo de los dos meses, porque en este caso como es lógico, la responsabilidad ya ha nacido, así pues, en el supuesto en que el demandado ha dejado de ser administrador, aunque el cese no conste en el RM no responde de las obligaciones sociales.

Como es lógico, el sujeto pasivo en esta vía de exigencia de responsabilidad siempre será el administrador, extendiéndose esta también al administrador de hecho (como se estudiará en el apartado correspondiente) conforme a la STS 25.3.2008 (EDJ 2008/161749), no siendo imputable este tipo de responsabilidad a aquellos administradores que demuestren que no les es imputable el incumplimiento.

Respecto al *quantum* o la extensión de la responsabilidad de los administradores debe decirse, que se extiende únicamente a las nuevas obligaciones sociales, es decir, a aquellas obligaciones sociales posteriores a la concurrencia de la causa legal de disolución, no siendo los administradores responsables de las deudas sociales anteriores. Supone esto una extensa protección al acreedor único, puesto que al no responsabilizar a los administradores de los daños sino del cumplimiento de las obligaciones, basta al acreedor único probar la deuda pendiente de pago con la sociedad para activar este sistema de responsabilidad. Así pues, esta responsabilidad debe entenderse limitada en el tiempo (por producirse únicamente a partir de la expiración del plazo), pero ilimitada en el *quantum*, pues a partir del momento en el que se active esta responsabilidad debe entenderse que los administradores responden ilimitadamente sobre la base del principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 Cc), de este modo, sea cual sea el importe de las obligaciones sociales, el administrador ha de hacer frente a su pago. No obstante, si la sociedad es solvente estos podrán repetir contra la sociedad lo pagado, abriendo también la vía de regreso frente al resto de administradores solidarios⁵⁷

El principal problema que se desvela en la práctica respecto a la extensión de la responsabilidad de los administradores es determinar el momento temporal a partir del

⁵⁷ La redacción original del artículo se modificó para limitar la extensión de la responsabilidad de los administradores al sistema actual, es decir, a una responsabilidad a partir de la expiración del plazo de los 2 meses.

cual se produce su responsabilidad, esto es, fijar el momento de concurrencia de la causa de disolución (puesto que a partir de ese momento, deberá comenzarse a contar el plazo de 2 meses). Determinar la fecha de la causa de disolución, resulta en la práctica un acto de especial complejidad, y para ello es unánimemente aceptado que para su determinación y así evitar inconvenientes prácticos se aplica una presunción consistente en que las obligaciones sociales reclamadas se presumen de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior.

De este modo y teniendo en cuenta que la fecha del crédito suele ser relativamente fácil de probar, en la práctica la presunción obligará a los administradores a demostrar que el momento en que aconteció la causa de disolución fue posterior a la deuda con el tercero, lo cual evidentemente determina una estricta protección al acreedor único, que no poseerá la carga de probar la temporalidad de su crédito puesto que se presumirá posterior a la concurrencia de causa de disolución correspondiendo al administrador probar lo contrario. A través de esta presunción se evita toda la problemática probatoria ante la que se vería el acreedor único si tuviera que acreditar no solo la fecha de la causa de disolución sino que los administradores eran conocedores, de su existencia.

En esta vía de exigencia de responsabilidad, se establece un doble sistema de prescripción de la responsabilidad, uno respecto al ejercicio de la acción de responsabilidad por cada uno de los titulares del crédito (acreedores) y otro respecto a la propia responsabilidad *in genere* del administrador. La literal dicción del art. 367 LSC no regula un plazo concreto de prescripción, no obstante, es unánime la aceptación, de un lado, que si la responsabilidad de los administradores supone hacerles responsables de las obligaciones sociales, parece lógico que la acción de reclamación contra los administradores prescribirá al mismo tiempo que los créditos de los que deban responder, pues sino estaría el administrador en peor situación que la sociedad (entendida como obligada principal) y de otro lado, finalizará la responsabilidad de todos los acreedores en conjunto (es decir, se aparta el criterio de la individualidad anterior) por el transcurso del plazo de cuatro años fijado con carácter general por el art. 949 Ccom, considerado como el plazo para la responsabilidad orgánica *in genere*, a partir de la STS 20 de Julio de 2001 (EDJ 2001/16190).

