

Economía al día

Publicación trimestral

Revista n.º 17 • enero 2007

EDITADA POR:

ILUSTRE COLEGIO OFICIAL
DE TITULADOS MERCANTILES
Y EMPRESARIALES DE ARAGÓN

P.º M.º Agustín, 4-6, local 6
(PASAJE EBROSA)
Tel. 976 446 999
Fax 976 444 263
E-mail: colegio@cotme.com
50004 ZARAGOZA

DIRECCIÓN

Ramón Martínez González

COMITÉ DE REDACCIÓN

Antonio Envid Miñana
Lorenzo Fau Guinda
Cristina Jordán Gil
Manuel Lou Aldea
Ramón Martínez González

COLABORACIONES

Antonio Envid Miñana
Cristina Jordán Gil
Lorenzo Fau Guinda
Manuel Lou Aldea
Gay-Cano Abogados
Víctor M. González Baquero
Manuel Caballú Albiac
Ramón Martínez González

SECRETARIA DE REDACCIÓN

María Pamplona

DISEÑO Y MAQUETACIÓN

Alternativa de Publicidad

DEPÓSITO LEGAL

T-264-1999

Los criterios expresados en los artículos son de exclusiva responsabilidad de sus autores

Índice

<i>Carta del Presidente</i>	2
<i>Contabilidad y auditoría</i>	
Armonización contable	3
<i>Jurisprudencia Laboral y Fiscal</i>	
Fusión y escisión de sociedades en situación concursal	6
<i>Literatura y Contabilidad</i>	
La crisis engordó las uvas de la ira	18
<i>Biblioteca</i>	
La tributación de actos ilícitos	20
Discrecionalidad, arbitrariedad e inicio de actuaciones inspectoras	21

Carta del Presidente



Antonio Envid Miñana



ESTIMADO compañero:

El nuevo año se abre con la esperada reforma fiscal, que afecta fundamentalmente al IRPF. Esta reforma consagra el modelo bipolar, largamente debatido, de grabar menos el capital que el resto de las rentas.

No deja de sorprender que sea el partido socialista quien propicia este modelo; sin embargo, quizá sea la solución más inteligente. En primer lugar, existe en Europa bastante competencia entre los Estados miembros de la Unión para captar capitales, de modo que éstos se verán atraídos por aquellos territorios cuya imposición sea menor. Por otra parte, un país cuyas familias se hallan endeudadas hasta el cuello y sus recursos prisioneros de préstamos hipotecarios de larga duración, tendrá que arbitrar fórmulas muy generosas para captar el capital foráneo que necesitará para su desarrollo.

Otra lectura de la reforma pone de manifiesto la escasa seguridad jurídica que sufre el ahorrador español, pues cada cierto tiempo, según el partido que haya ganado las

elecciones, se encuentra con que sus planes de ahorro a largo plazo se vienen al suelo. Lo que ayer estaba primado fiscalmente, como los planes de pensiones, hoy son castigados; si ayer los depósitos a plazo tributaban a un tipo proporcional, hoy verán reducida su tributación, de modo que serán altamente competitivos frente a otros productos financieros, como los fondos de inversión. Sin embargo, deshacer posiciones financieras siempre es caro y peligroso.

En fin, no quiero abrumarte con estos problemas que conoces tan bien como yo, sobre todo en estos días navideños, que tradicionalmente suponen una tregua a los problemas cotidianos y que nos permiten dedicarnos un poco más a nosotros mismos y a nuestra familia, principal sufridora de nuestras largas jornadas de trabajo y de las preocupaciones laborales, de modo que te deseo paz y felicidad para que puedas gozar de tu hogar y tu familia durante estas fiestas navideñas, y que el próximo 2007 nos sea a todos próspero y benéfico.

Recibe mi más cariñoso saludo.
Antonio Envid Miñana. Presidente.

Contabilidad y Auditoría

Armonización contable



Cristina Jordán Gil
Colegiado número 878



En el año 1990 asistía una conferencia en la Cámara de Comercio de Zaragoza sobre la Reforma y Adaptación de la legislación Mercantil a las Directivas de la CEE, más en concreto, sobre la Cuarta y Séptima Directiva.

Empezábamos así lo que iba a ser el principio de un largo camino, “el de la **ARMONIZACIÓN CONTABLE**”, inmerso en la armonización europea e internacional.

Era un proyecto ambicioso, con objetivos de carácter económico y político, que nos iba a llevar muchos años de trabajo; tendríamos que ser admitidos por la propia Comunidad, cumpliendo una serie de requisitos y una vez dentro, ir desarrollando diferentes etapas, así como ir adecuando la normativa de nuestro país, a la de la CEE, intentando la homogeneización de las normas, entre ellas las contables.

Todo un proceso interesante, ambicioso, de difícil y larga ejecución, que llevaría un alto coste de medios materiales y recursos humanos, **OPCIÓN Y OPORTUNIDAD** que no podíamos dejar pasar de largo si queríamos seguir en una economía de mercado viva y competitiva, sin cerrarnos al exterior.

Poco a poco hemos ido avanzando en este proceso, todavía hoy inacabado y que sigue en constante evolución, aunque dieciséis años

después, nos permita opinar e incluso poder juzgar los hechos acontecidos y sus repercusiones presentes y futuras.

A estas alturas, ya podemos hablar de legislación europea, de su jurisprudencia, de cómo afecta a nuestro marco legislativo y especialmente en el aspecto “contable”.

En estas líneas vamos a recopilar cómo ha sido el desarrollo hasta nuestros días. En próximos artículos, hablaremos de las Normas Internacionales de Contabilidad y las consecuencias que se deriven de su aplicación en la contabilidad.

La necesidad de adaptación del Derecho español a las Directivas comunitarias, hizo, que se legislara sobre su reforma y adaptación a la CEE; la primera legislación que hubo al respecto fue la Ley 19/1989, de 25 de julio, en la cual ya había reformas importantes, fue el punto de partida para la aprobación de otras leyes de gran importancia mercantil, en las que se modificaba la regulación de las sociedades anónimas y la de las sociedades limitadas.

La normativa básica del Derecho contable, estaba y está recogida en el Código de Comercio, y en la ley de Sociedades Anónimas, siendo desarrolladas en el Plan General de Contabilidad, en ese

momento el marco contable estaba plenamente adaptado a las Directivas de la CEE(Cuarta y Séptima).

En estas Directivas se pretendía más que una normalización contable, lograr la comparación y tener una equivalencia, en la información financiera suministrada por las empresas europeas, haciendo que los inversores pudieran invertir con más fiabilidad.

Sin embargo las mejoras obtenidas por la aplicación de las Directivas Europeas, en materia contable, no cumplían con las normas establecidas en otros países por ejemplo Estados Unidos. Existía un proceso de armonización contable internacional empezado por parte del Comité Internacional de Normas Contables IASC, en la actualidad IASB; pues bien, la Comisión Europea plantea la conveniencia de que la Unión haga valer su peso en el proceso internacional de armonización contable, decidiendo aceptar la invitación del IASC, convirtiéndose en miembro de su Grupo consultivo y entrando a formar parte de la Junta, en calidad de observador.

El IASC es una organización privada, que fue constituida en 1973 por profesionales contables. Las normas contables que crea son las NIC/NIIF (Normas Internacionales de contabilidad /Normas Internacionales de Información Financiera). Estas normas son utilizadas por grandes empresas multinacionales de todo el mundo, influyendo en el proceso de elaboración de las normas contables de numerosos países.

El objetivo de la Unión Europea era reforzar su posición en el contexto internacional, siendo necesario para ello adaptar las medidas pertinentes para que las nuevas normas internacionales que estén pendientes de formular sean coherentes con la Legislación de la Unión Europea.

Así en el año 2000 la Comisión emite una nueva comunicación "La estrategia de la Unión Europea en materia de información financiera: el camino a seguir", en la cual se habla de un mercado único de valores donde cobra especial relevancia la información financiera, con el objetivo de

aumentar la transparencia, claridad y globalidad de los estados financieros, considerando un vínculo esencial entre inversores y emisores.

La integración de las IAS en el ámbito de la Unión, se lleva a cabo mediante un mecanismo de convalidación, cuya finalidad es salvaguardar la conformidad con las Directivas de las normas e interpretaciones que tratan de incorporarse. Por lo tanto, las normas IAS adoptadas por la Comisión serán objeto de publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea en forma de Reglamento, para luego poder ser recogidas y adaptadas por los países que la componen.

La forma de actuación diseñada por la Unión Europea en materia de información financiera ha tenido su reflejo normativo en la aprobación de las siguientes normas comunitarias.

