

CONCURSO Y SOCIEDAD MERCANTIL

Esperanza Gallego Sánchez

Catedrática de Derecho Mercantil
Universidad de Alicante

Sumario: 1. La declaración de concurso de la sociedad mercantil. A) Sociedades susceptibles de ser declaradas en concurso y selección de normas aplicables. B) Órgano competente para solicitar el concurso. 2. Efectos del concurso. A) Preliminar B) Efectos del concurso sobre la sociedad. C) Efectos del concurso sobre los órganos de la sociedad. a) Consideraciones introductorias. b) El órgano de administración. a'. Fase común y fase de convenio. b' Fase de liquidación. c) La junta de socios. a' Fase común y fase de convenio. b' Fase de liquidación. Nota bibliográfica.

1. LA DECLARACIÓN DE CONCURSO DE LA SOCIEDAD MERCANTIL

A) SOCIEDADES MERCANTILES SUSCEPTIBLES DE SER DECLARADAS EN CONCURSO Y SELECCIÓN DE NORMAS APLICABLES

Como regla general, la declaración de concurso procede respecto de toda persona jurídica (art. 1.1. LC). Excepcionalmente, no pueden ser declaradas en concurso las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público (art. 1.3 LC). Por tanto, la declaración de concurso se restringe a las personas jurídicas constituidas con arreglo al Derecho Privado (arg. *ex* art. 1.3. LC *a contrario*), entre las que se incluyen las sociedades mercantiles en la medida en que adquieran aquella condición.

En este ámbito, el temario en torno a la personalidad jurídica se comprende en el marco del efecto organizativo de la fundación. Este efecto se resuelve en la atribución a la

organización creada en virtud del negocio jurídico constitutivo de un particular grado de subjetivación, que le permite tener relaciones externas, con terceros, y, en su caso, internas con sus socios. Si este grado de subjetivación se identifica en todo caso con la personalidad jurídica, o no, depende de la noción que se tenga de esta.

En el sistema auspiciado por nuestros Códigos, la personalidad jurídica es un mero mecanismo de imputación de derechos y obligaciones (art. 38 Cciv). Por eso atribuyen personalidad jurídica a todas las sociedades constituidas con arreglo al Derecho privado con el único requisito de que se trate de agrupaciones externas (arts. 35.2º y 1669 Cciv y 116 Ccom), esto es, estructuradas como organizaciones unitarias para actuar como tales en el tráfico. No es preciso que lo hagan efectivamente. En este caso, además de externa, la asociación o sociedad es manifiesta. En consecuencia, la sociedad interna se caracteriza por la existencia de una voluntad negocial de los socios de no participar conjuntamente en el tráfico, excluyendo con ello su relevancia *ad extra*. De ahí que se configure como una sim-

ple relación obligatoria entre sus componentes, desprovista de toda vertiente organizativa y, por ende, de relaciones externas, ya que estas no se instauran entre el grupo y los terceros, sino entre cada uno de los socios en particular, o uno solo, y aquellos.

Este tipo de organización no ostenta personalidad jurídica y, por ende, no puede ser declarada en concurso. La sociedad interna por excelencia de carácter mercantil es la sociedad de cuentas en participación. El resto de sociedades mercantiles son externas y, por tanto, según esta concepción amplia de la personalidad jurídica, son personas jurídicas respecto de las que procede la declaración de concurso. Por otro lado, el resto de sociedades internas son civiles, ya que son atípicas.

Esta clase de sociedades no debe, sin embargo, confundirse con la sociedad oculta, que es aquella que no se publicita en el tráfico, porque la sociedad interna puede muy bien darse a conocer sin perder su carácter.

En consecuencia, la personalidad jurídica de las sociedades nace con la mera perfección del contrato constitutivo, siempre que este diseñe una estructura que instaure una organización unitaria para la actuación en el tráfico, con independencia de la índole de esa organización, de los fines que persiga y de la actividad que constituya su objeto social (arts. 35.2, 1665, 1666 y 1669 Cciv, arts. 116, 117 y 119 Ccom).

Desde ese momento, y por esa sola circunstancia, todas ellas son susceptibles de ser declaradas en concurso.

Ahora bien, la selección de las normas aplicables al concurso de cada una de ellas varía en atención a dos circunstancias principales. En primer término, por el carácter civil o mercantil de la sociedad. En segundo lugar, por la índole de la personalidad jurídica adquirida.

El carácter mercantil determina la sujeción de su concurso a un cúmulo ingente de normas que se anudan tanto a la dimensión material de aquel, como a su vertiente subjetiva. Las normas sobre la obligatoria aportación de la contabilidad para solicitar el concurso o

acerca del régimen de intervención en caso de ejercicio de actividades empresariales son solo algunos ejemplos de ello.

Conviene, por tanto, determinar qué sociedades han de ser calificadas como mercantiles. Con ese objeto nuestro sistema jurídico prevé tres sistemas, que comprenden: por un lado, la mercantilidad objetiva, que hace referencia a la sociedad como negocio jurídico para informar de la disciplina reguladora del tipo; y, por otro, la mercantilidad subjetiva, que se refiere a la sociedad como persona jurídica o ente subjetivado para atribuirle la condición de empresario y, en su razón, aplicarle su estatuto (normas de Registro, de contabilidad...).

