



Juzgado de lo Mercantil nº 09 de Barcelona

Avenida Gran Vía de les Corts Catalanes, 111, (Edifici C) - Barcelona - C.P.: 08075

TEL.: 935549749

FAX: 935549759

E-MAIL: mercantil9.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801947120168000537

Concurso abreviado 387/2016 C3

CONCURSO VOLUNTARIO

Materia: Procedimientos concursales

Cuenta BANCO SANTANDER:

Beneficiario: Juzgado de lo Mercantil nº 09 de Barcelona

Para ingresos en caja. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Pagos por transferencia IBAN en formato electrónico: ES 55 0049 3569 9200 0500 1274. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Pagos por transferencia IBAN en formato papel: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Parte concursada: GALLINA CLUECA S.L.

Procurador/a: Jose Carlos Gonzalez Recio

Abogado: Albert Faus Rosanas

Administrador Concursal: PLUTA ABOGADOS, GmbH

AUTO DE CONCLUSIÓN Nº 14/2018

MAGISTRADA QUE LO DICTA: BÁRBARA MARÍA CÓRDOBA ARDAO

Lugar: Barcelona

Fecha: 19 de enero de 2018

HECHOS

PRIMERO. Por sentencia de 9 de enero de 2017, se aprobó el convenio anticipado alcanzado entre la concursada la mercantil LA GALLINA CLUECA SL y sus acreedores para el pago de las deudas, consistente en unas quitas y esperas y en la fusión con la sociedad ESDMERCADO ONLINE SL (que no está en concurso de acreedores), al amparo de lo previsto en el art. 100.1 y 3 de la LC.

Asimismo, se ordenó la apertura de la sección 6ª de calificación al superar las quitas y esperas los límites del art. 167 LC. Por auto de 17 de marzo de 2017, se acordó el archivo de la sección 6ª, siendo declarado el concurso como fortuito.

SEGUNDO. El día 7 de noviembre de 2017, la mercantil LA GALLINA CLUECA SL informó al juzgado que el proceso de fusión con la compañía ESDMERCADO ONLINE SL había concluido con éxito, constando ya inscrita en el Registro Mercantil desde el día 25 de julio de 2017, quedando automáticamente extinguida. Por tal razón, solicitó la conclusión del concurso al amparo de lo dispuesto en el art. 176.1.4 in fine LC, por superación del estado de insolvencia.





TERCERO. De dicha petición se dio traslado a las partes personadas para que pudieran alegar lo que a su derecho convenga en el plazo de 15 días. Transcurrido el citado plazo sin que nadie formulara ninguna objeción, quedaron los autos en poder del proveyente para resolver conforme a derecho.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. Causas de conclusión. Régimen general

El Artículo 176.1 LC recoge un listado de las causas que comportan la conclusión de concurso:

1º.- Una vez firme el auto de la Audiencia Provincial que revoque en apelación el auto de declaración de concurso.

2º.- Una vez firme el auto que declare el cumplimiento del convenio y, en su caso, caducadas o rechazadas por sentencia firme las acciones de declaración de incumplimiento, o que declare finalizada la fase de liquidación.

3º.- En cualquier estado del procedimiento, cuando se compruebe la insuficiencia de la masa activa para satisfacer los créditos contra la masa.

4º.- En cualquier estado del procedimiento, cuando se compruebe el pago o la consignación de la totalidad de los créditos reconocidos o la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio o que ya no existe la situación de insolvencia.

5º.- Una vez terminada la fase común del concurso, cuando quede firme la resolución que acepte el desistimiento o la renuncia de la totalidad de los acreedores reconocidos.

Tanto la jurisprudencia como la doctrina se han planteado si dichas causas de conclusión deben ser calificadas de “números clausus” o “numerus apertus”, siendo mayoritaria la tesis favorable a esta segunda interpretación, por ejemplo, cuando no hay pluralidad de acreedores al faltar uno de los presupuestos básicos de la declaración de concurso. Así, para que exista concurso es necesario no sólo que el deudor no pueda atender de forma regular sus compromisos de pago exigibles a corto plazo sino también que el sobreseimiento de los pagos sea generalizado, lo que comporta una “pluralidad de acreedores”, requisitos que deben mantenerse durante la tramitación del procedimiento. En este sentido, RDGRN de 11 de 4 de 2011, AJM nº 1 de Madrid, 13-10-06 y el AAP Barcelona 23 de 11 de 2012, 19 de octubre de 1995, 27 de noviembre de 2008 y 16 de marzo de 2011.