Así pues, en palabras de BELTRÁN, M. «La acción para exigir a los administradores el pago de una deuda social prescribirá por el transcurso del plazo establecido para el

ejercicio de la acción contra la sociedad (que a falta de pacto expreso, será el de 15 años del art. 1964 Cc), y que se contará desde que pudo ejercitarse (art. 1969 Cc), y caducará por el transcurso del plazo de cuatro años a contar desde que se produzca el cese del administrador. Se trata de dos plazos de distinta naturaleza y, por ello, compatibles, el primero es un plazo de prescripción para el ejercicio de la acción derivada del derecho de crédito y el segundo constituye un plazo de caducidad durante el cual subsiste la posibilidad de que se ejercent acciones contra administradores que hubieran cesado en su cargo»⁵⁸.

4.4 De la imputación de responsabilidad a los administradores de hecho en beneficio del acreedor único

Debe decirse, que el posible ejercicio del elenco de acciones ejercitables por parte del acreedor único no se limita a la responsabilidad del administrador de derecho de la sociedad, sino que se extiende también a los supuestos de actos ilícitos por parte de los administradores de hecho, entendidos estos como aquellas personas que en la realidad del tráfico desempeñan sin título (o con título nulo o extinguido) las funciones de los administradores formalmente designados. Así se aduce de la literal dicción del art. 236 al afirmar que «Los administradores de derecho o de hecho como tales, responderán...», siendo reiterado en la doctrina que sujetos pasivos de la responsabilidad son los administradores de la sociedad, todos por igual, con independencia del origen de su nombramiento, de su carácter o de su posición y funciones dentro del órgano de administración⁵⁹.

Así pues, quedan afectados por la posible responsabilidad ante el acreedor único, administradores que ejercen las funciones en virtud de un nombramiento formal afectado de algún vicio (nombramiento nulo) o no exteriorizado (nombramiento no inscrito) o supuestos de nombramientos caducados, así como las personas que ajenas al órgano de administración por no haber sido nombradas como administradoras, asisten de un modo asiduo a sus reuniones y participan en sus decisiones. Del mismo modo, podría activarse la responsabilidad de sujetos que sin formar parte del órgano de administración se ejerce desde fuera una posición de influencia de suficiente fuerza y

⁵⁸ En este sentido, En este sentido, RODRÍGUEZ, D. y HUERTA, I. en *Responsabilidades...*, cit., pgs. 117 y ss.

⁵⁹ Véase QUIJANO, J. en «La responsabilidad de los administradores» en AA. VV. *Comentario de la...* cit., pg. 1694.

entidad como para determinar o condicionar las decisiones del órgano de administración, que en términos prácticos, engloba principalmente supuestos de socio único en sociedades unipersonales, socio mayoritario o el de miembros de la familia titular de una empresa familiar en los que, sin tener presencia física o un puesto fáctico en el órgano de administración de la sociedad, adoptan o determinan las decisiones de las mismas condicionando de este modo a los administradores formales, o también en el supuesto de grupos de sociedades en las que el órgano de administración de la «dominante», influye y determina las decisiones de las sociedades «dominadas»⁶⁰.

Así pues se amplía el elenco de sujetos frente a los cuales el acreedor único puede ejercitar determinadas acciones⁶¹, lo cual hasta la reforma del año 2003 planteaba numerosos problemas al buscar el fundamento de la extensión de la responsabilidad de los administradores derecho a los administradores de hecho.

Interesa en esta exposición, en aras de protección del acreedor único y en busca de la desvirtuación de los argumentos de la DGRN, afirmar que en el ejercicio de las diversas acciones por parte de dicho acreedor responde siempre el administrador de hecho en las mismas circunstancias que el acreedor formalmente nombrado. Pero debe mantenerse especial cuidado en la reclamación de responsabilidad por las deudas sociales impuesta a los administradores por incumplimiento de ciertos deberes como es la promoción de la ordenada disolución de la sociedad cuando concurre causa para ello, pues es como poco controvertida.