– *Directivas 2001/65/CE del parlamento europeo y del Consejo de 27 de septiembre de 2001*

– *Reglamento 1606/2002 del Parlamento europeo y del Consejo de 19 de julio de 2002*

– *Directiva 2003/51/CE del Parlamento Europea y del Consejo de 18 de junio de 2003*

– *Reglamento 1725/2003 de la Comisión de 29 de septiembre de 2003*

– *Reglamento 707/2004 de la Comisión de 6 de abril de 2004*

– *Reglamento 2086/2004 de la Comisión de 19 de noviembre de 2004*

– *Reglamento 2236/2004 de la Comisión de 29 de diciembre de 2004*

– *Reglamento 2237/2004 de la Comisión de 29 de diciembre de 2004*

– *Reglamento 2238/2004 de la Comisión de 29 de diciembre de 2004*

– *Reglamento 211/2005 de la Comisión de 4 de febrero de 2005*

España creó una comisión de expertos, al objeto de elaborar un informe sobre la situación actual de la contabilidad española, en el que se analizaran las posibilidades futuras y se perfilaran las líneas básicas de la reforma contable. La comisión elaboró el citado informe en el conocido **LIBRO BLANCO DE LA CONTABILIDAD**, que fue aprobado en junio de 2002, reflejando la opinión de un conjunto de miembros expertos en la materia y procedentes de diferentes ámbitos, todos ellos afectados por la decisión final que se pueda adoptar.

En la Ley 62/2003 de medidas fiscales, administrativas y del orden social, se introdujeron las siguientes modificaciones legales, provenientes de Directivas o Reglamentos de la CEE:

Modificación del artículo 42, para definir el grupo de sociedades, introduciendo el concepto de unidad de decisión. Derogación del apartado 2 del art. 43 del Código de Comercio.

Se introduce una nueva regla 9.ª en el artículo 46 del Código de Comercio, indicando los activos y pasivos que se valoran por el valor razonable y cuáles no, explicando cómo realizar el cálculo del valor razonable.

Modificación del artículo 48 incluyendo dos nuevas números 14.ª y 15.ª, especificando lo que hay que indicar cuando los instrumentos financieros hayan sido valorados o no, por el valor razonable.

Modificación del artículo 49 del Código de Comercio, diciéndonos lo que incluirá el informe de gestión.

Modificación de los artículos 200, 201 y 202 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, donde nos especifica nuevos puntos a incluir en la memoria e informe de gestión individual.

La entrada en vigor nos la indica la disposición final duodécima.

Las modificaciones en la normativa contable española afecta a los grupos de sociedades que presentan cuentas consolidadas. Recordamos que la consolidación contable es obligatoria una vez pasados los límites establecidos, mientras que la consolidación fiscal es voluntaria.

En la actualidad, la influencia en nuestro ordenamiento de la normativa comunitaria contable es todavía pequeña, debido al número de empresas o sociedades que se ven afectadas por los cambios.

En un futuro no lejano, el cambio normativo contable será mayor; éste vendrá seguido de una modificación en la normativa fiscal, ya que ambas materias van estrechamente ligadas, sobre el resultado contable realizando ajustes, si es que es necesario, llegamos al resultado fiscal. En tanto en cuanto no vaya unida una reforma a la otra, en las Cuentas anuales tomará mayor protagonismo la MEMORIA.

Entretanto esperaremos la publicación de la Ley de Reforma Fiscal.

Continuaremos con el tema en la próxima revista.



Jurisprudencia

Laboral y Fiscal

Fusión y escisión de sociedades en situación concursal



Tomasa Hernández Martín
Secretaria de lo Mercantil
del Juzgado de lo Mercantil
número 1

I. INTRODUCCIÓN

A reestructuración empresarial, en concreto la fusión y escisión, desde el punto de vista económico, puede ser la solución a los problemas que el mercado o la demanda del consumo imponen; la fusión respondería al principio de concentración y la escisión al de dejar parcelas deficitarias o lastres financieros o improductivos, no necesariamente ruinosos, ya que en otro contexto pueden ser interesantes.

Si la situación de crisis económica ha llegado a un punto que pueda calificarse de insolvencia actual o ésta es inminente habiéndose iniciado un proceso concursal, se plantea el problema de la posibilidad de acogerse a alguno de estos procesos¹, fundamentalmente pensados para ser adoptados por las empresas en su seno, sin presiones o al

menos interferencias de extraños (acreedores, el juez, la administración concursal).

Pero no sólo existe este problema, en el fondo ya no se plantea como tal, sino que se presentan otros para los que la normativa sobre la materia no da soluciones dada la parquedad de la misma². Con el presente trabajo se intentará también analizar si la situación anterior se mantiene tras la entrada en vigor de la nueva Ley Concursal ya que convergen dos ordenamientos, el societario y el concursal y este último ha sido objeto de modificación.

Como consideraciones previas también debemos tener en cuenta la dificultad en la elaboración del presente trabajo, la mayoría de los autores que han efectuado algún comentario al art. 100 de la LC se han limitado a efectuar una mera referencia a esa posibilidad sin profundizar más en la materia³; los escasos trabajos que hay se han consultado y

1. Cerdá Albero, Fernando, "Fusión y escisión de sociedades en liquidación y de sociedades en situaciones concursales", *Revista General de Derecho*, julio-agosto de 1998, pág. 9332 "...Los contenidos normativos sólo establecen los límites a la admisibilidad de las reestructuraciones traslativas en las que participan sociedades mercantiles en situación liquidatoria o concursal. En efecto, la generalidad de los contenidos expresados en el reducido número de normas que se ocupan de esta cuestión, y el silencio normativo ante las numerosas cuestiones que suscitan, obligan a amalgamar estas previsiones con otras provenientes del propio derecho de Sociedades o del Derecho Concursal. Sin embargo, como tendremos ocasión de comprobar, esta interpretación sistemática no siempre es armónica. Antes bien, se producen ciertas tensiones entre ambos tipos de normas, cuya resolución provoca grandes dudas que fuerzan al intérprete a tomar partido, a veces incluso por posiciones conscientemente arriesgadas."

2. Vid. pág. 1209 de *Comentarios a la Ley Concursal*, edit. Bosch, de Fernández Seijo, José María. Dentro de las clases de convenio se refiere a convenios de absorción por fusión de la sociedad deudora, para pasar, sin mayor profundización, a decir al inicio de la pág. 1210 que "tampoco será posible acordar por la vía de convenio la fusión o escisión de la persona jurídica concursada, sin perjuicio de las posibilidades de compromisos de viabilidad por terceros".

3. Vid. pág 492 y siguientes de *Manual de la Reforma concursal*, de Edorta Herrera Cuevas, hablando del contenido del convenio y estudiando el art. 100 de la LC ni siquiera lo menciona el tema.

quedará de manifiesto la escasez de los estudios en la bibliografía que al final del mismo expondremos.

1. Delimitación del objeto del trabajo

No resulta superfluo el señalar que centraremos el presente trabajo únicamente en la fusión y escisión de sociedades concursadas en un procedimiento concursal.

No interesa, en principio, el análisis de la situación de aquellas sociedades que se hallan en liquidación societaria y participan en una fusión, aunque son muchas las cuestiones que se suscitan para su compatibilidad, sólo interesarían por vía de aplicación analógica en los supuestos de hechos idénticos, las previsiones legales a ellas dedicadas.

Destacar que se trata de operaciones (la fusión y escisión) que producen la extinción de la sociedad afectada sin que haya liquidación⁴, para distinguir los supuestos en los que se obtienen los mismos resultados pero por distinto cauce; así, en el plan de liquidación de una sociedad concursada se pueden llevar a cabo ventas de unidades productivas que permiten la continuidad de la actividad que llevaba la empresa bajo otra personalidad jurídica, al igual que en las operaciones societarias que nos interesan, pero la extinción de la sociedad, por este cauce, ha comportado la liquidación de su patrimonio (más adelante incidiremos en este punto).

Partiendo de la consideración que si entendemos el procedimiento de fusión y escisión como presupuestos de carácter imperativo para que luego se desplieguen los efectos típicos de estas operaciones societarias, a la hora de compatibilizar los dos procedimientos, el societario y el concursal, que convergerían en esta situación, nos estaremos refiriendo en todo caso a la fusión propia, sin referirnos a operaciones asimiladas a la fusión, como la cesión en bloque del activo y del pasivo, la cesión o toma de control, las ofertas públicas de adquisición, etc.

4. Vid. pág 69, *La fusión de sociedades...*, "La ausencia de liquidación es connatural a la sucesión universal que se produce con la fusión de sociedades... En definitiva, la fusión de sociedades es el procedimiento jurídico por el cual dos o más sociedades agrupan sus patrimonios íntegros y, en su caso, sus socios con la disolución sin liquidación y la extinción de todas ellas para construir una sociedad nueva o de todas menos una que absorbe a las demás". Esto dicho, de la fusión se puede trasladar a la escisión.

Finalmente poner de manifiesto que en la exposición del trabajo tampoco se atenderá a ninguna distinción por razón del tipo de sociedad personalista o capitalista, ni al carácter homogéneo o heterogéneo de la operación; el legislador concursal no ha establecido ninguna referencia a estos supuestos.

2. Situación anterior a la Ley Concursal

Bajo esta denominación incluiremos todo lo relativo a la situación existente hasta la entrada en vigor de la vigente Ley Concursal de 9 de julio de 2003.

En primer lugar dejar sentado que la posibilidad de intervenir en una fusión o escisión por parte de una sociedad en quiebra ya se admitía, no estaba regulada pero así se sobreentendía del panorama legal existente.