SEGUNDO. La fusión como contenido del convenio. Efectos en el concurso de acreedores.

El caso sometido a la consideración de este juzgador es singular y un claro ejemplo de la falta de coordinación que hay entre la ley concursal y la ley de modificaciones estructurales pues por un lado, el art. 100 LC permite al deudor proponer en el convenio, además de quitas y esperas, la posibilidad de fusionarse con otra compañía pero luego, no regula adecuadamente cuáles son los efectos que produce tal fusión en el concurso de la sociedad absorbida. En particular, si culminada con éxito la fusión y extinguida la personalidad jurídica de la concursada, se debe acordar o no la conclusión del





concurso. En tal sentido, sería deseable una reforma del art. 176 LC en el que se contemplara la extinción de la personalidad jurídica como causa de conclusión. Pero como no está expresamente conemplada, la petición de conclusión habría que reconducirla a algunas de las causas de conclusión legalmente previstas, de ahí la problemática.

Tales dudas jurídicas se evidencian en las pocas resoluciones judiciales que se han dictado sobre este particular, adoptando cada una de ellas soluciones dispares. Así, a modo de ejemplo:

a) AJM nº 5 de Barcelona, de fecha 18 de abril de 2012:

Se trataba de una empresa cuyo convenio consistía en quitas y esperas y durante la vigencia del mismo, al no tener el deudor limitadas sus facultades de administración y disposición, aprobó la fusión con otra compañía, solicitando acto seguido, la conclusión del concurso. Si bien, el juzgador denegó la conclusión del concurso al no haberse todavía satisfecho los créditos conforme a lo pactado en el convenio.

“La petición no puede ser atendida por cuanto la fusión implica una sucesión universal inter vivos, esto es la absorbente sucede a la absorbida en todos sus derechos y obligaciones. Ello implica que pasa a ocupar su lugar en todos los procedimientos pendientes, entre ellos el procedimiento concursal pasando a ser la responsable del cumplimiento del convenio. Dicho de otro modo, la aprobación del convenio no supone la finalización del procedimiento concursal, sino una etapa más del mismo, en el que se paralizan muchos de sus efectos a la espera del cumplimiento o incumplimiento del convenio. En consecuencia la sociedad absorbente, sucede procesalmente a la sociedad absorbida y ocupa su posición dentro del procedimiento concursal. Por otra parte, este procedimiento concursal es posible que deba reabrirse por el incumplimiento del convenio de la sociedad absorbente. En tal caso se abrirá la fase de liquidación con el efecto previsto en el artículo 146 LC, vencimiento anticipado de todos los créditos de la concursada, en el bien entendido de que serán créditos correspondientes a los acreedores de la sociedad originariamente concursada, puesto que son los que han estado afectados por el procedimiento concursal que se ha visto en parte alterado por la fusión. Por otra parte, el efecto propio de la fusión por absorción es la confusión de patrimonios por lo que la única solución será proceder a la liquidación de todo el patrimonio de la sociedad absorbente, sin perjuicio de que si hubieran bienes suficientes para el pago de las deudas incumplidas en el convenio, en este caso cabría reactivar la sociedad, en los términos del artículo 370 de la LSC, por haber desaparecido la causa de disolución.”

b) AJM de Santander, de 7 de diciembre de 2017.

Al igual que en el caso anterior, se trataba también de una fusión realizada durante la pendencia del convenio a pesar de no constituir el contenido propio del mismo. En este caso, a diferencia de la resolución anterior, el magistrado sí que acordó la conclusión del concurso por aplicación del Art. 22 LEC, esto es, por “carencia sobrevenida de objeto”.