El problema orbita, en que para la promoción de la ordenada disolución de la sociedad es preceptiva la convocatoria de la Junta general, deber que en su condición de administrador de hecho difícilmente puede cumplir, y por lo cual, se ha entendido en la doctrina, anteriormente, la no exigibilidad de este tipo de responsabilidad. Razonamiento venido a menos en la actualidad, pues la doctrina en su mayoría aboga por entender aplicable a los administradores de hecho la responsabilidad *ex art. 367 LSC*, argumentándose en contra de la posición doctrinal anterior que a pesar de la falta de competencia del administrador de hecho para convocar la junta, debe este en el diligente ejercicio del cargo todo lo necesario para cumplir la obligación del art. 367

⁶⁰ Véase QUIJANO, J. en «La responsabilidad de los administradores» en AA. VV. *Comentario de la... cit.*, pg. 1695.

⁶¹ En este sentido también, MOYA, A. en *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes*, Bosch, Barcelona, 2011, pg. 96 al afirmar que debe declararse la responsabilidad de aquellas personas que por diversas razones ejercen solo tácicamente funciones de administración, así como si efectuaban totalmente o de un modo parcial funciones con transcendencia en la administración.

LSC, pudiendo poner en conocimiento de los socios la situación y solicitar la celebración de la citada junta, debiendo tener en cuenta que es quien gestiona y dirige en numerosas ocasiones la sociedad.

Añadiéndose a estos argumentos la posibilidad que posee de acudir al juez con objeto de solicitarle la disolución judicial de la sociedad en virtud del art. 366 LSC, o que sería ilógico no aplicar a los administradores este régimen porque implicaría tolerar una situación de desigualdad lo que desprotegería al acreedor, no produciéndose con la interpretación actual, lo que beneficia de un modo palmario al acreedor único⁶².

Así pues, y en palabras de Fernando Martínez Sanz «Al administrador de hecho le resulta de aplicación todo el régimen de responsabilidad previsto para los administradores de derecho, tanto el previsto en los artículos 236-241 de la Ley de Sociedades de Capital, como en el contemplado en el artículo 367 de idéntico texto legal»⁶³.

De este modo, la doctrina mayoritaria afirma que los administradores de hecho en principio no responden en este caso, puesto que no pueden dar cumplimiento a las exigencias que generan la responsabilidad por deudas (STS 28 de abril de 2006; Roj: STS 2921/2006). No obstante, algunos autores consideran que si el administrador de hecho lo es realmente y puede obtener del de derecho la convocatoria, debe responder. En este caso, el administrador legal no podrá eximirse alegando que era un mero testaferro, pues con la aceptación del cargo asume un conjunto de deberes legales y estatutarios entre los que se encuentra el de promover la ordenada disolución o en su caso, instar el concurso, cuando concurran las circunstancias previstas en la Ley que así lo exigen.

Debe apuntarse que no es del todo pacífica la jurisprudencia sobre la extensión de la responsabilidad por deudas sociales, prevista en el art. 367 LSC, a los administradores de hecho.

En contra de esta posibilidad se declara de forma tajante la sentencia de fecha 28 de abril de 2006 cuando señala que: "Se trata de una responsabilidad que sólo ha de ser

⁶² Véase MARTÍNEZ SANZ, F. «Los administradores responsables» en AA.VV. *La responsabilidad de los administradores...cit.*, pp. 56 y ss.