El panorama normativo lo constituían:

— Por un lado, dos Directivas comunitaria la Tercera 78/855 referente a la fusión de sociedades anónimas y la Sexta 82/891 referente a la escisión de sociedades anónimas; en ambas se brinda la posibilidad a los estados miembros de excluir su aplicación en caso de ser objeto de un proceso de quiebra alguna de las sociedades implicadas⁵ (merece la pena detenerse en el estudio de la redacción de dicho texto por lo deficiente que resulta al utilizar el tiempo de los verbos en pasado; por tanto, contempla la operación como ya realizada).

— Por otro, nuestro derecho interno no hizo uso de esa posibilidad que le brindaban las directivas, el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 22-12-1989 nada decía al respecto, sólo contenía un precepto, el art. 251 que decía: "*las sociedades en liquidación podrán participar en una fusión siempre que no haya comenzado el reparto de su patrimonio entre los accionistas*"; por tanto, se refería al supuesto de liquidación voluntaria de una sociedad, supuesto que hemos excluido de estudio, pero que nos sirve para

5. Art. 1.3º de la Tercera Directiva, "Los Estados miembros podrán no aplicar la presente Directiva cuando una o varias de las sociedades que hayan sido absorbidas o que desaparezcan sean objeto de un proceso de quiebra, de acuerdo o de cualquier otro procedimiento análogo."

Art. 1. 4º de la Sexta Directiva, " Los apartados 2 y 3 del art 1 de la Directiva 78/855/CEE serán aplicables"

comprender la intención del legislador de fijar un límite a la posibilidad de tomar parte en una operación de reestructuración (el reparto del patrimonio).

Fue la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 23-3-1995 la que en el único precepto que dedica a la fusión y escisión, ignorando el alcance que tendría, dice en el art. 94:

“La sociedad de responsabilidad limitada en liquidación podrá participar en una fusión o en una escisión siempre que no haya comenzado el reparto de su patrimonio entre los socios. Será necesaria la autorización judicial para participar en una fusión o escisión en los supuestos en que la liquidación sea consecuencia de la resolución judicial a que se refiere el art. 104.2 de la presente Ley”.

El contenido del precepto al que se remitía, antes de su reforma por la actual LC, establecía que “la quiebra de la sociedad determinará su disolución cuando se acuerde expresamente como consecuencia de la resolución judicial que la declare” (art. 104.2 LSRL).

No nos detendremos aquí en su estudio por ser objeto del mismo otro momento, únicamente apuntar, compartiendo la opinión de la profesora Largo Gil⁶, lo negativo de esta duplicidad normativa, acentuada por la introducción de modificaciones⁷, que sólo conduce a crear confusión.

Completa la parca regulación en la materia el art. 227 del Reglamento del Registro Mercantil que al regular el contenido de la escritura pública de fusión en el punto 3 dice: *“Si alguna de las sociedades que se fusionan se encontrara en*

quiebra, se hará constar en la escritura pública la resolución judicial que autorice a la sociedad a participar en la fusión”⁸.

La regulación de la insolvencia legal, es decir, de la quiebra y la suspensión de pagos no establecía nada sobre el tema pero del art. 928 del Cco se podían admitir soluciones de continuidad (sólo destacar la complicada regulación, había que recurrir a dos códigos de comercio y a una ley especial que reclamaban una reforma de la materia).

Como consecuencia de todo lo anterior estaba clara la admisión de la posibilidad que tenía una sociedad declarada en suspensión de pagos o en quiebra de tomar parte en una fusión o en una escisión, el resto de los problemas (los supuestos concretos en que era posible la reestructuración y la posición que la sociedad en quiebra podía ocupar en la fusión) se quedaban, legalmente, sin resolver, pero sí eran objeto de interpretación doctrinal (principalmente por la profesora Largo Gil y el profesor Cerdá Alvero).

3. Breve panorámica de derecho comparado

Partiendo de la opción que permiten la Tercera y la Sexta Directiva Comunitaria al trasponerse las mismas a los diferentes estados, en algunas legislaciones se excluyó de modo expreso la fusión de sociedades en estado concursal, así en Portugal, Holanda, Luxemburgo o Italia; pero no con el mismo alcance.

En el sistema belga se admitió pero limitándola a la posición de absorbidas o sociedades destinadas a extinguirse y cuando el proceso concursal conduce al consenso.

La situación italiana ha sufrido un importante cambio, el art. 2501.2 C.Civ contenía esa

6. Vid. pág 972, *Reflexiones...*, “Ciertamente, la regulación de instituciones comunes a las sociedades de capital, como son la fusión y la escisión de sociedades y con la extensión normativa que comporta la complejidad procedimental de éstas, debe integrar el contenido de una Ley de sociedades de capital, o aún más, de una Ley general de sociedades”.

7. Vid. pág 973, *Reflexiones...*, “es criticable que el legislador se haya servido de la LSRL, para introducir algunas innovaciones en relación al régimen de la fusión y de la escisión contenido en la LSA, y lo que es más grave, que haya limitado su ámbito de aplicación al que se traza en la misma; uno de los cambios carece de explicación jurídica (la supresión del informe de los expertos independientes sobre el proyecto de fusión) y otro (la admisión expresa de que participe en la fusión o en la escisión una sociedad en liquidación a consecuencia de su declaración judicial en quiebra) deberían haberse integrado en la LSA. Y es que no hay que olvidar que la LSA es la norma en la que está contenido el régimen jurídico general sobre la fusión y la escisión de las sociedades de capital”.

8. Vid. pág. 9345, *Fusión y Escisión*, “Adviértase, sin embargo, el cambio que el artículo 227.3 del RRM introduce en la estructura de este supuesto con respecto a la del artículo 94.3 de la LSRL. En esta norma la autorización judicial para que una sociedad quebrada pueda participar en una reestructuración se requiere en el (solo) caso de que la junta general de esta sociedad haya acordado su disolución a consecuencia de la declaración de quiebra. En el artículo 227.3 del RRM, en cambio (y dejando aparte los problemas de jerarquía normativa), se exige, en todo caso, la autorización judicial para que una sociedad quebrada pueda reestructurarse; esto es, con independencia de que su junta general haya decidido la disolución de la sociedad quebrada.”

prohibición, que era criticada por la doctrina (Di Angelis, L.), por no sustentarla razones de fondo más todavía cuando el legislador comunitario la había previsto como una posibilidad, se han aprobado (siguiendo los dictados de la lege delega n.º 366 de 3 de octubre de 2001) los Decretos Legislativos n.º 5 y n.º 6 de 17 de enero de 2003, que entraron en vigor el uno de enero de 2004, y que suprimen esa prohibición.

Esta reforma es consciente de que una de las aspiraciones de la ley debe ser aprovechar todos los márgenes de discrecionalidad que otorga la Directiva de 78/855, porque uno de los principios inspiradores del Derecho Concursal es la conservación de la empresa (o bien uno de los posibles resultados), por lo que no se considera lógico que se excluya a estas sociedades de la fusión con empresas solventes (o no) cuyo efecto final sería el mismo que el perseguido mediante los procedimientos concursales (en Italia existen cinco y alguno de ellos no tienen finalidad liquidatoria), esto es, la preferencia, cuando sea posible, por la conservación de la empresa.

El límite lo constituiría la prohibición general de participar en la fusión las sociedades en liquidación que hayan comenzado la distribución del activo (art. 2501.1 C.Civ). Si no participan en la fusión una sociedad anónima, una sociedad comanditaria o una sociedad cooperativa por acciones en virtud del art. 2505.4ter, pueden participar en la fusión sociedades que hayan iniciado el reparto del activo.

En Francia se admite que estén las sociedades en liquidación independientemente de la posición que ocupe en la operación de reestructuración no contiene referencia alguna a la insolvencia declarada.

En Alemania se reconoce sin paliativos cuando son transmitentes (UmwG)⁹.

II. LA NUEVA LEY CONCURSAL

Sin alteraciones en el marco societario se publica la Ley Concursal de 9 de julio de 2003; su entrada en vigor fue en septiembre de 2004 y que no tiene un

año de vida, ya se apunta la necesidad de realizar algunas reformas en la misma, nace con el propósito decidido de que partiendo del convenio como solución normal del concurso, con medidas que lo potencian, la liquidación quede reducida al último recurso. Tal como dice la exposición del motivo VI:

“La finalidad de conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado puede cumplirse a través de un convenio, a cuya propuesta se acompañará un plan de viabilidad. Aunque el objeto del concurso no sea el saneamiento de empresas, un convenio de continuación puede ser instrumento para salvar las que se consideren total o parcialmente viables, en beneficio no sólo de los acreedores, sino del propio concursado, de los trabajadores y de otros intereses. El informe preceptivo de la administración concursal es una garantía más de esta solución”.

Visto lo manifestado por la Exposición de Motivos en este tema, es pieza fundamental el art. 100 de la Ley Concursal dedicado al contenido del convenio; dicho precepto tiene dedicado el punto primero al contenido obligatorio del convenio (2), el punto segundo a un posible contenido adicional (3); el punto tercero se dedica a las prohibiciones (4); los puntos cuarto y quinto se refieren a otros documentos que acompañarán al convenio (5).