A tenor de la citada resolución:

“No obstante debe concederse que, habiéndose inscrito la extinción por absorción de la concursada, queda sin objeto el presente concurso de forma sobrevenida, no por conclusión, ya que las obligaciones pasan al patrimonio de la absorbente, sin que se aprecie ningún riesgo para los acreedores (no solo por contar éstos con los medios de tutela de su derecho que la Ley de Modificaciones Estructurales les facilita, sino por el





propio hecho de que la absorbente ya era obligada solidaria con la aquí concursada, como hemos indicado), sino por sucesión universal y extinción de la personalidad de PROCRIA”.

c) AJM nº 2 de Oviedo, de 8 de enero de 2018:

Esta resolución analiza de manera pormenorizada cuáles son las consecuencias jurídicas tanto a nivel societario como concursal que comporta la fusión de una empresa en concurso. El magistrado concluye que una vez culminada la misma, el deudor pasa a ser la sociedad absorbente, la cual había asumido la totalidad del activo y pasivo de la concursada. Por tanto, en caso de incumplimiento del convenio, no se podría reabrir el concurso para liquidar los bienes de la concursada en la medida en que ha operado la sucesión universal a favor de una empresa que no está en concurso. Pese a ello, deniega la conclusión del concurso sobre la base de que todavía están imprejuzgadas las conductas del órgano de administración anteriores a la declaración de concurso y su posible responsabilidad en la generación o agravación del estado de insolvencia. A su entender, cierto es que el art. 167 LC permite no abrir la sección 6ª de calificación cuando estamos ante un convenio menos gravoso, como era el caso. Ahora bien, tal beneficio se concede a la concursada no sólo por el hecho de proponer este tipo de convenios sino que también se condiciona a su cumplimiento. Por tal motivo, en tanto en cuanto el convenio no se cumpla, no cabe concluir el concurso y en caso de incumplimiento, se abriría liquidación a los únicos efectos de poder tramitar la pieza sexta de calificación.

Reproduzco a continuación los razonamientos jurídicos de la citada resolución por sus interesantes conclusiones:

“SEGUNDO.- *Desde el punto de vista societario, la fusión implica la extinción de la personalidad jurídica de la absorbida y la transmisión, por sucesión universal, de su patrimonio a la absorbente.*

La fusión, desde el punto de vista concursal, conlleva que todos los acreedores de la absorbida pasan a serlo de la absorbente. Los subjetivamente vinculados por el convenio siguen estándolo, pero la obligada a su cumplimiento será la sociedad absorbente, GRÁFICAS EUJOA S.A.

Es evidente que cumplimiento del convenio, en sentido estricto, no existe, pues los acreedores aún no han visto satisfecho sus créditos y no sabemos siquiera si lo serán, por lo que acordar la conclusión del concurso parece irrogar a aquéllos un perjuicio potencial, al privarles de la posibilidad de la liquidación que subsigue al convenio frustrado.

Sin embargo, creemos que no es ése el obstáculo que impide acordar la conclusión en este momento procesal.

El incumplimiento del convenio (en sentido amplio, como fenómeno comprensivo de las tres hipótesis de los arts. 140 y 142.2) supone la apertura sobrevenida de la fase de liquidación (artículos 142.2 y 143.1.5.º) y lleva aparejada una serie de consecuencias:

- 1.- La resolución del convenio y la desaparición de los efectos sobre los créditos a que se refiere el artículo 136, quedando sin efecto las quitas y esperas pactadas (artículos 136 y 140.4 LC), pero presumiéndose legítimos los pagos realizados en virtud del convenio en los términos y con los efectos del artículo 162;*





- 2.- La declaración de disolución de la sociedad (artículo 145.3);
- 3.- La suspensión de las facultades de administración y disposición del concursado (artículo 145.2), conservando ad intra la concursada su capacidad procesal;
- 4.- La reposición en el ejercicio de su cargo a la administración concursal en su día nombrada o el nombramiento de otra que la sustituya (artículo 145.1.II LC);
- 5.- La reapertura de la Sección de calificación o el inicio de una nueva si la sección sexta aún estuviera en tramitación, conforme al artículo 167.2.1.º.

Estos efectos tienen carácter general, pero algunos de ellos ceden ante el fenómeno estructural.

El art. 47 de la Ley 3/2009 (referido a la fusión pero aplicable al resto de figuras) advierte de que la modificación estructural, una vez consumada con la inscripción en el Registro Mercantil, sólo podrá ser impugnada si se han infringido las previsiones de la ley especial.