El primer sistema es el del Código de Comercio. Allí el criterio determinante de la atribución de mercantilidad objetiva es el material. Son sociedades mercantiles las que tienen por objeto una actividad empresarial. Ciertamente es que el Código de Comercio no se pronuncia en términos expresos de forma tan tajante. Es más, conforme al art. 116.1 de ese texto legal, podría pensarse que el criterio determinante es el formal en tanto dispone que la sociedad será mercantil, cualquiera que sea su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones del Código; esto es, con arreglo a alguna de las formas que prevé. Sin embargo, cuando el art. 122 relaciona cuáles son esas formas mercantiles (sociedad colectiva, comanditaria...), antepone el criterio material al formal al disponer que, por regla general, las sociedades mercantiles se constituirán adoptando alguna de esas formas, ya que dicha expresión aclara que, primero, es la materia mercantil y, luego, la forma mercantil. Esta conclusión se ve corroborada por el conjunto de los preceptos del Código de Comercio que tratan sobre formas mercantiles. En especial el art. 136 cuando presupone que las sociedades colectivas desarrollan actividades comerciales.

Por consiguiente la materia mercantil exige un tipo mercantil y viceversa. Existe una correlación perfecta entre materia y forma. Lo que definitivamente no adquiere relevancia alguna en este contexto es el cumplimiento de las formalidades previstas en el Código de Comercio.

Según la orientación tradicional, hoy claramente superada, el criterio de las formalidades era determinante para decidir en torno a la atribución de carácter mercantil. El equívoco partía de la interpretación que se hizo de los arts. 116.1 y 119.1, ambos del Código de Comercio. Conforme al primero es mercantil la sociedad constituida con arreglo a las disposiciones del Código; mientras que el segundo dispone que toda sociedad, antes de dar comienzo a sus operaciones, debe hacer constar su constitución, pactos y condiciones en escritura pública que se presentará para su inscripción en el Registro Mercantil. De la conjunción de ambos preceptos se dedujo que la constitución con arreglo al Código de Comercio suponía necesariamente la escritura pública y la inscripción en el Registro Mercantil, sin detenerse a observar que ya el mismo art. 119.1 presupone la existencia anterior de la sociedad cuando declara que *debe hacer constar su constitución*, lo que obliga a entender que se inscribe después de que ya está individualizada con arreglo a otros parámetros.

En el sistema del Código de Comercio existe también una perfecta conexión entre mercantilidad objetiva y subjetiva, en el sentido de que las sociedades que son mercantiles en cuanto a las normas que rigen su organización y funcionamiento, son también empresarias. Cuando el art. 1.2 de ese texto legal dispone que son comerciantes para los efectos de este Código las compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo a él, parece que están optando por el criterio de la forma. Pero, en la medida en que sólo pueden adoptar la forma mercantil las sociedades que ejerzan una actividad mercantil, es posible afirmar que el criterio decisivo para la atribución de la condición de empresario es también el ejercicio de una actividad empresarial. De esta manera se asegura también la coherencia con el art. 1.1 del Código, que establece este mismo criterio para los empresarios individuales. Son comerciantes los que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio se dedican a él habitualmente.

El segundo sistema es el trazado en el art. 1670 del Código Civil. Tiene como objetivo

poner al servicio de la actividad civil las formas y estructuras organizativas mercantiles más depuradas técnicamente. Por este motivo rompe las conexiones anteriores. En primer término acaba con la correlación que existe en el ámbito de la mercantilidad objetiva entre materia (actividad empresarial) y forma (mercantil). Dispone, en efecto, que las sociedades civiles por el objeto al que se consagren pueden revestir todas las formas reconocidas en el Código de Comercio. Por consiguiente admite que sociedades cuya actividad no consista en el ejercicio de una empresa (materia civil), revistan cualquiera de las formas mercantiles. En la medida en que son sociedades mercantiles por la forma, les resultan de aplicación las normas del Código de Comercio (mercantilidad objetiva por la forma).

A consecuencia de ello se produce también la ruptura de la conexión entre mercantilidad objetiva (sometimiento del contrato a las normas del Código de Comercio) y subjetiva (condición de empresario). En efecto, debido a que la atribución de la condición de empresario está restringida a quien ejercite una actividad empresarial (criterio material), estas sociedades civiles por su objeto no pueden adquirirla. En estos términos debe interpretarse el último inciso del art. 1670 del Código Civil cuando dispone que *en tal caso les serán aplicables sus disposiciones (del Ccom) en cuanto no se opongan a las del presente Código*; esto es, que están sometidas al Código de Comercio al respecto de las normas que regulan el contrato, pero no están sujetas al estatuto del empresario, porque estas son las normas que se oponen a las del Código Civil, ya que son incompatibles con su naturaleza, subjetivamente civil. Otra interpretación generaría una gran inseguridad jurídica debido a que no existe un criterio cierto que permita decidir qué normas del Código de Comercio reguladoras del contrato de sociedad no se aplican a estas sociedades civiles por el objeto por ser opuestas a las del Código Civil.

El último sistema es el que acoge la Ley de Sociedades de Capital. Este texto legal restablece la conexión entre mercantilidad obje-

tiva y subjetiva, si bien lo hace en términos distintos al Código de Comercio. En lugar de atender a la materia, aquí prevalece la forma. Con independencia de su objeto (actividad a la que se dediquen), si la sociedad adopta alguna de estas formas, es objetivamente mercantil y también subjetivamente (art. 2 LSC). Este criterio de atribución de la mercantilidad por la forma también se utiliza en tipos como las sociedades de garantía recíproca, las cooperativas y algunas modalidades de sociedades de personas como la agrupación de interés económico (art. 1 LAIE).