Constituye el único precepto que hace alusión a este tema y lo hace dentro del apartado de las prohibiciones, textualmente dice el art. 100.3 LC:

“En ningún caso la propuesta podrá consistir en la cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para pago de sus créditos, ni en cualquier forma de liquidación global del patrimonio del concursado para satisfacción de sus deudas, ni en la alteración de la clasificación de créditos establecida por la Ley, ni de la cuantía de los mismos fijada en el procedimiento, sin perjuicio de las quitas que pudieran acordarse y de la posibilidad de fusión o escisión de la persona jurídica concursada, y sin perjuicio asimismo de lo previsto en el párrafo segundo del apartado 5 de este artículo.”

La nueva LC además de derogar, como no podía ser de otra manera, la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922, el libro IV del Código de Comercio de 1829 y los arts. 870 a 941 del Código

9. Vid. págs. 976 y 987 de *Reflexiones...*, como pág. 9343, de *Fusión y escisión*; en estas páginas ambos profesores ponen de manifiesto las concretas particularidades del derecho de los estados más próximos a nuestro entorno.

de Comercio de 1885, modifica la redacción de los arts. 260.2 de la LSA y el art. 104.2 de la LSRL que con idéntica regulación dice así:

“La declaración de concurso no constituirá, por sí sola, causa de disolución, pero si en el procedimiento se produjera la apertura de la fase de liquidación la sociedad quedará automáticamente disuelta. En este último caso, el juez del concurso hará constar la disolución en la resolución de apertura y, sin nombramiento de liquidadores, se realizará la liquidación de la sociedad conforme a lo establecido en el capítulo II del título V de la Ley Concursal”.

En conclusión, la nueva Ley Concursal se ha limitado a mencionar la posibilidad de que una sociedad en concurso pueda tomar parte en una operación de reestructuración, pero no ha solucionado ninguno de los problemas que la doctrina había puesto sobre el tapete con la anterior regulación y con la reforma; lo único que queda claro es la mera posibilidad pero no el resto de cuestiones (fundamentalmente, la posición en la operación y la autorización judicial).

III. PLANTEAMIENTOS PREVIOS

Dentro de este apartado se incluiría aquello que no se debe olvidar para entender e interpretar, en su conformidad, la escasa previsión que el legislador ha hecho así:

En cuanto a las funciones de los procedimientos que hay que conciliar; una de las funciones¹⁰ de la fusión y la escisión es ser instrumento para lograr el saneamiento de una empresa, ante las dificultades económicas se puede adoptar una de estas operaciones o ambas combinadas para salir de esa situación y ello es predicable incluso en situación de insolvencia legalmente declarada o en situación concursal, tal y como ya venimos apuntando a lo largo del presente trabajo. La

función del procedimiento concursal es dar satisfacción a los acreedores conciliándolo con la continuidad empresarial en cuanto sea posible, pero como ya pusimos de manifiesto, la Ley Concursal es clara en este aspecto y manifiesta que el objeto del concurso no es el saneamiento de empresas.

En cuanto al procedimiento concursal, la nueva Ley ha optado por el principio de unidad y, como expresa su Exposición de Motivos II, *“La unidad del procedimiento se consigue en virtud de la flexibilidad de que la Ley lo dota, que permite su adecuación a diversas situaciones y soluciones, a través de las cuales puede alcanzarse la satisfacción de los acreedores, finalidad esencial del concurso... (in fine). La unidad y la flexibilidad se reflejan en su propia estructura, articulada, en principio, en una fase común que puede desembocar en otra de convenio o de liquidación”.*

Por tanto, se tramitan a través del mismo procedimiento lo que antes se denominaba suspensión de pagos y quiebra, es decir, tanto la insolvencia definitiva (quiebra) como la provisional (suspensión de pagos) en la práctica se tramitaban a través de él auténticas quiebras. Se suprime la distinción por razón de la cualidad de comerciante o no del deudor. Queda reducido a uno lo que antes constituían cuatro procedimientos para tratar la insolvencia legal.

En resumen, la finalidad de este epígrafe era poner de manifiesto que los institutos que se exige coordinar, para llevar a cabo la operación, que son: por un lado, el procedimiento societario de fusión o escisión, y, por otro, el procedimiento concursal, no tienen una función principal coincidente pero convergen en el propio momento en que el legislador apuesta decididamente por la continuidad empresarial (que no identidad social) en cuanto sea posible con la satisfacción de los acreedores.

Y también destacar que no será lo mismo la situación de la empresa que llega al concurso a obtener *su certificado de defunción*, o pendiente de recibirlo de algún fleco como puede ser el tema de los trabajadores, que la de la empresa que llegue al concurso en pleno funcionamiento; la primera es un plano fijo fácil de solucionar (liquidación), la segunda es una secuencia móvil a la que hay que ir buscando la solución

10. Vid. pág. 71, *La fusión de sociedades...*, *“Las funciones que puede cumplir la fusión de sociedades no están catalogadas, es una materia abierta al devenir de la coyuntura económica y política. Hay que tener en cuenta dos datos de interés, como son la neutralidad propia de esta operación societaria. Por lo demás, la frecuencia de una u otra función en un momento histórico dado depende directamente de los factores antes indicados y de las motivaciones subjetivas del empresario.”* Lo manifestado por la profesora Largo respecto de la fusión es predicable también de la escisión.

adecuada y óptima para lograr el fin del concurso, de conformidad con los intereses en juego, pero admitiendo la posible continuación de la empresa si ello es viable.

IV. ANÁLISIS DE LOS DIFERENTES SUPUESTOS

Dado que la mejor manera de abordar el estudio de determinadas cuestiones, como la posibilidad o no de realización, la posición de la sociedad concursada, las distintas fases del proceso o procedimiento concursal, la autorización judicial, es seguir el método de análisis de la distinción de los diferentes supuestos que pueden darse de una manera hipotética¹¹.

a) Fusión con extinción de la concursada en fase común del concurso.

Este constituiría el supuesto idóneo para tener lugar la operación de fusión; podría darse el caso en aquellas empresas que ante sus dificultades económicas inician unas negociaciones de fusión en el que ellas van a ser las absorbidas, y en pleno proceso societario se ven incurso en obligación legal de promover su declaración de concurso, tal y como previene el art. 5 de la LCon.

Por lo que simplemente habría *que llevar* al concurso lo que está teniendo lugar en la vida interna de la sociedad.

En principio, si no se ha acordado la suspensión, los administradores de la sociedad siguen siendo los legitimados para realizar el proyecto de fusión; por disposición del art. 48 L¹². Con los órganos de la persona jurídica deudora se mantienen, si bien las consecuencias de la declaración legal de concurso

11. Vid. el trabajo del profesor Cerdá Alvero (aparecerá en la bibliografía); en él se apunta este método expositivo de la distinción de los diferentes supuestos abordando en ellos los mismos puntos conflictivos; pero es el trabajo de los profesores Cortés Domínguez y Pérez Troya (se recogerá en bibliografía) donde ya aparece consolidado para el tratamiento de estas cuestiones dado el silencio o parquedad de la Ley.

12. Art. 48.1., "Durante la tramitación del concurso, se mantendrán los órganos de la persona jurídica deudora, sin perjuicio de los efectos que sobre su funcionamiento produzca la intervención o la suspensión de sus facultades de administración y disposición y salvo el supuesto en que, a consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, se declare el cese de los administradores o liquidadores. Los administradores concursales tendrán derecho de asistencia y de voz en las sesiones de los órganos colegiados".

tiene efectos sobre la capacidad de actuación de los mismos, así desde el momento de la declaración debería ponerse en conocimiento tanto del juez del concurso como de la administración concursal esta circunstancia (el que se está llevando a cabo unas operaciones tendentes a la fusión de la sociedad con otra), no sólo como resultado del deber de colaboración que se tiene, sino fundamentalmente porque el proceso somete a su imperio a quien está incurso en él.

Parece claro que el reflejo en el concurso tiene que ser una solución consensuada, y puede *llevarse* al mismo vía propuesta anticipada de concurso, ya que se ha diseñado esa posibilidad de propuesta anticipada como mecanismo de facilitar la continuidad empresarial; por tanto, su diseño permitiría utilizarlo con el fin de conseguir llevar a buen término una operación societaria ya iniciada antes de la declaración de concurso (si el proceso societario no está iniciado estimo que no podría utilizarse la propuesta anticipada debido a la imposibilidad de conciliar los plazos de ambos procedimientos).