Si la fusión forma parte del contenido del convenio y la STS, Pleno de la Sala 1.ª, de 21 de noviembre de 2016, ha reconocido la inmunidad de la modificación estructural (una escisión parcial, en aquel caso) frente a la acción rescisoria, parece que las mismas razones de seguridad jurídica imponen que el escudo que la inscripción representa se extienda igualmente a la resolución consecutiva al fracaso del convenio.

Si la fusión escapa al efecto resolutorio cuando la misma constituye contenido del convenio, en el caso enjuiciado, en que la modificación estructural se ha desarrollado y ejecutado en su plenitud tras la sentencia de aprobación, esa inmunidad resulta aún más evidente.

La resistencia de la modificación estructural al efecto resolutorio ex art. 140.4 implica que los acreedores de la absorbida han pasado a serlo de la absorbente de forma irrevocable, como también todos sus activos.

Si la modificación estructural es irresoluble y, con ella, la sucesión universal y la extinción de la absorbida, mantener abierto el concurso por la sola expectativa de una posterior liquidación para el caso de que la absorbente no pague no parece tener excesivo sentido, ya que, aunque así fuere, materialmente no puede haber liquidación, pues no hay bienes que liquidar ni acreedores a quienes pagar.

Si quienes fueron acreedores han dejado de serlo (en este concurso) y no hay bienes que liquidar, realmente podríamos entender que, o bien el convenio ha quedado cumplido de forma instantánea al tomar la absorbente sobre sí la obligación de su cumplimiento (como se sostiene en la doctrina italiana para el convenio de asunción liberatoria), o bien que la absorbida ha dejado de ser insolvente, lo que nos permitiría en cualquier caso concluir este concurso.

A lo más podría reconocerse a los acreedores que lo fueron de la absorbida un interés legítimo residual en que el concurso permanezca vivo y no se concluya, a fin de que pudiese operar el efecto resolutorio ligado a la apertura de la liquidación y así reclamar a la absorbente el crédito original, sin quitas (que en este caso no existen) ni esperas; pero, la liquidación, en todo caso, quedaría vacía de contenido sustantivo. Sin embargo, mantener abierto el concurso para tan limitado fin es prescindible, ya que el efecto resolutorio (y, con él, la desaparición de los efectos de la quita y/o espera) deriva del hecho mismo del incumplimiento contractual, limitándose el art. 140.4 a constatarlo, por lo





que los acreedores que lo fueron de la absorbida, si media incumplimiento, podrán reclamar a la absorbente a través de un declarativo (ya que es un pasivo meramente negocial, adquirido post convenio) o instando "su" liquidación por la vía del art. 142.2.II (no por la del art. 140 ya que no son parte del convenio de la absorbente).

La tutela de los acreedores no es, pues, lo que impide acordar la conclusión, pues, caso de incumplimiento, podrán hacer valer sus derechos contra la absorbente. Además, no debemos olvidar que esos acreedores consintieron la fusión, no impugnándola.

Se ha defendido en la doctrina que en caso de incumplimiento del convenio de la absorbida, no han de liquidarse los bienes originales (o su equivalente económico, caso de haber sido enajenados), sino la propia sociedad absorbente, aplicando en sede concursal la institución de la sucesión procesal del art. 17 LEC, por transmisión del objeto litigioso. Esta solución tampoco resulta convincente. El AJM n.º 1 de Valladolid de 20 de diciembre de 2016, as. Begar, señala a este respecto:

«En orden a la sucesión procesal invocada por algunos acreedores, sobre la base de una aplicación automática y poco rigurosa del art. 17 LEC, ciertamente puede producirse respecto de derechos y obligaciones transmisibles, mas no respecto de la propia condición de concursado, que tiene un carácter personalísimo. Como acertadamente se señala por el solicitante, la sucesión opera en el ámbito de obligaciones no personalísimas, como las inherentes al convenio e incluso la rendición de cuentas sobre su cumplimiento, pero no respecto del status de concursado».

Desde luego no parece sencillo liquidar a la absorbente en el concurso de la absorbida; a la anomalía de liquidar a una sociedad en el concurso de otra, cuando ella misma tiene su concurso abierto (¿qué o a quién liquidaríamos entonces en su concurso?), se une la dificultad de aplicar la figura de la sucesión procesal, prevista para simples procedimientos declarativos y que se acomoda mal a la complejidad de un concurso, razón por la cual el art. 17.3 hace un reenvío a la normativa concursal.