La selección de las normas aplicables al concurso varía, en segundo lugar, en atención a la índole de la personalidad jurídica adquirida.

En efecto, la atribución de personalidad jurídica en consideración al mero carácter externo de la sociedad es solo la general. La específica de cada forma jurídica solo se consigue cumplimentando los requisitos adicionales de carácter constitutivo que prevén cada una de sus leyes reguladoras a ese efecto. En particular, cuando se trate de sociedades de capital, *la personalidad jurídica que corresponda al tipo social elegido* se conseguirá mediante la inscripción en el Registro Mercantil, previo otorgamiento de escritura pública (arts. 20 y 33 LSC). Esa circunstancia, sin embargo, carece de trascendencia en relación con su sujeción al concurso, puesto que el defecto de inscripción solo impide que alcancen la personalidad específica de los tipos societarios de capital, pero no la general. Por consiguiente, procede la declaración de concurso, tanto de las sociedades en formación, como de las sociedades irregulares, ya que ambas gozan de la personalidad jurídica general, aunque no hayan conseguido la especial correspondiente a los tipos de capital.

Ello no obstante, según se ha indicado, determinará la aplicación de reglas distintas en el curso del procedimiento, que se especificarán en atención a la índole de la personalidad adquirida. En defecto de inscripción, regirán las normas previstas para las sociedades colectivas o para las sociedades civiles, según si el objeto consiste en el ejercicio de una empresa o no, respectivamente (art. 39 LSC). Por tanto, la si-

tuación de irregularidad de la sociedad sujeta al concurso la somete a las especialidades concursales relativas a las sociedades cuyos socios respondan ilimitadamente de las deudas sociales. Procederá, por ejemplo, la aplicación del art. 48 *bis* 1 LC, de modo que la administración concursal podrá ejercitar acciones de responsabilidad por las deudas de la sociedad anteriores a la declaración de concurso contra los socios.

Este régimen se aplica sin género de dudas a todas las sociedades mercantiles, incluyendo, por tanto, las de titularidad pública.

La confusión sobre este particular se ha producido por la referencia que efectúa el art. 1.3 de la Ley Concursal a los *demás entes de derecho público* cuando excluye del concurso a las entidades que integran la organización territorial del Estado y a los organismos públicos.

Ciertamente es problemático decidir a qué tipo de organizaciones alude la Ley Concursal cuando se refiere a *los demás entes de derecho público*, ya que el ordenamiento administrativo no contiene un catálogo cerrado de estos, ni siquiera en el ámbito de la Administración institucional del Estado. Aunque la Exposición de Motivos de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (en adelante, LOFAGE) advierta de que la noción de organismo público *agrupa todas las Entidades de Derecho público dependientes o vinculadas a la Administración General del Estado*, ya en su propio texto prevé la existencia de otros entes de esa índole que no son organismos públicos. Asimismo la Ley General Presupuestaria alude a *entidades estatales de derecho público distintas de los organismos públicos* [art. 2.1 g) LGP].

En el contexto autonómico la disciplina se torna aun más difusa pues no hay un elenco común de entes públicos. En algunas Comunidades incluso no hay ni siquiera una tipificación concreta de este tipo de entidades, ni una disposición de carácter general que regule la materia.

A grandes rasgos la normativa autonómica sobre el particular puede dividirse en tres grandes grupos.

En el primero se incluyen las Comunidades Autónomas que han actualizado su normativa, reproduciendo, en mayor o menor medida, las previsiones de la LOFAGE. Tal es el caso, por ejemplo, de la Comunidad Autónoma de Murcia [art. 39 Ley 7/2004 de 28 de diciembre de la CA Murcia de organización y régimen jurídico de la administración pública o de Cantabria (arts. 73 a 101 Ley 6/2002 de 10 diciembre CA Cantabria de régimen jurídico del gobierno y de la administración)].

En el segundo, las que disponen de una regulación original y propia de la cuestión. Destacan entre ellas la Comunidad Autónoma de Andalucía, cuya Ley 9/2007 de 22 octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, consagra una clase genérica de organización personificada denominada entidad instrumental de la Administración de la Junta de Andalucía (art. 50), que, si es de carácter público, reviste la forma de Agencia (art. 52.1.) Las Agencias tienen personalidad jurídica pública, la consideración de Administración institucional dependiente de la Administración de la Junta de Andalucía y están dotadas de las potestades administrativas precisas para el cumplimiento de sus fines, salvo la potestad expropiatoria (arts. 52.2 y 55). Pueden ser Agencias administrativas, Agencias públicas empresariales y Agencias de régimen especial (art. 54.2).

Merece también incluirse en este grupo la disciplina de la Comunidad Autónoma catalana, incluida básicamente en el Decreto Legislativo 2/2002, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 4/1985, de 29 de marzo, del Estatuto de la Empresa Pública Catalana, cuyo artículo 1 dispone que la Ley se aplica a las entidades autónomas de la Generalidad que realizan operaciones o prestan servicios de carácter principalmente comercial, industrial o financiero y a las empresas de la Generalidad, entre las que incluye a las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia sometidas a la Generalidad, pero que deban ajustar su actividad al ordenamiento jurídico privado.