Haremos una sucinta exposición de los plazos que habrían de casar, en el proceso concursal ordinario desde la solicitud del mismo hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos transcurre un plazo de unos dos meses, no es exacto debido a que la publicación de la declaración del concurso que abre el plazo de un mes para comunicación de créditos, no es fijo a priori; la operación de fusión exige una fase preliminar que integraría las actuaciones de carácter unilateral a realizar por la sociedad que desea *en inicio* la operación, así como otras de carácter negocial como los protocolos¹³; evidentemente este plazo es muy breve para poder realizar en él toda esta fase, para que la propuesta anticipada de convenio lleve como contenido, además de la propuesta de quita y/o espera, las condiciones más importantes de la operación societaria; de ahí que sostengamos que la posibilidad de utilizar la propuesta anticipada de

13. Vid. pág. 93, *La fusión de sociedades...*, "complejo proceso preparatorio. Este se integra de actividades varias: Unas, de carácter unilateral, como puede ser la búsqueda de la sociedad adecuada en vistas a una eventual fusión, para lo que puede recurrirse a gabinetes especializados. Y otras, de índole negocial, como son los pactos previos, que suelen documentarse conforme se avanza en las negociaciones y que servirán para la extensión del futuro proyecto de fusión y, en su caso, para reanudar ulteriores negociaciones sobre puntos concretos del mismo. Son los conocidos como protocolos: el protocolo de fusión y los protocolos anexos".

convenio para conseguir la autorización de la fusión sólo pueda hacerse si la fase preliminar ya ha concluido y el proyecto de fusión si no firmado por los administradores debiera estar, en los puntos sustanciales, cerrado¹⁴.

Decimos lo anterior porque, compartiendo la opinión del profesor Cerdá Alvero¹⁵, únicamente debería incorporarse a la propuesta anticipada de convenio, además del contenido que le es propio y necesario, aquello que afecta a los créditos que son las condiciones fundamentales de la operación societaria; si se exigiera que los proyectos de fusión ya estuvieran aprobados por las respectivas juntas generales, no sería posible la operación no únicamente en la fase común del concurso, sino tampoco en la fase de convenio debido a los plazos necesarios para ello (la elaboración del proyecto, los informes de los expertos, la información a la sociedad, la convocatoria de la junta) que exceden con mucho de los propios del concurso para acordar la apertura de la fase de convenio y más todavía si no hay impugnaciones al informe de la administración concursal.

Cuando la propuesta es anticipada hay un trámite de admisión, que es de mera comprobación de que el convenio cuenta con las adhesiones de acreedores en la proporción que exige la ley (los créditos de los adheridos han de representar más de la quinta parte del pasivo presentado por el deudor, el real todavía no se conoce al no haberse, seguramente, realizado el informe por la administración concursal; art. 106 LCon), debe hacerse por la administración concursal una evaluación de la propuesta, y, finalmente, si se

consiguen las adhesiones en la proporción que determinan los arts. 124 y 125 el juez procederá a su aprobación.

Así entendida la autorización a que hace referencia el art. 94.3 LSRL y el art. 227.3 del RRM, se trataría de una mera homologación del convenio o consenso logrado con las adhesiones, conforme con la atribución de este carácter se mostraría el profesor Cerdá, ya que aunque no coincida en la redacción el derogado art. 928 Cco. con el actual 100.2 part. 2.º, está claro que las propuestas de traspaso patrimonial deben ser *autorizadas* por los acreedores¹⁶.

b) Fusión con extinción de la concursada en fase de convenio.

Los deudores pueden presentar convenio después de expirado el término para proponerlo con carácter anticipado, es decir, el convenio presentado, *"transcurrido el plazo de comunicación de créditos y hasta la finalización del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores, si no se hubiesen presentado impugnaciones o, de haberse presentado, hasta la fecha en que se pongan de manifiesto en la secretaría del juzgado los textos definitivos de aquellos documentos, podrá presentar ante el juzgado que tramite el concurso propuesta de convenio el concursado que no hubiere presentado propuesta anticipada ni tuviere solicitada la liquidación"*. Art. 113.1 Ley Concursal.

Todo lo dicho para la fase común debe reproducirse en la fase de convenio, únicamente destacar que en esta fase la aceptación del mismo se llevará a cabo en junta convocada al efecto, aunque se siguen contemplando las adhesiones anteriores.

Ha sido voluntad de la nueva Ley la no consideración de órgano necesario del concurso a la junta de acreedores, que sólo actúa en este momento para mostrar su aceptación o no a un convenio.

14. Vid. pág. 989, *Reflexiones...*, entiendo que su opinión es partidaria de que se hayan llevado a cabo por las Juntas la aprobación ya que entiende que debe obtenerse la autorización "una vez que se hayan adoptado los acuerdos sociales de fusión/escisión por las Juntas Generales de todas las sociedades como una condición de eficacia".

15. Vid. pág. 9349, *Fusión y escisión...*, "No se trata de que la junta de acreedores haya de aprobar el proyecto de fusión o escisión: ello es competencia de las juntas generales de las sociedades que participen en la reestructuración, y además cabe incluso que dicho proyecto aún no esté redactado. Por otra parte, el propio procedimiento reestructurador ya ofrece a los acreedores mecanismos de tutela al respecto. Pero, en todo caso, se requiere el acuerdo de la junta de acreedores sobre las condiciones fundamentales de la transmisión patrimonial propuesta, y en particular sobre aquellos extremos que puedan afectar a los intereses de los acreedores o a la garantía de sus créditos. Lo cual conlleva, ciertamente, una buena dosis de discrecionalidad".

16. Vid. pág. 9349, siendo esto así es válida su crítica "si la autorización judicial... es homologación del convenio de la junta, cabe preguntarse qué añade esta exigencia jurídico-societaria con respecto a los dictados de la norma concursal del artículo 928 del Ccom. Ciertamente, nada. Antes bien, y por más que en la justificación de la enmienda número 149 se afirmara que con la exigencia de autorización judicial se pretende introducir mayores garantías para los acreedores de la sociedad quebrada, lo único que hace la norma es recordar las ya existentes".

Resulta también común a los dos supuestos hasta aquí analizados, el que la doctrina no vea inconvenientes para la admisión de su posibilidad si se ocupa la posición de absorbida y, por tanto, se extingue como consecuencia de la transmisión que se produce (ésta es la posición por la que se decantan, como hemos visto, las Directivas comunitarias).

Merece la pena destacar que si se efectúa la operación societaria, la sociedad se extingue como consecuencia de la misma, se desvincula totalmente de las posibles vicisitudes que pueda llevar el cumplimiento o no del convenio; no depende del cumplimiento en lo relativo al pago de los créditos la eficacia de la reestructuración, ello debe ser así porque, caso contrario, estaríamos contemplando una condición suspensiva del acuerdo societario inadmisibles.

La complejidad de una operación de fusión, la exigencia de un procedimiento imperativo que cumplir y que actúa de corsé, los costes económicos que conlleva, todos juntos son factores que dificultan la utilización de esta técnica para el saneamiento empresarial cuando la insolvencia está declarada y más cuando la propia Ley Concursal contempla otros mecanismos que conducen al mismo resultado; es el caso de *"las proposiciones de enajenación, bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada. Las proposiciones incluirán necesariamente la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a las que afecte y del pago de los créditos de los acreedores, en los términos expresados en la propuesta de convenio. En estos casos, deberán ser oídos los representantes de los trabajadores"* art. 100.2 in fine Ley Concursal.

Aquí la transmisión patrimonial también se produce a cambio de la asunción del pago de los créditos de los acreedores y del compromiso de continuidad en la actividad empresarial o de la unidad productiva concreta, y ello con las ventajas de orden laboral que se pueden pactar, si interesan, dado que a los trabajadores únicamente se les da un trámite de audiencia.

Se apunta ya como el cauce preferido por los terceros interesados así como por las propias sociedades con insolvencia legal declarada para

obtener el resultado pretendido, pero también lo fue en el pasado; pensemos en el caso de la quiebra de Galerías Preciados, su mayor activo lo constituía la ubicación de los establecimientos comerciales en las grandes ciudades, y bajo la premisa de que el 90% del éxito es la ubicación y el otro 10% es la mejor ubicación, apareció como interesado su gran competidor, El Corte Inglés, que lo adquirió sin el lastre de los empleados, aunque luego asumiera prácticamente la totalidad de ellos.

Pero aún puede llevarse a cabo de otra manera: si durante la tramitación del procedimiento concursal aparece un tercero interesado en la empresa concursada, para eludir las dificultades de armonización que ya hemos apuntado, cabe el desistimiento del concursado, pues está recogido como causa de conclusión en el art. 176.1.5.º LConcur., teniendo como ventaja que puede realizarse en cualquier estado del procedimiento, si bien debe haberse terminado la fase común del concurso; a este supuesto cabría objetar varios inconvenientes: el primero de ellos la posible oposición a que se acepte el mismo por parte de algún acreedor, así como el hecho de dejar libertad a los acreedores para solicitar el concurso necesario; ambas objeciones se pueden salvar, la primera de ellas con la intervención o función de la administración concursal cuyo informe es necesario y por tanto su postura en la operación es relevante, la segunda pagando al acreedor que inste el concurso. De esta forma se queda en libertad la empresa para realizar la operación fuera del procedimiento concursal, obviando las interferencias ajenas a la sociedad.