⁶³ Véase MARTÍNEZ SANZ, F. «Los administradores responsables» en AA.VV. *La responsabilidad de los administradores en la...cit.*, p. 73.

exigida, por su naturaleza, a los administradores de derecho, no a los de hecho". A favor se pronuncia la posterior sentencia del Alto Tribunal de 7 de mayo de 2007 que rechazó el recurso de casación en el que se pretendía la exclusión de esta responsabilidad por imputarse a un administrador de hecho. El recurso de casación se desestima, entre otras razones, porque el demandado condenado contra el que se había ejercitado la acción de responsabilidad por deudas sociales asumió la administración de la sociedad de forma encubierta y al amparo de unos poderes que nunca llegaron a ser inscritos en el Registro Mercantil, por lo que se trataba de un administrador de hecho.⁶⁴

La Audiencia Provincial de Madrid se ha mostrado favorable en sentencias de 31 de julio de 2009, 9 de abril de 2010 y 29 de octubre de 2010 y 25 febrero 2013 a aplicar la responsabilidad por deudas sociales a los administradores de hecho especialmente en supuestos en que el administrador de derecho que cesa en su cargo por cualquier causa continua, de hecho, ejerciéndolo con posterioridad, supuestos en que el Tribunal Supremo también admite la aplicación de este tipo de responsabilidad⁶⁴. En realidad, debe tenerse en cuenta que siempre estará en manos del administrador de hecho, real administrador de la sociedad, excitar el celo del administrador de derecho, cuando lo haya, para el cumplimiento de sus deberes o, en último término, instar la convocatoria judicial de la junta. Además, no parece razonable que el administrador de hecho, por serlo, mantenga una mejor posición que el de derecho, liberándose de este tipo de responsabilidad, precisamente, por mantenerse en la sombra o sin regularizar su nombramiento.

Lo que de un modo palpable, una vez más, beneficia al hipotético acreedor único.

4.5 Breve referencia a los seguros de responsabilidad civil como garantía al acreedor único

Esta es una nueva práctica muy común en la actualidad propia de las grandes y medianas empresas en busca del amparo de sus administradores y directivos por una póliza de seguros de responsabilidad civil, de la que ha de decirse que estas únicamente alcanzan una hipotética responsabilidad civil, en ningún modo la penal. El seguro de responsabilidad civil de administradores, también conocido como «seguro D&O» (*directors and officers*) es un seguro de daños, de carácter voluntario, que cubre el

⁶⁴ Y así en la STS de 14 de abril de 2009.

riesgo del nacimiento, a cargo del administrador asegurado, de una obligación de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados a un tercero por un acto del que aquél sea civilmente responsable en el marco del desempeño de su cargo⁶⁵. También y de forma accesoria se suele cubrir el riesgo de defensa jurídica. Son asegurables todos los supuestos de responsabilidad civil en que pueda incurrir el administrador de una sociedad de capital en el ejercicio de las funciones propias de su cargo.

Entiende la doctrina que junto a la responsabilidad civil por daños derivada del ejercicio de las acciones previstas en los artículos 236 y ss. LSC, es también asegurable la responsabilidad por deudas contemplada en el artículo 367 LSC. En la práctica, habrá que atender a los concretos supuestos de responsabilidad cubiertos por la póliza de que se trate, así como a las exclusiones y limitaciones contenidas en el contrato (p. ej. límites cuantitativos de responsabilidad máxima cubierta).

Generalmente se configura como un seguro por cuenta de terceros (artículo 7 LCS), pues es la propia sociedad administrada la que contrata el seguro en nombre propio, pero por cuenta e interés de un tercero (su administrador o administradores); aunque nada obsta a que sea el propio administrador quien lo contrate personalmente con el fin de ponerse a salvo de posibles mermas en su patrimonio fruto de la eventual responsabilidad en que incurra en el ejercicio de las funciones de gestión y representación que tiene encomendadas (seguro por cuenta propia). Tratándose de sociedades cotizadas o grandes compañías, que superen los umbrales previstos en el artículo 107.2.c LCS, el seguro podrá catalogarse como de grandes riesgos (artículo 107.2 LCS) y, en consecuencia, no se aplicará el mandato de imperatividad del artículo 2 LCS (vid. artículo 44 LCS), admitiéndose un mayor margen al juego de la autonomía de la voluntad en la redacción del contrato de seguro D & O.