El tercer y último grupo está constituido por las Comunidades Autónomas que siguen el modelo estatal anterior a la LOFAGE, pues no han actualizado su normativa reguladora. Es el caso, por ejemplo, de la Comunidad Valenciana.

La normativa de la Comunidad Valenciana es particularmente difusa. Se encuentran alusiones a aspectos particulares de régimen jurídico en textos de variada índole, como la Ley de Hacienda Pública aprobada por Decreto Legislativo de 26 junio 1991, la Ley 14/2003 de 10 abril de patrimonio o la Ley 6/1985 de 11 de mayo, de Sindicatura de Cuentas; pero es en la primera donde se hallan más referencias a su tipología. Su art. 5.1 se refiere a las *entidades autónomas de la Generalitat Valenciana* disponiendo que pueden ser de carácter administrativo o de carácter mercantil, industrial, financiero o análogo. Una descripción que recuerda a la de los organismos autónomos estatales antes de la LOFAGE. Siendo de destacar además que en la misma Ley de Hacienda Pública son denominadas a veces como *organismos autónomos* en lugar de como *entidades autónomas* (vid, por ejemplo, los arts. 52 o 53 de la Ley de Hacienda Pública). A lo que hay que añadir que en las Leyes de creación de estos organismos se suele utilizar indistintamente la denominación de *organismo autónomo* y *entidad de Derecho Público con personalidad jurídica propia*. Sin que, por otro lado, tal calificación sea indicativa de su naturaleza y régimen jurídico pues el propio art. 5.2 de la Ley de Hacienda Pública alude a otras *entidades de derecho público sujetas a la Generalidad Valenciana, con personalidad jurídica propia y cuyas actividades se rigen por el ordenamiento jurídico privado*. Y sin que tal relación tenga carácter de *numerus clausus* ya que alguna de estas entidades públicas vienen cambiando su denominación por la de agencias, mientras que otras son calificadas como *institutos*. Todas ellas, junto con las sociedades mercantiles de la Generalitat, forman parte del sector público valenciano (art. 22 de la Ley 10/2011, de 27 de diciembre, de Presupuestos de la Generalitat para el ejercicio 2012).

Esta particular situación dificulta en gran medida decidir con seguridad a qué entes en particular se refiere la Ley Concursal. Eso no obstante, parece obvio que el adjetivo *público* impide considerar como tales a todas aquellas organizaciones constituidas con arreglo al Derecho Privado y dotadas, por ello, de personalidad jurídico-privada, con independencia de que, en ciertos aspectos, puedan estar sometidas al control público y de que formen parte, en su caso, del sector público.

En particular, sin género de dudas, gozan de ese carácter todas las sociedades en las que participe alguna administración pública, territorial o institucional, incluso aunque se trate de sociedades unipersonales públicas, ya sean civiles o mercantiles. Lo determinante a estos efectos es que su proceso de constitución y su estructura interna organizativa se ampare en normas de derecho privado y que no esté dotada de potestades administrativas.

No constituye un argumento convincente en contra de esta interpretación el hecho de que su normativa reguladora someta su extinción, además de a las normas del ordenamiento jurídico privado, a autorización administrativa [arts. 169 f) y 172 de la Ley 33/2003 de 3 noviembre 2003 de Patrimonio de las Administraciones Públicas, en adelante LPAP], como sucede, por ejemplo, con las sociedades estatales unipersonales (art. 166.2 LPAP) o con las sociedades mercantiles estatales; esto es, aquéllas en las que la participación del Estado, directa o indirecta, en su capital social sea superior al 50 por ciento [art. 166.1 c) LPAP], por varios motivos.

En primer lugar, porque, en situación de concurso, la Ley Concursal constituye Ley Especial que vincula por encima de disposiciones administrativas, previstas únicamente para situaciones en las que no se aprecie insolvencia; y, en segundo lugar, porque la previsión del art. 1.3 de la Ley Concursal constituye una excepción que, como tal, debe ser interpretada de forma restrictiva y conforme a sus propios términos. Cuando la Ley Concursal se refiere a *entes públicos* no puede pretenderse que se refiera a *entes privados*, como son sin duda

las sociedades aludidas (vid. con buen criterio, AJM nº 1 de Málaga, de 13 de abril de 2009, atendiendo en exclusiva a la personificación jurídico-privada y a la ausencia de potestades administrativas para justificar el concurso y postergando la titularidad pública del 100% del capital social al considerar, adicionalmente, que no aplicar la normativa concursal en estos casos supone un privilegio contrario a los más elementales principios y normas sobre la competencia. Vid. no obstante, AJM nº 1 de Almería, de 22 de junio de 2011, que solo admite el concurso de una sociedad local mixta por ser la administración local socio minoritario).

En cualquier caso es preciso recordar que siempre que proceda la declaración de concurso, esta podrá obviarse mediante la intervención administrativa de la empresa, que habrá de respetar las normas sobre defensa de la competencia y la disciplina en materia de ayudas públicas (art. 128.2 CE). Pero la autoridad supervisora que la hubiere acordado comunicará la resolución al juez que fuera competente para la declaración de concurso de esa entidad, procediendo la formación de una sección autónoma de calificación, sin previa declaración de concurso, de oficio, a solicitud del Ministerio Fiscal o de la autoridad administrativa (art. 174 LC).

B) ÓRGANO COMPETENTE PARA SOLICITAR EL CONCURSO

Considerando únicamente las sociedades de capital, el órgano competente para solicitar el concurso es el órgano de administración, dado que a él corresponde, de forma exclusiva y excluyente, el poder de representación de la sociedad (art. 233.1 LSC). Si la sociedad está disuelta se atribuye a los liquidadores (arts. 374.1 y 379 LSC).