Hasta el momento, en el corto periodo de tiempo que lleva en vigor la nueva Ley Concursal, el número de convenios, tanto con carácter anticipado como no, que se han presentado es ínfimo; la causa es la ya antes apuntada, la nula vida de la actividad empresarial previa que acude al procedimiento para obtener *"cristiana sepultura"*; en los supuestos en que la empresa si es viable, aparecen interesados (caso Tracoinsa y Proyex) en continuarla, pero al ser un tejido vivo no admiten la espera que lleva consigo el procedimiento societario de la fusión y se tienen que arbitrar otras soluciones (en el primer caso apuntado el arrendamiento de empresa hasta la aprobación del convenio, que se hará con carácter urgente, que contenga la enajenación de la unidad productiva rentable; con ello se ha producido el saneamiento).

Las consecuencias que se derivan de ello, de la elección de otra vía que no es la operación de reestructuración, son varias: por un lado, no intervienen en estas decisiones la junta de accionistas, operaciones de esta dimensión se deja en el terreno de las decisiones del consejo de administración sin más, el control no será previo sino posterior, al analizar los resultados anuales; por otro, los propios acreedores de la sociedad que se fusiona también van a verse afectados, pero se elude la posibilidad de oposición.

c) Fusión con extinción de la concursada en fase de liquidación.

Este supuesto plantea en primer lugar el tema de si es posible o no el mismo, a la luz de la regulación existente. La razón no es tanto la dificultad práctica de que alguien la quiera¹⁷, sino el articular la finalidad de esta fase y sus efectos con los de la fusión.

La exclusión expresa no se habla en la Ley, por tanto habrá que ir analizando los efectos y problemas que podrían plantearse para ver si es posible superarlos o bien se convierten en escollos insalvables que conducen a considerar que no es factible esta posibilidad.

Tema central es la autorización judicial que requiere, en garantía de los derechos de los acreedores, que en fase de liquidación es real, pues los acreedores, con la apertura de esta fase, ya no tienen el derecho de oposición que reconoce el art. 243 LSA, al determinar el vencimiento anticipado de todos los créditos aplazados (art. 146

17. Vid. pág. 4822, ESTUDIOS SOBRE LA LEY CONCURSAL, "La razón no estriba tanto en que la sociedad en liquidación concursal difícilmente pueda encontrar alguna otra interesada en absorberla (aunque no habría que descartar que el caso pudiera darse en el seno de los grupos de sociedades) cuanto en que las exigencias de la liquidación concursal no parecen fácilmente compatibles con los efectos típicos de la fusión".

18. Vid. pág. 4823, ESTUDIOS SOBRE..., "si ese derecho (el de oposición) queda excluido como consecuencia de los efectos que determina la liquidación, necesariamente ha de admitirse que la autorización judicial para participar en la operación representa un requisito indispensable para la viabilidad misma de la fusión de una sociedad que se encuentra en liquidación concursal. De alguna manera, de conformidad con esta construcción, la autorización judicial ocupa posición y cumple la función de protección del derecho de oposición, dejando en manos del Juez la procedencia de una operación que sólo podrá autorizar si resulta conveniente par los intereses del concurso, pudiendo, en cualquier caso, interponerse, desde luego, recurso de apelación contra el auto que apruebe el plan de liquidación y autorice la participación de la sociedad en la fusión."

LC)¹⁸. La opinión del profesor Cortés Domínguez y la profesora Pérez Troya se inclina por considerar que será el juez del concurso el que valorará la oportunidad de realización de la operación a cuya autorización se le somete.

El argumento legal arranca de la previsión del contenido del plan de liquidación del art. 148.1 de la LCo. que establece:

"Dentro de los quince días siguientes al de notificación de la resolución de apertura de la fase de liquidación a la administración concursal, presentará ésta al juez un plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso que, siempre que sea factible, deberá contemplar la enajenación unitaria del conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios del concursado o de algunos de ellos".

Y parece, en cierto modo, idéntico al del contenido del convenio, por lo que puede plantearse si el plan de liquidación puede contener una fusión en la que la entidad concursada es absorbida o se extingue sin que la absorbente haya desembolsado precio alguno por la transmisión patrimonial que se ha operado como efecto de la operación societaria, pero con la que se frustran las expectativas de cobro de los acreedores, todo ello se opone frontalmente a la finalidad de esta fase. Habría que añadir la imposibilidad de articular un consenso con los acreedores (no puede equipararse la no aceptación con las observaciones o propuestas de modificación que otorga el 148 LC), la dificultad para poder concluir el concurso (debería buscarse un motivo recogido por la Ley para darle trascendencia procesal), la sustitución de sus órganos de administración y la disolución societaria que ha comportado la apertura de esta fase (si bien la decisión de reactivación iría implícita en el acuerdo de fusión)¹⁹. Todo lo

19. Vid. pág. 9337, *op. cit.*, Cerdá Alvero, "Con todo, ante el silencio normativo, parece razonable, en línea de principio, no cargar el procedimiento de reestructuración con un acuerdo previo de reactivación, para acogernos sin más trámites a la posibilidad ofrecida por el art. 251 de la LSA y por el art. 94.3 de la LSRL. Y sobre todo hay además un criterio teleológico: La solución contraria, esto es, exigir la previa reactivación societaria vaciaría de contenido la propia previsión del art. 252 de la LSA y del art. 94.3 de la LSRL: no estaríamos ante el supuesto de la reestructuración de una sociedad en liquidación, sino de una sociedad reactivada".

anterior me aboca a negar la posibilidad del supuesto contemplado.

d) Fusión sin extinción de sociedad concursada en fase de liquidación.

Sería el supuesto de una fusión por absorción en la que la absorbente es una sociedad en liquidación concursal; partimos de un supuesto bien distinto del anterior, en principio por no suponer la extinción de la sociedad en crisis legal, con lo que buen número de los problemas que hemos visto desaparecen, y también por llevar consigo un aumento del activo (pero también puede conllevar un aumento del pasivo), lo que plantea problemas de otro signo²⁰.

Se trata de una hipótesis idónea, en principio, sólo en el supuesto de que se trate de una filial de la concursada porque en los demás supuestos los problemas de sacar socialmente adelante una propuesta de este signo es prácticamente imposible.

La posición de los profesores Cortés Domínguez y Pérez Troya es la de encajar la fusión dentro del plan de liquidación²¹, pero seguimos con el mismo problema que en el supuesto anterior, como la liquidación no puede ni “abandonarse ni excluirse” por ser el fin de esta fase, se tiene que buscar la forma de conclusión con transcendencia en las causas que determinaron el concurso; es decir, de superación del concurso, con lo cual aunque partamos de su posibilidad hipotética carece de interés jurídico.

20. Vid. pág. 4824, *Estudios sobre...*, “En primer término, esa situación determinará muy probablemente que el derecho de oposición se ejercite por un alto número de acreedores, que, en buena lógica, sólo consentirán la fusión si sus créditos son pagados o debidamente garantizados. Por otro lado, salvo que la sociedad absorbida sea una filial participada íntegramente por la absorbente, será sumamente improbable reunir el voto favorable de la mayoría de socios para aprobar el acuerdo de fusión, amén de presentarse otros inconvenientes, como los derivados de la necesidad de justificar la operación y su condición más esencial, esto es, del tipo de canje, lo que será especialmente difícil si el valor contable de la absorbente es negativo”.

21. Vid. pág. 4824, *op. cit.*, “la operación implica que la fusión pueda encajarse dentro del plan de liquidación que ha de prepararse por los liquidadores concursales de conformidad con el art. 148 de la Ley Concursal, pues, en su defecto, las reglas legales supletoriamente aplicables no parecen dejar espacio alguno a la realización de la fusión. Pensamos, sin embargo, que aquella inserción o inclusión no es imposible, pues no puede concluirse de antemano o en línea de principio que la integración de nuevos activos haya de dificultar, o no pueda facilitar, un proceso de liquidación que ni se abandona, ni se excluye”.

e) Fusión por creación de una nueva sociedad.

En realidad, este supuesto se resuelve con lo tratado en el de absorción de la sociedad concursada con una sociedad solvente; ello es debido a que la sociedad nueva no puede constituirse en concurso.

f) Escisión de una sociedad concursada.

Veamos en primer lugar la escisión total, es decir, cuando la sociedad se extingue, con división de todo su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se traspa en bloque a una sociedad de nueva creación o es absorbida por una sociedad ya existente²².

El profesor Cerdá Alvero sostenía esta posibilidad antes de la reforma concursal, pues cuando trata los efectos de esa operación societaria de sociedad suspensa con un convenio pendiente de cumplimiento, mejor dicho en caso de incumplimiento, dice que “habrá que estar en primer lugar a la concreta atribución de las obligaciones de la sociedad escindida a cada sociedad beneficiaria según el proyecto de escisión. Incumplida alguna de estas obligaciones (y con ella el convenio) por parte de alguna de estas sociedades beneficiarias, si cualquier acreedor denuncia el convenio, desaparecen las limitaciones que dicho convenio impuso sobre los créditos”.

Entendemos que esta posibilidad puede articularse sin problemas, conforme a lo expuesto para la fusión, si estamos en fase común o de convenio a través del convenio con los acreedores que permite obtener esa autorización judicial que no es otra cosa que una homologación del acuerdo de la junta, no una aprobación de la operación de reestructuración en sí.