En efecto, tenemos que partir de que los convenios (como los concursos) son independientes, por lo que es posible que uno se cumpla y el otro no; si se incumple el convenio de la absorbida no necesariamente se tiene porqué estar incumpliendo el de la absorbente; la absorbente –al menos desde un punto de vista dialéctico- puede estar pagando su convenio y no el de la absorbida. Por tanto, la sucesión procesal, al menos con la plenitud de efectos de la LEC, debe descartarse en todo caso cuando ambas sociedades estén en concurso, pues siendo posible que el convenio de la absorbente se esté cumpliendo, no podemos descabezar su concurso para llenar el vacío dejado por la extinta.

Tampoco podríamos, caso de incumplimiento del convenio de la absorbida, recurrir a la consolidación de masas (art. 25 ter), pues siendo aquí la confusión patrimonial de iure y no de facto, nos lo impide que el concurso de la absorbente esté en estado de *vacatio* de sus efectos (art. 133). Sólo en el caso de incumplimiento de ambos convenios cabría la consolidación para tramitar una liquidación única (pero manteniendo la autonomía de las piezas de calificación, a fin de no mezclar conductas, concursadas y personas afectadas).

Otro argumento –más débil- a favor de la conclusión es que si ya no existen acreedores -ni concursada- en este concurso, no hay legitimados para denunciar el incumplimiento (en sentido lato) del convenio, por lo que nunca podría llegar a abrirse la liquidación. Empero, los acreedores, como hemos visto, conservan un interés legítimo residual, que, aun alcanzable extra muros del concurso, les habilitaría para instar la apertura de la liquidación.





TERCERO.- Si bien, por lo expuesto, el interés privado en el mantenimiento del concurso es difuso, persiste sin duda un interés público, encarnado en la sección de calificación nonata. Si acordáramos en este acto la conclusión, quedarían imprejuizadas las conductas preconvenio que la falta de apertura inicial de la calificación nos impidió valorar entonces, por no ser gravoso; más discutible es que pudiéramos enjuiciar la concurrencia del art. 164.2.3.º, ya que, por no depender el cumplimiento del convenio de la absorbida –ya extinta– sino de un tercero, no habría propiamente incumplimiento del “concurtido” (que es lo que exige la norma), salvo que interpretáramos que cuando el art. 164.2.3º habla de “concurtido” no lo hace en sentido formal, sino material, como obligado al pago, a fin de evitar que un incumplimiento del convenio de la absorbida por causa imputable a la absorbente quedare impune en sede calificatoria.

En todo caso, cualquiera que sea el ámbito de enjuiciamiento de esa calificación, la misma se erige en obstáculo a la conclusión, que ha de quedar diferida, bien al efectivo cumplimiento del convenio, bien al agotamiento de la sección sexta subsiguiente a su incumplimiento.

Esa calificación, por supuesto, sólo podría tener como resultado la inhabilitación, pues el resto de contenidos patrimoniales (devolución de bienes, indemnización de daños y perjuicios, cobertura del déficit), no existiendo ya concursada ni acreedores de la misma, carecen de sentido. Para la tramitación de esa eventual sección 6ª sí resulta útil recurrir, con efectos limitados, a la figura de la sucesión procesal, no tanto para hacer recaer en la absorbente el pronunciamiento meramente formal de culpabilidad (que habría de soportar la extinta), sino para una correcta constitución de la relación jurídico-procesal, efectuando en su cabeza el emplazamiento”.

Si las resoluciones judiciales difieren en cuanto a la solución del problema, tampoco hay unidad en la doctrina:

- a) Hay quienes defienden que una vez culminado el proceso de fusión y extinguida la personalidad jurídica de la concursada, se debe acordar la conclusión del concurso por cumplimiento del convenio, en la medida en que es la única obligación que depende de la concursada pues el pago de la deuda se ha transmitido a la sociedad absorbente.

A mi entender, tal solución no es factible y en este punto, comparto la solución dada por el juzgado mercantil nº 5 de Barcelona, en resolución de fecha 18 de abril de 2012. La razón de ser es que el convenio tiene una naturaleza contractual y un contenido único, por mucho que en él se contemplen propuestas alternativas. Por tanto, como tal contrato que es, en tanto en cuanto no se cumplan ambas obligaciones (fusión y pago), no podemos decir que el convenio esté cumplido de ahí que no quepa concluir el concurso cuando la causa invocada sea la del art. 176.1.2ª en relación con el art. 139 LC.