⁶⁵ En general, sobre el seguro de responsabilidad civil de administradores, véase FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, J., *El seguro de responsabilidad civil de administradores y altos directivos de la sociedad anónima (Póliza D & O)*, Comares, Granada, 1994; SÁNCHEZ CALERO, F., «El seguro de responsabilidad civil para administradores, directores y gerentes de sociedades mercantiles», *RESeg.*, núm. 107, Julio-Septiembre (2001), pp. 393 y ss.; GUERRERO LEBRÓN, M^a J., *El seguro de responsabilidad...*, op. cit., *passim*; PÉREZ CARRILLO, E., *Aseguramiento de la responsabilidad de los administradores y altos ejecutivos sociales. El seguro D&O en EEUU*, Marcial Pons, Madrid, 2005; PÉREZ CARRILLO, E., «El seguro de responsabilidad de administradores de sociedades mercantiles» *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, (coord. Guerra Martín, G.), La Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2011, pp. 273 y ss.; RONCERO SÁNCHEZ, A., «El seguro de responsabilidad civil de los administradores de sociedades de capital» *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, (dirs. Rojo, Á., y Beltrán, E.), 5.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 653 y ss.

Por medio de estas pólizas se garantiza a los administradores asegurados, aunque estos hayan cesado en sus funciones, el pago de las indemnizaciones que le puedan ser reclamadas por su gestión, al frente de la empresa en su condición de administradores de la misma, realizadas sin la debida diligencia. La cobertura de estas pólizas cubre el pago de indemnizaciones, los gastos de abogados y judiciales, así como las fianzas que hubiera que depositar, lo cual supone un elementos más de la estructura garantista existente en beneficio del acreedor único ⁶⁶. Así pues, ante una eventual insolvencia de los administradores, estaría cubierto el crédito del acreedor único, y una vez más, inserto en un sistema tremadamente garantista, que justifica la no aplicación del concurso.

V CONCLUSIÓN TRABAJO DE FIN DE GRADO

Nuestro trabajo nos permite responder con nitidez a las siguientes preguntas: ¿Es necesaria la concurrencia de una pluralidad de acreedores para la declaración del concurso de acreedores? Y en segundo lugar ¿Se ve desprotegido el acreedor único en caso de no poder acceder al concurso de acreedores?

En consonancia con nuestra doctrina y jurisprudencia, para contestar a las mencionadas cuestiones ha de acudirse a la ordenación concursal, es decir, para ofrecer una respuesta cabal y precisa debe responderse en sede de Ley Concursal. No resulta nimia la elevada cuantía de preceptos a lo largo de la Ley Concursal de los cuales se desprende que nuestro legislador ha querido reflejar, con diversas alusiones a la pluralidad de acreedores, que el concurso de acreedores se trata de un procedimiento colectivo. Y por ello, al tratarse de un procedimiento colectivo parece lógico que haya tildado el propio procedimiento como concursal término que proviene de concurso el cual es la denominación clásica que desde los tratadistas españoles del siglo XVII se ha empleado para describir la concurrencia de los acreedores sobre el patrimonio del deudor común. Pero no solo ello, puesto que de la simple lectura de la exposición de motivos de la LC se denota claramente que estamos ante un procedimiento de insolvencia colectiva que posee como objetivo el reparto ordenado del haber social, y no de un sistema alternativo de extinción y liquidación de sociedades ante el que nos encontraríamos de aceptar concursos de acreedores con un único acreedor, en los que resulta palmaria la imposibilidad de proceder al reparto de haber social.

| ⁶⁶ Para un estudio en profundidad, véase MOYA, A. *La responsabilidad...cit.*, pp. 358 y ss.

Así pues, aceptando concursos de acreedores con un único acreedor se procura unas previsiones cuyo espíritu y finalidad no concuerdan con esa aplicación práctica, puesto que al aceptarlo, se fomentan conductas torticeras por los deudores instando el concurso de acreedores como una vía de paralización de la vía ejecutiva civil, y sumando así gastos concursales y especialidades que no hacen más que aumentar el pasivo social y complicar la liquidación de la sociedad; liquidación infinitamente más sencilla en sede de LSC y en la cual los acreedores gozan de la misma protección al poder instar la responsabilidad de los liquidadores societarios y de los administradores .