22. Es el primer supuesto de escisión que contempla el art. 252 del texto refundido de la LSA, y dado que la de limitadas contiene una remisión constituye el régimen legal de la escisión.

23. Este es el caso del segundo supuesto contemplado en el art. 252 de la LSA, y en esta sede sólo apuntar que es más factible, dado que cuando la empresa tiene dificultades económicas en una rama o unidad productiva el saneamiento pasa por esa segregación. Además se cuenta con la ventaja recogida en el segundo supuesto del art. 253 de que “Si la parte que se divide o segrega está constituida por una o varias empresas o establecimientos comerciales, industriales o de servicios, además de los otros efectos, podrán ser atribuidas a la sociedad beneficiaria las deudas contraídas para la organización o el funcionamiento de la empresa que se traspa”.

El supuesto de sociedad en liquidación al producirse la extinción de la sociedad nos encontraremos con las objeciones analizadas en el caso de la fusión que, en mi opinión, son insalvables.

En la escisión parcial o segregación de una o varias partes del patrimonio de una sociedad sin extinguirse, traspasando en bloque lo segregado a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes²². Aquí sirve lo puesto antes de manifiesto para la escisión total cuando hablamos en la fase común (convenio anticipado) o en la fase de convenio, en ambos supuestos la escisión concertada con los acreedores puede, sanear la empresa y superar la situación concursal. Si el convenio se incumple tendrá lugar lo apuntado por el profesor Cerdá Alberó en cuanto a la aplicación del principio de responsabilidad solidaria entre la beneficiaria y la escindida²⁴.

Para el caso de estar el concurso en fase de liquidación, el encajar la posibilidad de una escisión debería serlo en el plan de liquidación, aquí no tendríamos los problemas de la fusión ni de la escisión total, dado que la escindida no se extingue, por lo que la liquidación *ni se abandona ni se excluye*²⁵; incluso está en sintonía con el contenido del plan de liquidación apuntado en el art. 148 de la LC, abundando más también lo hallaríamos en las reglas legales supletorias del art. 149 de la LC; pero no supone la eliminación de todos los problemas, el fundamental sigue siendo el de no responder por sí solo al fin de esta fase y por tanto no ser causa de conclusión del concurso.

V. CONCLUSIONES

Es difícil sacar unas conclusiones definitivas de esta materia, en mayor medida por la escasa andadura

24. Vid. pág. 9354, *op. cit.*, "Más problemático resulta aplicar el mecanismo del art. 259 de la LSA al supuesto de escisión parcial. Huelga recordar que esta norma sólo contempla la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones asumidas por alguna sociedad beneficiaria en virtud de la escisión. No, en cambio, si quien incumple es la sociedad parcialmente escindida. En tal caso, la sociedad beneficiaria no responde por este incumplimiento. Podría decirse que, para evitar las consecuencias de ello, los acreedores ya contaron con el mecanismo de protección propio de la escisión, a cuya bondad el legislador confía la suerte de sus créditos."

25. Aunque el trabajo de los profesores Cortés Domínguez y Pérez Troya está dedicado a la fusión, entiendo sostendrían la misma posición en esta operación societaria de reestructuración.

de la Ley Concursal: por un lado, tenemos una regulación societaria rígida en su procedimiento, no contiene excepciones de ningún tipo (no significa que pensemos que debieran estar comprendidas, estas excepciones, en la regulación societaria, tiene bastante con sus propios problemas de dispersión); por otro, una Ley Concursal que no articula la realización de estas operaciones cuando la sociedad está inmersa en un procedimiento concursal.

La LC se ha limitado a hablar de la posibilidad de las operaciones de fusión y escisión como excepciones a los contenidos prohibidos del convenio, ya no vuelve a hacer alusión a esa posibilidad más en todo su articulado. Esto plantea problemas de interpretación porque puede entenderse que es una excepción a las liquidaciones globales no permitidas (pero estas operaciones son extinciones sin liquidación del patrimonio) o una excepción a la prohibición de alteración de la clasificación legal y cuantía de los créditos²⁶, más que una previsión de las mismas.

Es decir, la Ley Concursal las ha mencionado para que, a la vista de los contenidos que estaba prohibiendo, no pudiera interpretarse que ya no era posible su realización, pero no ha querido efectuar una regulación que permitiera que estas operaciones se eligieran con preferencia para el saneamiento; plantean tantos problemas (por su complejidad) y dudas que ninguna concursada va a plantearse su realización e irá al cauce de la enajenación de unidades productivas para obtener el mismo resultado.

Aunque el legislador de la LC abogó por considerar al concurso un procedimiento para dar satisfacción a los intereses de los acreedores y sólo cuando fuera viable hacer posible la continuidad empresarial, recientemente se está decantando por el saneamiento dentro del cauce del concurso, así en el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la

26. Vid. pág. 1036, *op. cit.*, AAVV, Comentarios... "Lo que sí puede conllevar, por tanto, la fusión es una alteración en la clasificación legal y la cuantía de los créditos expresamente prohibida en el art. 100.3 LC, pero de cuya prohibición expresamente se excluye a la fusión que, por tanto, se estaría excepcionando no tanto de la genérica prohibición de liquidación globales –pues la sucesión universal que conlleva hace innecesaria su mención en conexión con cualquier forma de liquidación global– cuanto de la mencionada prohibición de alteración en la clasificación legal y cuantía de los créditos".

Jurisprudencia

Fusión y escisión de sociedades en situación concursal

productividad y para la mejora de la contratación pública, el artículo decimocuarto dice:

“1. Las medidas de saneamiento y liquidación podrán consistir en la apertura de un procedimiento concursal o de un procedimiento de liquidación administrativa.

2. En caso de apertura de un procedimiento concursal, se considerarán:

- a) Medidas de saneamiento en España, la apertura del concurso en los términos previstos en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.*
- b) Procedimiento de liquidación en España, la apertura de la fase de liquidación del concurso,*

de conformidad con lo establecido en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.”

Pese al panorama que he descrito, apuesto por la reestructuración societaria como instrumentos para lograr el saneamiento, cuando sea viable, de la sociedad, así como que la interpretación del procedimiento concursal que efectuarán los jueces mercantiles será de máxima flexibilidad para hacerlas posible cuando sea la solución óptima para la continuidad y por ser conscientes de las amplias facultades que esta Ley les otorga; no hay que olvidar la relevante función que tiene asignada la administración concursal a desarrollar en procesos de esta índole.



Literatura y Contabilidad

La crisis engordó las uvas de la ira

“En las almas de las personas las uvas de la ira están llenando y cogen peso, listas para la vendimia”.

John Steinbeck



Antonio Envid Miñana

Como materia literaria, las grandes convulsiones históricas son mucho más ricas que las épocas de tranquilidad. “En Italia durante treinta años de terror de los Borgia surgieron Miguel Ángel y el Renacimiento. En Suiza durante quinientos años de paz y democracia, el resultado fue el reloj de cuco”, exclama Hary Line en la conocida película de Orson Wells *El Tercer Hombre*. Si esto es predicable para todo el mundo, lo es especialmente para EE. UU., donde la gran depresión económica de principios del siglo pasado ha sido cantera inagotable de novelas y películas, quizá porque ese país sólo ha sufrido, como grandes tragedias colectivas, en su propia carne, la guerra de secesión y esta crisis.

La gran depresión económica, antes de azotar los sectores industriales y financieros, culminando en el conocido *crak* de la Bolsa de Nueva York del veintinueve, se manifestó en los grandes territorios agrícolas del Sur e EE. UU., y para algunos de los estudiosos (todavía hoy no se ponen de acuerdo los especialistas), aquí hay que buscar su causa inicial, aunque luego se añadieran otros factores, como la debilidad del sistema bancario y una política equivocada que restringió la oferta monetaria.

Kindleberger muestra cómo en los años previos a la guerra de 1914 se produjo una burbuja económica especulativa en el campo norteamericano. Los precios, tanto de los productos agrícolas como de las tierras, no paraban de subir, desatando una fiebre

compradora. Al calor del flujo de dinero se crearon muchos bancos agrícolas y los granjeros tomaron muchas sumas a préstamo. En 1921 se alcanzó el máximo de las cotizaciones, a partir de entonces los precios comenzaron a bajar, por cuya causa muchos granjeros no pudieron devolver los préstamos, los bancos se quedaron con las tierras, aun así muchos de ellos quebraron. Una ola de quiebras asoló los estados de Oklahoma, Missouri y Texas y multitud de familias se quedaron arruinadas y en la calle.

Así como la crisis económica urbana subsiguiente, cuando afectó a los sectores industrial y financiero, ha sido el asunto de numerosas novelas, la gran tragedia que la depresión supuso para el campo estaría hoy casi olvidada, a no ser por la conocida novela de John Steinbeck *Las uvas de la ira*. Steinbeck, a través del relato de los sufrimientos de una de esas familias de pequeños granjeros, los Joad, traza un duro cuadro y una fuerte crítica social de lo que supuso aquella crisis en las zonas rurales sureñas.