- b) Otros autores sostienen que hasta que no se cumpla el convenio, no se puede acordar la conclusión del concurso.

Mientras que el convenio se cumpla, no hay problema pero ¿qué sucede si el convenio resulta finalmente incumplido? Los que defienden esta tesis, tampoco se ponen de acuerdo en los efectos que comporta. Por un lado, están quienes defienden que se abriría la liquidación de la sociedad extinguida, otros, de la sociedad absorbente como sucesora universal y otros, que se debería abrir liquidación pero limitada a los bienes transmitidos en su día por la concursada.





Ninguna de estas soluciones considero que sea admisible pues carece de sentido abrir la liquidación de una sociedad ya extinta cuando la extinción es justamente uno de los efectos derivados de la conclusión del concurso (art. 178 LC). Además, se trataría de una sociedad que carecería de bienes en la medida en que éstos fueron transmitidos íntegramente a la sociedad absorbente. Por tanto, sería una apertura de liquidación y conclusión inmediata.

En cuanto a la posibilidad de efectuar una liquidación parcial, supondría, de facto, dejar sin efecto esa modificación estructural pues se estarían retrotrayendo los efectos de la fusión, con clara infracción de lo dispuesto en el art. 44 LME. Según dicho precepto, una vez inscrita la fusión en el registro mercantil, solamente se puede impugnar ejercitando en el plazo de 3 meses la acción de nulidad por infracción de las normas previstas en la propia LME. Transcurrido ese plazo, la operación queda blindada no pudiendo ser atacada por ninguna otra acción de naturaleza impugnatoria.

Tampoco sería admisible que la liquidación se acordase de la sociedad absorbente porque ésta nunca ha sido declarada en concurso y porque la sucesión universal lo es respecto del activo y pasivo, de los derechos y obligaciones de la concursada, no así de su situación de insolvencia, lógicamente.

- c) Por último, en la misma línea que se pronuncia el auto del JM nº 1 de Oviedo, de 8 de enero de 2018 antes transcrito, hay quienes consideran que el concurso se debe mantener vivo solamente para abrir la sección 6ª de calificación, en caso de que ésta nunca se hubiera tramitado.

Con el respeto que me merece tal posición doctrinal y jurisprudencial, pues ciertamente está fundada en sólidos argumentos jurídicos, no comparto tal conclusión en la medida en que la finalidad del concurso no es la de depurar las responsabilidades del órgano de administración sino la de pagar a los acreedores, bien mediante una liquidación ordenada del patrimonio de la concursada bien alcanzado un convenio de quitas y esperas u otras propuestas alternativas de pago. Ello no significa que los acreedores queden desamparados pues siempre podrán ejercitar las acciones contra el órgano de administración previstas en la ley de sociedades de capital.

Por otro lado, el art 167 LC únicamente dispone que no procede la apertura de la sección 6ª cuando estamos ante un convenio menos gravoso, sin condicionarlo al cumplimiento del mismo. De hecho, puede darse el caso de que el convenio no se cumpla por la concursada pero que los acreedores hayan sido íntegramente satisfechos por un tercero, en cuyo caso, tampoco procedería la apertura de la sección 6ª a pesar de que el convenio no se hubiera cumplido en sus estrictos términos.

Por último, el art. 176 LC a diferencia del art. 176 bis LC no condiciona la conclusión del concurso a que el juez valore si existen indicios racionales de que el concurso pudiera ser declarado culpable. Lógicamente, si esa sección está en trámite, hay que esperar para concluir el concurso a que finalice la misma pero repito, si no está abierta y nadie se opone a la conclusión, no es óbice para acordar la conclusión, conclusión que por otro lado deviene obligatoria cuando las causas de conclusión invocadas sean las del nº 4 y 5 del art. 176.1 LC y nadie se haya opuesto.

TERCERO. Conclusión del concurso por superación del estado de insolvencia.