El órgano de administración, o en su caso, el de liquidación, es también el competente para decidir la solicitud. Es lo que hay que deducir de las previsiones del art. 3.1 de la Ley Concursal cuando, literalmente, dispone que, si el deudor fuera persona jurídica, será com-

petente *para decidir sobre la solicitud* el órgano de administración o de liquidación, y no solo para solicitar el concurso. A esta conclusión abocan asimismo dos argumentos adicionales. En primer término, la necesaria correlación que debe existir entre poder y responsabilidad. Solo los administradores pueden ser responsabilizados ante la falta de la oportuna solicitud de concurso (arts. 5, 165, 172 y 172 bis LC), por lo que serán también los únicos que ostenten el poder de decisión en ese ámbito. En segundo lugar, la circunstancia de que, en otro caso, la disposición prevista en el art. 3.1 de la Ley Concursal resultaría totalmente superflua por cuanto la mera solicitud de concurso es ya competencia del órgano de administrador como portador exclusivo del poder de representación.

Las previsiones que efectúa la Ley de Sociedades de Capital en torno a los presupuestos de la responsabilidad de administradores por no promoción de la disolución o el concurso no son suficientes para justificar una conclusión distinta. Junto a otras consideraciones en las que ahora no es posible detenerse, hay que fijarse en que no atribuyen la competencia a la Junta: se limitan a ordenar una extraña convocatoria, pero en ningún momento aluden a que se deba adoptar un acuerdo de solicitud de concurso, al contrario de lo que hace en torno a la disolución (cfr. arts. 365 y 367 LSC).

La competencia se atribuye al órgano de administración, no a cada uno de los administradores considerados individualmente. En consecuencia, habrá que estar a la modalidad organizativa por la que haya optado la sociedad, entre las permitidas en la Ley de Sociedades de Capital y, dentro de ellas, a la atribución del poder de decisión, no al de representación. Por consiguiente, en caso de administradores mancomunados de sociedad de responsabilidad limitada, será preciso el consentimiento de todos ellos, aunque el poder de representación se haya atribuido a dos de entre más. Si la estructura organizativa es la de Consejo de Administración, la competencia compete al Consejo, que decidirá con las mayorías ordinarias. Sin embargo, se trata de una competencia

delegable en el consejero delegado o en la comisión ejecutiva ya que no está relacionada, ni directa, ni indirectamente, entre las indelegables (cfr. art. 249.2 LSC).

2. EFECTOS DEL CONCURSO

A) PRELIMINAR

Tratar de los efectos del concurso sobre las sociedades mercantiles constituye un temario no exento de dificultades por la necesidad de coordinar dos sectores legales, el Derecho de sociedades y el Derecho Concursal, que, tradicionalmente, han venido siendo tratados como compartimentos estancos y que, como es evidente, responden a finalidades y técnicas jurídicas muy distintas. Por su parte, la Ley Concursal no sienta un criterio de carácter general a partir del cual deba efectuarse la coordinación.

Eso no obstante, de la reglamentación que dicta ese texto legal, así como la propia Ley de Sociedades de Capital, es posible deducir como premisa básica que el sometimiento al concurso de la sociedad no excluye la vigencia de la normativa societaria *in totum*. La disciplina concursal es de aplicación prioritaria, lo que significa que regirán las normas societarias en toda su extensión, salvo que estén excepcionadas mediante previsiones concursales o societarias (arts. 48.1 LC y 37.2 LSC). Aplicación prioritaria quiere decir aplicación del Derecho Concursal con preferencia al Derecho de Sociedades, de modo que debe existir una norma concursal o societaria que autorice la desviación. No permite, pues, desconocer el Derecho de Sociedades de modo general a consecuencia del concurso.

B) EFECTOS DEL CONCURSO SOBRE LA SOCIEDAD

Considerando como prototipo a las sociedades de capital, al tratar de los efectos del concurso sobre la persona jurídica hay que distinguir los que provoca la declaración del concurso, los que produce la apertura de la fase

de convenio y los que ocasiona la decisión de inicio de la fase de liquidación.

En los dos primeros casos, incluyendo, por tanto, el período de fase común, la sujeción al procedimiento concursal no causa efecto alguno en la organización, que continúa como tal, con su misma personalidad jurídica, sin que avenga tampoco cambio en su objeto (arts. 361.1 LSC).

Por el contrario, la apertura de la fase de liquidación constituye causa de disolución (arts. 361.2.I LSC y vid. SAP Navarra de 15 de noviembre de 2007). Esta disolución se produce sin intervención de los órganos de la sociedad. Su declaración compete al juez del concurso, que la hará constar en la resolución de apertura de la fase de liquidación (art. 361.2 II LSC).

Ahora bien, la disolución constatada judicialmente no pone fin a la sociedad, que continúa como contrato y como persona jurídica, ni paraliza su actividad. Supone únicamente un cambio de objeto, que ya no será el ejercicio del objeto social, sino su liquidación (art. 371.2 LSC). Con ella comienza el proceso de liquidación, que se realizará conforme a lo establecido en el capítulo II del título V de la Ley Concursal, según ordena el art. 372 de la Ley de Sociedades de Capital, con postergación, por tanto, de la normativa societaria.