De este modo, ha de ser unánime como es en la actualidad, el rechazo *ad limine* de nuestro órganos jurisdiccionales de concursos de acreedores carentes de una pluralidad inicial de los mismos fundamentado en que conjuntamente con el presupuesto subjetivo (art. 1 LC) y el presupuesto objetivo (art. 2) se yergue como presupuesto del concurso de acreedores la necesaria pluralidad inicial, pudiendo inferirse de numerosas expresiones como el art. 2.1 al referirse al deudor común o de otros preceptos como el art. 7, el 75.2.2º etc...

Ante esta automática inadmisión de concursos de acreedores con un único acreedor, debe entender la DRGN que de no conceder la inscripción de la liquidación y así provocar la extinción jurídico-registral de la sociedad procura una indebida inseguridad jurídica al mantener en el plano jurídico a sociedades fantasma puesto que de facto, es decir, en el plano fáctico no tiene ningún tipo de actividad empresarial que haga necesaria su continuación en el plano registral; procurando la creación de un nuevo plano, coetáneo al jurídico y al fáctico, el plano registral que en ocasiones mostraría filedignamente la realidad mientras que en otras mostraría empresa muertas en cuanto a su actividad mercantil, pero registralmente vivas. Esta dicotomía entre el plano registral y el plano fáctico, afecta gravemente a la seguridad jurídica puesto que se parte de la presunción de la correlación entre la realidad y el registro mercantil.

Estas antagónicas posturas entre jurisprudencia y doctrina de la DGRN parecen principalmente producidas por el entendimiento de dos modos distintos de la mecánica registral. Estos dos sistemas de mecánica registral tienen como base o fundamento el control de la veracidad de la insuficiencia o inexistencia de activo en la liquidación societaria, y subyace tras ellos un distinto posicionamiento respecto de la eficacia extintiva o meramente declarativa de la cancelación registral.

Con anterioridad a la RDGRN de 2 de Julio de 2012, así como la jurisprudencia y doctrina actual, sostienen en definitiva que el control formal de la acreditación de inexistencia de haber social corresponde registrador, dándose publicidad a la escritura de extinción supeditándose a la responsabilidad del liquidador, armonizándose así la protección de los terceros y la congruencia del registro con la realidad fáctica. Tras la mencionada resolución, se parte de la eficacia extintiva y no meramente declarativa de la cancelación registral respecto del proceso extintivo de una sociedad de capital, encomendándose al juez el control de la real insuficiencia o inexistencia de haber social y derivándose así al concurso de acreedores.

A través de este segundo posicionamiento, únicamente se le procura una peor situación puesto que de un lado, la sociedad permanecerá en el registro como una sociedad fantasma contradiciendo la realidad registral a la realidad fáctica o extraregistral, lo que conlleva a una repudiable discrepancia entre el plano fáctico y el registral, deviniendo insuficiente nuestro registro al ser su principio rector el principio de legalidad que tiene por objeto asegurar el paralelismo entre los asientos y la realidad jurídica, procurando así a los terceros que confían en la fe pública registral.

Así pues, de esta comparación entre las ejecuciones singulares y la colectiva, debe afirmarse que el concurso de acreedores es inidóneo a nivel funcional desde que únicamente concurra un acreedor, disponiendo ese acreedor único de medios más expeditivos y económicos para satisfacer su crédito al margen del concurso de acreedores, esto es la ejecución singular. En conclusión, esta opción no conlleva desprotección del acreedor único, y propicia a su vez seguridad jurídica adecuando la realidad registral a la extraregistral.

En respuesta a la segunda de la cuestiones, debe afirmarse que la no aceptación de concursos de acreedores con un único acreedor no produce indefensión manifiesta al acreedor único, puesto que a consecuencia de la negación de la ejecución colectiva se le deriva a la ejecución singular, la cual concuerda con el supuesto de hecho y es el procedimiento adecuado para la ejecución de este tipo de situaciones, sumando a ello diversas acciones civiles (acción revocatoria de actos en fraude de acreedores y acción de rescisión de contratos en fraude de los mismos) que no hacen mas que acrecentar una manifiesta y extensa protección del acreedor único.