Llegados a este punto, y siendo conocedora de la disparidad de criterios que hay sobre esta cuestión tal como he expuesto en el razonamiento jurídico anterior, en la medida en que hay que reconducir esta petición de conclusión en alguna de las causas del art. 176





LC, considero que la que mejor se ajusta al caso enjuiciado es la prevista en el art. 176.1 4ª in fine LC por superación del estado de insolvencia del deudor en la medida en que efectuada la fusión, el deudor ya no es la concursada sino un tercero que es solvente y ello en base a los siguientes argumentos:

El art. 22 de la Ley 3/2009, de 3 de abril de modificaciones estructurales dispone que *"en virtud de la fusión, dos o más sociedades mercantiles inscritas se integran en una única sociedad mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante, que puede ser de nueva creación o una de las sociedades que se fusionan"*.

Tal precepto debe completarse con el artículo 23.2 LME según el cual: *"2. Si la fusión hubiese de resultar de la absorción de una o más sociedades por otra ya existente, ésta adquirirá por sucesión universal los patrimonios de las sociedades absorbidas, que se extinguirán, aumentando, en su caso, el capital social de la sociedad absorbente en la cuantía que proceda"*.

Es decir, mediante la fusión, una o varias sociedades (absorbidas) transmiten a otra (absorbente) todo su activo y pasivo, produciéndose una sucesión universal a todos los efectos, adquiriendo por tanto la absorbente todo el activo y pasivo de la, absorbida y subrogándose en sus mismos derechos y obligaciones. Hasta el punto que culminada la fusión, las sociedades fusionadas se extinguen. En este sentido cabe citar la STS de 8 de febrero de 2007 a cuyo tenor *"En la fusión de sociedad por absorción, si bien se produce la extinción de la personalidad de la sociedad absorbida, la absorbente adquiere el patrimonio de esta sociedad y se produce la adquisición por sucesión universal de los derechos y obligaciones de la absorbida, de forma que queda vinculada, activa y pasivamente, por las relaciones contractuales que ligaban a la sociedad absorbida con terceros, lo que determina que no sean causa de extinción de las relaciones contractual, la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad a cuyo favor se celebraron, precisamente por esa sucesión universal que se produce por la fusión, como establece el artículo 233, párrafo primero, de la vigente Ley de Sociedades Anónimas."*

En el caso de autos, tras la inscripción de la operación de fusión de la compañía LA GALLINA CLUECA SL (concurada) en el Registro Mercantil, quedó automáticamente extinguida su personalidad jurídica y se canceló su hoja registral, convirtiéndose la sociedad ESEMERCADO ONLINE SL en su sucesora universal, asumiendo por ello los compromisos de pagos que tenía la concursada frente a sus acreedores en los términos y condiciones que figuran en el convenio.

Por consiguiente, habiendo pasado la sociedad absorbente a ser la deudora y es una compañía solvente, pues no está declarada en concurso de acreedores, podemos alcanzar la conclusión de que ya no existe insolvencia, luego, debe acordarse la conclusión del concurso y el archivo de las actuaciones conforme a lo dispuesto en el art. 176.1.4º in fine LC. De hecho, tal causa de conclusión no exige que se hayan pagado antes a los acreedores, pues en caso de pago, estaríamos ante una causa de conclusión distinta. A tenor de lo dispuesto en el citado precepto *"Procederá la conclusión del concurso y el archivo de las actuaciones: 4º.- En cualquier estado del procedimiento, cuando se compruebe el pago o la consignación de la totalidad de los créditos reconocidos o la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio o que ya no existe la situación de insolvencia"*.

Ahora bien, que se acuerde la conclusión del concurso de la sociedad absorbida no





significa que la sociedad absorbente quede exenta o exonerada del pago de las deudas de la concursada. Como ya hemos visto, como sucesora que es, debe asumir esos compromisos de pago en los términos establecidos en el contrato (convenio), de tal manera que se incumple se devengarán los efectos previstos en los arts. 136 y 140 LC, esto es, se rescindirán las quitas y esperas resurgiendo los créditos en su integridad, pudiendo los acreedores iniciar la vía ejecutiva contra la sociedad absorbente en caso de impago o solicitar su concurso necesario de concurrir los presupuestos establecidos en los arts. 2.4 y 5 de la LC.