En consecuencia se produce una situación inversa a la que acaece en las fases anteriores del concurso. Allí rige la normativa societaria, salvo que exista previsión al efecto en la Ley concursal. Aquí, es la propia Ley societaria la que desactiva su regulación ordenando la aplicación excluyente de la normativa concursal.

En ese contexto es preciso destacar que la apertura de la fase de liquidación constituye una causa de disolución de la sociedad de pleno derecho (arts. 361.2.I LSC), lo que impide la reactivación de la sociedad por expresa disposición del art. 370.1 de la Ley de Sociedades de Capital. No es posible, a mi juicio, obviar este contundente dato legal, ni las consecuencias del mismo. En particular, obliga a considerar que la apertura de dicha fase aboca inexorablemente a la liquidación en los estric-

tos términos previstos en la Ley Concursal. Y, una vez finalizada aquella a la extinción de la sociedad, salvo que proceda la aplicación de alguna modalidad extintiva sin liquidación, lo que es muy dudoso, dados los términos en que se pronuncia el art. 372 de la Ley de Sociedades de Capital.

Ahora bien, la finalización de la liquidación no determina por sí sola la extinción de la sociedad. Es preciso que antes se dicte resolución de conclusión del concurso, que solo procederá si, junto a aquella, ha acabado también la tramitación de la sección de calificación, y, tras la emisión de informe por parte de la administración concursal en el que razone que no existen acciones viables de reintegración de la masa activa, ni de responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas, ni otros bienes o derechos del concursado (arts. 152.2 y 176.1.2º LC), no hay oposición de las partes o esta es desestimada (art. 152.3 LC).

A estos efectos es importante constatar que no impedirá la conclusión del concurso que el deudor mantenga la propiedad de bienes legalmente inembargables o desprovistos de valor de mercado o cuyo coste de realización sería manifiestamente desproporcionado respecto de su previsible valor venal (art. 152.2 LC).

Pues bien, la misma resolución que declare la conclusión del concurso acordará la extinción de la sociedad y dispondrá la cancelación de su inscripción en los registros públicos que corresponda, a cuyo efecto se expedirá mandamiento conteniendo testimonio de la resolución firme (art. 178.3 LC).

Excepcionalmente también procede la extinción de la sociedad cuando se haya acordado la conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa para el pago de los créditos contra la masa (arts. 176.1.3º, 176 bis y 178.3 LC). Las limitaciones impuestas a este trabajo impiden valorar en extenso esta disciplina. Baste decir que supone una muestra de la absoluta incomprensión por parte del legislador concursal del sistema de Derecho de Sociedades que, sin duda, producirá perturbaciones e incoherencias de calado en su aplicación.

C) EFECTOS DEL CONCURSO SOBRE LOS ÓRGANOS DE LA PERSONA JURÍDICA

a) Consideraciones introductorias

Dos son los órganos necesarios de las sociedades de capital: el órgano de administración y la junta de socios. Me referiré a los efectos que provoca el concurso en cada uno de ellos distinguiendo entre la fase común y la de convenio, frente a la fase de liquidación.

b) El órgano de administración

En la disciplina del órgano de administración se comprenden previsiones en torno a su estatuto y a sus funciones, competencias y responsabilidades.

El estatuto de los administradores incluye el régimen de nombramiento, duración, cese y retribución, principalmente (arts. 212 a 224 LSC).

En cuanto a sus funciones y competencias, al órgano de administración corresponde realizar todas aquellas actividades necesarias o convenientes, esto es, en relación instrumental, con la promoción del objeto y fin social, tanto desde la perspectiva interna —gestión—, como desde la externa —representación— (art. 209 LSC).

Gestión y representación constituyen los dos aspectos de la función administrativa que incumbe al órgano de administración, pero no se trata de actividades de naturaleza distinta, sino de dos manifestaciones de la unitaria actividad de administración. De modo que, siendo aquella conceptualmente una, se desdobra en dos sectores: la administración o gestión en sentido estricto y la representación, según en qué esfera se desenvuelva el mecanismo administrador. Si la actividad se realiza en el marco de la organización de la sociedad sin que sobrepase la esfera interna, es administración —gestión—. Si tiene trascendencia externa, respecto de terceros, en juicio o fuera de él, es representación (art. 233 LSC).

Por su parte la gestión puede ser estrictamente empresarial e interna o intrasocietaria. La primera incluye la realización de actos comprendidos en la actividad empresarial que constituye el objeto social, esto es, el ejercicio de las facultades de administrar y disponer del patrimonio empresarial. La segunda acoge los actos relativos a la organización de la sociedad en su dimensión estructural y, entre ellos, los atinentes a las relaciones interorgánicas, en particular la convocatoria de juntas (AJM n.º 7 Madrid de 29 de marzo de 2007).

Pues bien, tanto el estatuto como las competencias del órgano de administración sufren modificaciones a consecuencia del concurso. En la medida en que lo hacen de forma distinta según las fases de aquel, es conveniente distinguir entre las fases común y de convenio y la fase de liquidación.

a' Fase común y fase de convenio

En estas fases el estatuto de los administradores permanece sin variación, salvo en lo relativo a la remuneración, puesto que el juez del concurso podrá acordar la supresión del derecho a la retribución o la reducción de su importe, a la vista del contenido y la complejidad de las funciones de administración y disposición del patrimonio de la concursada (art. 48.4. LC).