Como añadidura, el régimen jurídico de los liquidadores en sede de LSC posee un planteamiento absolutamente similar al régimen de responsabilidad de la administración concursal, así el régimen de responsabilidad del liquidador por sus manifestaciones en la escritura de extinción es un régimen estrictamente riguroso (art. 375.2 LSC) equiparándose la responsabilidad del liquidador a la del administrador social, gozando a su vez de otras numerosas acciones contra liquidadores y administradores el acreedor único para proteger su crédito (lo que desvirtúa el argumento principal de la DRGN entorno a la necesaria constatación judicial de la inexistencia de haber social y la necesaria intervención judicial en el reparto del mismo para procurar así protección al acreedor único y no desprotegerlo por la posible actuación torticera del deudor) lo cual ya ha sido expuesto en el pertinente apartado del trabajo, y que supone la constatación de la no existencia de indefensión para el acreedor único por la no admisión del mismo al proceso concursal, y derivarlo a la ejecución singular, poseyendo así el mismo grado de protección de su crédito.

Así pues, gozando el acreedor único de una provisión de acciones que garantizan su correcta defensa equiparable a la existente en el proceso concursal, se desvirtúa el principal argumento de la posición doctrinal de la DGRN actual, y debe procederse a la afirmación de la pluralidad de acreedores como tercer requisito o presupuesto junto al objetivo y subjetivo, inadmitiéndose *ad limine* todas las solicitudes de declaración de concurso de acreedores donde no se de esta concurrencia, derivándose a estos a la ejecución singular, debiendo liquidarse estas sociedades en sede de LSC y procediéndose por parte de la DGRN a la elevación de la escritura de liquidación y extinción y considerando que esta únicamente tiene efecto meramente declarativos , y aún considerándola constitutiva, sabiendo que en ningún momento supondría esta un efecto sanatorio de los eventuales vicios de la liquidación. De este modo, no se transformaría el proceso concursal de un procedimiento colectivo de reparto del haber social a un procedimiento alternativo de liquidación de sociedades, ni se procuraría innecesariamente inseguridad jurídica al producir una dicotomía entre la realidad registral y la realidad fáctica.

Índice bibliográfico:

- AA. VV. *La responsabilidad de los administradores en las sociedades mercantiles*, dirigido por ROJO, A. y BELTRÁN, M., Tiran lo blanch, Valencia, 2013
- AA.VV. *Comentario de la ley concursal* (Beltrán y Rojo dirs.), Civitas, Madrid, 2008.
- AA.VV. *Comentarios a la legislación concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal)*, Pulgar Ezquerra (dir.), t. I, Registradores de España/Dykinson, S.L., Madrid, 2004.
- AA.VV. *Comentarios a la Ley Concursal*, Fernández de la Gádara (coord.), Marcial Pons, Barcelona, 2004.
- AA.VV. *Comentarios a la Ley Concursal: Ley 22/2003 de 9 de Julio, Concursal, Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio para la Reforma concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial*, Bercovitz (dir.), Tomo I, Tecnos, Madrid.
- AA.VV. *Comentarios a la Ley concursal: con concordancias, jurisprudencia y*
- AA.VV. *Derecho concursal práctico*, Fernández Ballesteros (dir.), Iurgum Madrid, 2004, págs.57-58.
- AA.VV. *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal*, Pulgar (dir.), Dilex, Madrid, 2008
- AA.VV. *Tratado práctico concursal*, Prendes (dir.), Aranzadi, Navarra, 2009
- BELTRÁN, E. en “La liquidación de sociedades y el concurso de acreedores” en AA.VV. *La liquidación de las sociedades mercantiles*, Beltrán (dir.) Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 428
- FELICITAS MUÑOZ, A. *El proceso de liquidación de la Sociedad Anónima*, Aranzadi, Navarra, 2002
- FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A. en «Algunas Cuestiones sobre la Apertura del Concurso en La Ley Concursal» Cuadernos de Derecho Judicial XVIII, 2003, nº 18, Madrid,
formularios Sagrera Tizón (dir.), Bosch, Barcelona, 2004
- HERRERA CUEVAS, E. *Manual de la Reforma Concursal*, Europea del Derecho Madrid, 2004,