Por último, y no por ello menos importante, de la lectura coordinada de los arts. 176.2 y 177.1 de la LC, cabe concluir que cuando la causa de conclusión sea alguna de las previstas en los números 4º y 5º del art. 176.1 LC como es el caso, si ningún acreedor formula oposición a la conclusión del concurso, el juez "debe" acordarla, de ahí que su auto no sea susceptible de ser recurrido en apelación a diferencia de la sentencia que se dicte en el incidente concursal, para resolver la demanda incidental de oposición a la conclusión de concurso. En este caso, pese al traslado conferido a tal efecto, ningún acreedor ni la administración concursal en su día designada, han formulado objeción alguna.

Concluyendo, en la medida en que ya se ha completado el proceso de fusión entre la sociedad GALLINA CLUECA SL y la mercantil ESD MERCADO ONLINE SL, ha quedado extinguida la personalidad jurídica de la concursada y cancelada su hoja registral, debe acodarse la conclusión del concurso por inexistencia del estado de insolvencia en la medida en que el deudor ha pasado a ser la mercantil ESD MERCADO ONLINE SL la cual no está en estado de concurso por lo que debemos presumir que es una sociedad solvente y que opera con normalidad en el tráfico mercantil, conclusión a la que por otro lado no se ha opuesto ningún acreedor.

CUARTO. Efectos de la conclusión del concurso

Dispone el art. 178.1. *"En todos los concursos casos de conclusión del concurso, cesarán las limitaciones de las facultades de administración y disposición del deudor subsistentes, salvo las que se contengan en sentencia firme de calificación o de lo previsto en los capítulos siguientes.*

El apartado tercero añade: *"La resolución judicial que declare la conclusión del concurso por liquidación o por insuficiencia de masa activan del deudor persona jurídica acordara su extinción y dispondrá la cancelación de su inscripción en los registros públicos que corresponda, a cuyo efecto e expedirá mandamiento conteniendo testimonio de la resolución firme."*

En la medida en que la concursada se ha fusionado con otra compañía ya existente, se ha extinguido su personalidad jurídica y cancelado su hoja registral, no procede acordar ninguno de los efectos previstos en el art. 178 LC antes transcrito.

QUINTO. Rendición de cuentas

Conforme a lo previsto en el art. 181 LC procede elevar a definitiva la aprobación provisional de la rendición de cuentas presentada por la administración concursal tras el requerimiento efectuado por este juzgado en la sentencia aprobatoria del convenio.

Por lo expuesto,





PARTE DISPOSITIVA

ACUERDO LA CONCLUSIÓN del concurso de la entidad LA GALLINA CLUECA SL conforme al art. 176.1.4º LC, cesando todos los efectos de la declaración del concurso.

Acuerdo elevar a definitiva la aprobación provisional de la rendición de cuentas presentada por la administración concursal, tras la sentencia aprobatoria del convenio.

Notifíquese esta resolución a la administración concursal y a todas las partes personadas en el procedimiento.

Publíquese la misma mediante anuncios que se fijarán en el tablón de anuncios de este juzgado y en el BOE.

Líbrese mandamiento por duplicado al Registro Mercantil para que proceda a la cancelación de la inscripción de los asientos correspondientes a la declaración del concurso. Asimismo, el registrador mercantil deberá comunicar al resto de registros públicos en los que la concursada tenga inscritos bienes y derechos, la presente conclusión a los efectos oportunos, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el art. 178.2 LC, en relación con los arts. 23 y 24 LC y art. 323 RRM.

Contra este auto no cabe interponer recurso alguno (art. 177.1 LC).

Désele número a esta resolución, llévase el original al Libro correspondiente y procédase al archivo de las actuaciones.

Protección de datos: *De acuerdo con lo establecido por la L.O. 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, las partes quedan informadas y aceptan la incorporación de sus datos a los ficheros jurisdiccionales existentes en este Juzgado, donde se conservarán con carácter confidencial, sin perjuicio de las remisiones que se deben cumplir obligatoriamente. Su finalidad es llevar a cabo la tramitación del presente procedimiento judicial. El responsable del fichero es este Juzgado de lo Mercantil. Se advierte a las partes que los datos contenidos en las comunicaciones que se efectúen en este procedimiento y en la documentación que se adjunte son confidenciales, quedando prohibida su trasmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento, y debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.*

Así lo acuerdo, mando y firmo.