En materia de competencias y funciones, en lo relativo a la representación, declarado el concurso y durante la fase de convenio, los administradores sociales continuarán con la representación de la entidad dentro del concurso (art. 48.3 I LC). Esta declaración legal se efectúa con independencia de la situación de intervención o suspensión a que esté sometida la concursada por lo que no procede distinguir. La representación se mantendrá en todo caso.

Interpretado este inciso *a sensu contrario*, los administradores pierden el ejercicio exclusivo del poder de representación de la sociedad, que queda sometido al régimen de intervención o suspensión dictado (entre más, SAP Cantabria de 28 febrero de 2008, SAP Sevilla

31 de enero de 2008, SJM Oviedo 1 de 4 de julio de 2006, SAP LA Coruña, de 13 de diciembre de 2010). Por tanto, en el ámbito del concurso existe una correlación perfecta entre poder de gestión y poder de representación, a diferencia de lo que ocurre en aplicación del Derecho de Sociedades.

Corroborar esta apreciación la previsión expresa que efectúa la Ley Concursal en torno a los apoderamientos que pudieran existir al tiempo de la declaración de concurso, disponiendo que quedarán afectados por la suspensión o intervención de las facultades patrimoniales (art. 48.3 II LC). Lo hacen asimismo las previsiones en materia de representación procesal (arts. 51 y 54 LC, y vid. SAP Valencia de 28 de septiembre de 2011).

De este régimen general se exceptiona el ejercicio de la acción contra el socio o socios personalmente responsables por las deudas de la sociedad anteriores a la declaración de concurso y el ejercicio de las acciones de responsabilidad de la persona jurídica concursada contra sus administradores, auditores o liquidadores, que, declarado el concurso, corresponderá exclusivamente a la administración concursal (art. 48 bis 1 LC y art. 48 *quáter* LC).

Especialmente debatida viene siendo la cuestión en torno a si los administradores sociales retienen sus facultades para ejercer los derechos políticos en las juntas generales de las sociedades participadas por la sociedad concursada.

Estimando que el paquete accionario que ostenta la concursada en otra sociedad ha de considerarse un activo integrado en la masa activa del concurso y que los derechos políticos forman parte del todo indisoluble que es cualquier participación societaria, resulta que tales facultades deben quedar afectadas por el régimen de intervención o suspensión (AAP de Barcelona de 17 de marzo de 2008 y AJM 7 de Madrid de 20 de julio de 2006).

Sin embargo, las disfunciones que esta solución provoca en caso de intervención aconsejan un tratamiento particular de esta cues-

tion. La reforma concursal ha atendido este requerimiento con una solución prácticamente oportuna, aunque técnicamente discutible. Dispone, en efecto, que, a solicitud de la administración concursal, el juez podrá atribuirle, siempre que se encuentren afectados los intereses patrimoniales de la persona jurídica concursada, el ejercicio de los derechos políticos que correspondan a ésta en otras entidades (art. 48.5 LC).

Conviene con todo precisar que la atribución de derechos políticos no alcanza a cosa distinta que a tal atribución, que debe entenderse, obviamente, con sujeción al régimen societario. En particular la atribución de derechos políticos no es sinónimo del poder para separar y nombrar a los administradores de la sociedad participada (así no obstante, AJM 7 de Madrid de 20 de julio de 2006). Con esa equiparación se está atribuyendo a la administración concursal no la representación de la sociedad concursada en la junta de sus filiales, sino las competencias de la junta de las participadas. La separación y el nombramiento de los administradores es competencia de la junta general, salvo las excepciones previstas en caso de cooptación. Cuestión distinta es que el porcentaje de votos que se tenga permita conseguir un acuerdo de la junta sobre la separación y el nombramiento de administradores, pero la decisión obedece al acuerdo de la junta, no a la designación directa por parte del administrador concursal. La cuestión no es baladí porque afecta al régimen jurídico de impugnación de la decisión.

A consecuencia de ello, la administración concursal no podrá ejercitar en la sociedad participada actos distintos del ejercicio de esos derechos políticos. En particular no está habilitada para solicitar el concurso necesario de la sociedad dominada. El art. 3.1 LC dispone que la competencia para decidir sobre la solicitud de concurso corresponde al órgano de administración o de liquidación de la persona jurídica, no al socio mayoritario por sí mismo (AAP de Barcelona de 17 de marzo de 2008).

En materia de gestión empresarial, que comprende las facultades relativas a la admi-

nistración y disposición sobre los bienes, derechos y obligaciones que hayan de integrarse en el concurso (arts. 40.6 LC, 48.1, 48.3 II LC), los administradores conservan en todo caso su titularidad (art. 40.1 y 2 LC).

Su ejercicio, sin embargo, se ve afectado por el concurso en distinta forma, según se trate de facultades de mera administración o de disposición y según hayan sido sometidas a mera intervención o a suspensión.

De acordarse la intervención, el órgano de administración retiene el ejercicio de las facultades de administración, pero con la supervisión de la administración concursal, a quien corresponderá autorizar o confirmar dichos actos de administración (arts. 40.1 y 48.3 II LC).

La confirmación puede ser expresa o tácita. Esta última se estimará concurrente cuando caduque la acción de anulación sin ser ejercitada por la administración concursal. Entretanto, los referidos actos no podrán ser inscritos en registros públicos (art. 40.7 LC).

Por el contrario, en caso de suspensión, el órgano de administración pierde temporalmente el ejercicio de dichas facultades de administración, siendo encomendado a los administradores concursales, quienes, por tanto, sustituyen a los administradores en ese concreto ámbito (arts. 40.2 y 48.3 II LC).