- MOYA, A. *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes*, Bosch, Barcelona, 2011
- OÑATE DANCAUSA, J. “¿Liquidación o Concurso?” *Diario La Ley*, nº 7894, 2012.
- PARRA BAUTISTA, J.R. “La liquidación de compañías mercantiles pobres de masa: de la Resolución DGRN de 2 de Julio al Auto del Juzgado de lo Mercantil núm.1 de Almería de 28 de enero de 2013” *Derecho de los Negocios*, nº 271, 2013
- PEINADO GRACIA, J., “Cooperación y pillaje en el concurso”, *Anuario derecho concursal*, nº 9, 2006, p. 231-257.
- PULGAR EZQUERRA, J. “Extinción y cancelación de sociedades de capital sin activo”, *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 41, 2013
- PULGAR EZQUERRA, J., *La declaración del concurso de acreedores*, La Ley, Madrid, 2005, p.179.
- RODRÍGUEZ, D. y HUERTA, I. en *Responsabilidades de los administradores de las sociedades de capital en crisis*, Aranzadi, Navarra, 2012, pgs. 244 y ss.
- ROJO, A. y BELTRÁN M., *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital, Tomo I*, Aranzadi, Pamplona,
- ROJO, A. y BELTRÁN M., *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital, Tomo II*, Aranzadi, Pamplona, pgs. 2615 y ss.
- SERRA, C. “¿El concurso sin concurso? El proceso de insolvencia con un único acreedor” *Anuario de derecho concursal*, nº 17, 2009.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. *Comentarios a la ley concursal: Ley 22/2003, de 9 de julio: texto legal, leyes vinculadas, jurisprudencia, esquemas*, Díjusa, Madrid, 2003.
- VELA TORRES, J., “La pluralidad del acreedores como requisito del concurso” *Anuario derecho concursal* nº 11, 2007
- YANES YANES, P. “Liquidación societaria, acreedores insatisfechos por falta de activo y obligatoriedad de concurso de acreedores” *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* , nº 18, 2013

Índice jurisprudencial:

- Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1989 [RJ 1989\ 6385]
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2001 (EDJ 2001/16190)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2006 (EDJ 2006/65276)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2006 (EDJ 2006/89268)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2008 (EDJ 2008/161749)
- Auto de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 5) 29.04.2009 (JUR 2009\283628)
- Auto de la Audiencia Provincial de Baleares en Auto 11.04.2006 (AC 2006/902)
- Auto de la Audiencia Provincial de Baleares (sección 5) 06.03.2008 (JUR 2008\323610),
- Auto de la Audiencia Provincial de Baleares (sección 5) 27.01.2010 (JUR 2010/101507)
- Auto de la Audiencia Provincial de Baleares (sección 5) 06.03.2008 (JUR 2008\323610)
- Auto de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 5) 05.10.2009 (JUR 2009\469869)
- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15) 27.11.2008 (JUR 2009/175890),
- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15) 03.07.2009 (JUR 2009/46818)
- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15) 16.03.2009 (JUR 2009/411454),
- Auto de la Audiencia Provincial de Baleares (sección 5) 06.03.2008 (JUR 2008\323610)
- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15) 16.12.2009 (JUR 2010/116882)
- Auto de la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 3) 08.10.2009 (JUR 2010\52631)
- Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 3) 13.05.2010
- Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas 04.12.2009 (JUR 2010/150924).

- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 28) 10.04.2008 (JUR 2008/150216)
- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 28) 17.04.2008 (JUR 2008/188168)
- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28) 04.05.2012
- Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona 20.01.2011 (JUR 2011/148986)
- Auto de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 5.10.2009 (JUR 2009\469869)
- Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 5 de mayo de 2006 (AC 2007, 352)
- Auto Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao 3.12.2004 (AC 2005/58)
- AJM-3 Pontevedra 08.11.2010 (JUR 2011/140294)