En Oklahoma radicaban multitud de pequeños agricultores como los Joad, propietarios o arrendatarios de las tierras, que por culpa de la depresión se quedaron sin ellas, bien porque las perdieran, bien porque los nuevos propietarios, bancos y grandes compañías, cambiaron el sistema de explotación y ya no necesitaban arrendatarios. Estas compañías cambiaron el sistema de explotación de la tierra, basándolo en el monocultivo de grandes superficies muy

mecanizado y con poca mano de obra, de modo que a los antiguos granjeros no les quedó, ni siquiera, el recurso de emplearse como braceros. “Los tractores vinieron por las carreteras hasta llegar a los campos, igual que orugas, como insectos, con la fuerza increíble de los insectos”, describe Steinbeck.

En muchos pasajes de su novela Steinbeck muestra el odio de los pequeños campesinos hacia las máquinas. No es que el escritor estuviera en contra del progreso, sino en contra, como acertadamente indica en uno de sus párrafos, de que los tractores y las tierras sean propiedad de las grandes compañías y no de los agricultores que las trabajaban. Steinbeck recibió por esta novela el premio Pulitzer, pero también acerbas críticas que lo acusaron de antiamericano y comunista, cuando sus ideas están más cerca de las agraristas de Jefferson que de las de Marx.

Esta situación desató una gran emigración de gentes que marcharon hacia el oeste, a California, donde esperaban encontrar trabajo a tenor de los numerosos anuncios de ofertas de trabajo en el campo que les llegaban. Los Joad y millares de “okies” (como se les conoció despectivamente) emprendieron una emigración sin precedentes hacia el oeste, en busca de un nuevo El Dorado. Familias completas cargando sus pobres enseres, en grandes caravanas invaden las carreteras de Texas, atraviesan el desierto Nuevo México y llegan a California. *“Allá en el medio oeste y el suroeste había vivido una población sencilla y campesina a la que no había afectado el cambio de la industria... y entonces, de pronto, las máquinas los expulsaron y ellos invadieron las carreteras”*, nos dice el novelista.

En su nuevo destino, las grandes plantaciones de frutales y de algodón californianas requieren gran cantidad de mano de obra, pero eventual, únicamente durante la época de la recolección; para el resto del año se bastan con el personal

fijo que tienen. Los trescientos o, quizá, quinientos mil “okies” recién llegados, una vez levantadas las cosechas, quedan sin trabajo alojándose cerca de las fincas en los *Hoovervilles*, campamentos de chabolas carentes de cualquier condición de salubridad. Los trabajadores ven con rencor a estos emigrantes que, movidos por la necesidad, realizan cualquier trabajo a cualquier precio, hundiendo los salarios, pero los propietarios también recelan de ellos, porque “trescientas mil personas, si alguna vez llegaban a tomar conciencia de ellos mismos, la tierra será suya”, piensan. La situación se enrareció, hubo disturbios, algunos provocados por agentes, se produjeron detenciones arbitrarias, estallaron conflictos xenófobos, se quemaron campamentos, y, en fin, como indica Steinbeck, “las compañías poderosas no sabían que la línea entre el hambre y la ira es muy delgada. Y el dinero que podía haberse empleado en jornales se destinó a gases venenosos, armas, agentes, espías, a listas negras e instrucción militar”. “Y la ira comenzó a fermentar”.

Además de la denuncia social, quizá un poco cargada de ideología, la novela es un canto a las virtudes de los antiguos colonos, la solidez y unión de la familia, especialmente el vigor de las mujeres, la solidaridad y la humanidad. La novela termina con una leve luz de esperanza basada en estas virtudes profundamente inscritas en el alma de estos agricultores, pero sin decirnos si los Joad resolvieron, y cómo, sus problemas. Quizá porque la novela no ha terminado todavía. A los “okies” les sucedieron los “chicanos”, y hoy Europa y España se enfrentan a un problema del mismo calado, si no mayor: el de recibir y atender a los miles de africanos dispuestos a todo, incluso a jugarse la vida, con el fin de conseguir aunque sólo sean las migajas que caen de nuestras opulentas mesas. Una reposada lectura, o relectura, de esta dura novela nos hará reflexionar mucho.

Biblioteca



Ramón Martínez González
Colegiado número 1090

LA TRIBUTACIÓN DE ACTOS ILÍCITOS

Autor: César J. Galarza

Editorial: Thomson-Aranzadi
(390 páginas)



LTIMAMENTE venimos observando en los medios de comunicación una serie de casos sobre blanqueo de capitales, tráfico de especies animales exóticas, tráfico de personas, presuntas tramas de corrupción urbanística (caso Malaya), que nos hace remontarnos en el recuerdo a más de una década (caso Nécora y otros), y que bajo la apariencia de honrados negocios esconden auténticas tramas de actividades ilícitas constituyendo toda una economía paralela.

La cuestión clave está en dilucidar si estos actos ilícitos dan lugar a hechos imponible sujetos a tributación, pues si se concluye que no, estaríamos ante no sólo de una conducta delictiva, sino ante una situación que beneficia injustamente al delincuente al no tener que asumir las cargas fiscales que los negocios legales tienen que afrontar; y todo esto porque las actividades ilícitas que ponen de manifiesto una capacidad económica deberían tributar, al menos hasta que no se presente por parte del Estado la reacción frente al delito. Por otra parte, si concluimos que sí debe tributar esta conducta delictiva, el planteamiento supone que el Estado se beneficia económicamente de la comisión de

actos ilícitos (teoría del Estado cómplice), lo cual no está exento de crítica y de reparos éticos.

Esta obra, a lo largo de cuatro capítulos plantea el problema desde el punto de vista teórico (dos primeros) y desde su aspecto práctico (dos últimos).

En el primer capítulo pone en relación el hecho imponible, después de su definición y análisis desde la licitud del mismo, con los supuestos de ilícitos tributarios y la técnica de exención y no sujeción como vía de acogimiento a la no tributación de los actos ilícitos.

El segundo capítulo, bajo el título **Cuestiones dogmáticas sobre la tributación de los actos ilícitos**, establece una serie de postulados valorativos por el que se formulan argumentos a favor o en contra de la tributación de los actos ilícitos, tales como los principios de capacidad contributiva, principio de igualdad, principio nemo tenetur se ipsum accusare, principio non bis in idem, principio nemo auditur propiam turpitudinem allegans, principio de tolerancia jurídica, actos excluidos del ordenamiento jurídico, el Estado cómplice.

Los dos últimos capítulos centran la atención en la aplicación del posible gravamen y su tratamiento en el sistema tributario español, en cuanto al IRPF, Patrimonio, Impuesto de Sociedades, IVA, IBI, IAE.

Este libro se encuentra a disposición de los colegiados, incorporándose a los fondos de la biblioteca.

Biblioteca

DISCRECIONALIDAD, ARBITRARIEDAD E INICIO DE ACTUACIONES INSPECTORAS

Autor: Aitor Orena Domínguez

Editorial: Thomson-Aranzadi
(207 páginas)

A potestad discrecional de la Administración supone para el administrado tributario cierta dosis de incertidumbre e inseguridad jurídica no deseables en las relaciones que surgen como consecuencia de la realización de hechos imponible regulados por las normas tributarias; sin embargo, le es atribuida por la Ley a la Administración, a pesar de los privilegios de los que goza y que no en pocas ocasiones la actuación reglada de la Administración Tributaria presenta excesos y arbitrariedades carentes de fundamento que los justifique y que pueden dejar al contribuyente "en paños menores".

Esta actuación irregular de la Administración, que reclama libertad para incumplir las mismas normas que ella misma ha dictado, es la que estudia y a la que se refiere el presente trabajo y que se centra en las posibles arbitrariedades aplicativas de las normas que pueden darse en el inicio de las actuaciones inspectoras de comprobación e investigación.

La obra cuenta con un capítulo introductorio, en el que se estudian, con carácter general, las potestades de la Administración, el control judicial de la discrecionalidad y la posible existencia de elementos discrecionales en el ámbito tributario. Explica la diferencia entre discrecionalidad y arbitrariedad.

El núcleo del libro lo componen los tres siguientes capítulos, que a lo largo de aproximadamente 100 páginas analizan **las actuaciones inspectoras** (comprobación e investigación, sujetos objeto de las mismas, límites de la actuación), la figura de la **denuncia pública** (objeto, forma, pruebas, fases, pruebas obtenidas ilícitamente, colisión de derechos, etc.) —esta parte es la más extensa y recoge un interesante análisis de los distintos argumentos que abogan o no por la necesidad de comunicar al denunciado la identidad del denunciante—, **los planes de inspección** (concepto, finalidad, publicidad y naturaleza).

Para terminar cuenta con tres anexos que recogen distintas sentencias del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y de los distintos Tribunales Superiores de Justicia, en relación con situaciones ocasionadas por la actuación inspectora, pruebas obtenidas ilícitamente, nulidad de actuaciones, planes de inspección, etc.

Este libro se encuentra a disposición de los colegiados, incorporándose a los fondos de la biblioteca.