Como principio general, las facultades de disposición sobre los bienes y derechos que integran la masa activa están en todo caso suspendidas, ya sea en el régimen de intervención, como en el de suspensión. Y tampoco están atribuidas a la administración concursal. Su ejercicio exige autorización del juez (arts. 43.2 y 155. 3 y 4 LC).

Como excepción, no obstante, podrán realizarse actos de disposición con sujeción al sistema de intervención o suspensión en tres casos.

En primer lugar, cuando se trate de actos de disposición que la administración concursal considere indispensables para garantizar la viabilidad de la empresa o las necesidades de tesorería que exija la continuidad del con-

curso. En esta hipótesis deberán comunicarse inmediatamente al juez del concurso los actos realizados, acompañando la justificación de su necesidad (art. 43.3.1º LC).

En segundo lugar, si se trata de actos de disposición de bienes que no sean necesarios para la continuidad de la actividad, cuando se presenten ofertas que coincidan sustancialmente con el valor que se les haya dado en el inventario. Se entenderá que esa coincidencia es sustancial si, en el caso de inmuebles, la diferencia es inferior a un diez por ciento, y, en el caso de muebles, de un veinte por ciento, y no constare oferta superior. En este supuesto, la administración concursal deberá comunicar inmediatamente al juez del concurso la oferta recibida y la justificación del carácter no necesario de los bienes. La oferta presentada quedará aprobada si en plazo de diez días no se presenta una superior (art. 43.3.2º LC).

Finalmente, es posible realizar actos de disposición siempre que sean inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial de la sociedad (arts. 43.3 LC). En este caso, la sujeción al régimen general de intervención o suspensión es plena, de modo que no se requiere comunicación al juez (art. 44 LC). Solo se precisa que, en la hipótesis de intervención, con el fin de facilitar la continuación de la actividad profesional o empresarial de la sociedad concursada, la administración concursal podrá determinar los actos u operaciones propios del giro o tráfico de aquella actividad que, por razón de su naturaleza o cuantía, quedan autorizados con carácter general (art. 44.2 I LC). Asimismo, hasta la aceptación de los administradores concursales los administradores sociales podrán realizar los actos propios del objeto social que sean imprescindibles para la continuación de su actividad, siempre que se ajusten a las condiciones normales del mercado (art. 44.2 II LC).

En resumen, parece obvio que los preceptos anteriores solo comprenden provisiones en torno a las facultades de administración y disposición del patrimonio empresarial incluido en la masa activa del concurso, esto es, según las categorías societarias, a la denominada gestión

empresarial, y no, por tanto, a otras competencias que las leyes societarias atribuyen a los administradores sociales, ni, en particular, a la gestión interna o intrasocietaria. Hay que recordar que la situación de concurso no permite desconocer la vigencia de las leyes societarias. Su única consecuencia se resuelve en otorgar primacía a las disposiciones concursales sobre las societarias, lo que, con evidencia, exige una disposición concursal. En ausencia de ella, rige el ordenamiento societario (En este sentido, SAP Madrid, de 16 de febrero de 2009. En contra, AJM 7 de Madrid, de 29 de marzo de 2007, RDGRN de 1 de febrero de 2008).

Por consiguiente, en ausencia de disposición concursal que ordene otra cosa, los administradores sociales retienen, por ejemplo, la competencia para presidir la junta de socios, si así se prevé en los estatutos sociales o en la normativa societaria y son los únicos legitimados para convocar la junta de socios, sea cual sea el régimen de limitación patrimonial (En este sentido, SAP Madrid, de 16 de febrero de 2009. En contra, AJM 7 de Madrid, de 29 de marzo de 2007, RDGRN de 1 de febrero de 2008).

La reforma concursal operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, corrobora esta interpretación cuando dispone que la administración concursal deberá ser convocada en la misma forma y con la misma antelación que los integrantes del órgano que ha de reunirse. Es obvio, por tanto, que la Ley la señala como sujeto pasivo de la convocatoria, lo que parece incompatible con considerarla legitimada activamente para efectuarla (art. 48.2 I LC).

Únicamente cuando exista una previsión expresa es posible excluir este régimen. En particular, la Ley Concursal prevé tres excepciones principales.

En primer lugar, el deber de convocatoria de la junta o asamblea de socios que la Ley Concursal impone a la administración concursal cuando, a consecuencia de la inhabilitación impuesta en la sentencia de calificación culpable del concurso, los administradores sociales cesen en sus cargos, con el solo objeto de que

se proceda al nombramiento de quienes hayan de cubrir las vacantes de los inhabilitados (art. 173 LC).

Si bien se trata de una prescripción de difícil comprensión puesto que comprende la sentencia de calificación dictada tras la aprobación de un convenio (art. 167.1 LC). Y la eficacia del convenio provoca el cese de todos los efectos de la declaración de concurso, y, entre ellos, el de la administración concursal (arts. 133.2 y 3 y 145.1 II LC), salvo las excepciones expresamente previstas en la Ley Concursal, que únicamente concede legitimación a la administración concursal para continuar los incidentes en curso, así como para actuar en la sección sexta, pero en este caso solo hasta que recaiga sentencia firme (art. 133.3 LC). Por consiguiente, el art. 173 de la Ley Concursal supone una antinomia del sistema que debe resolverse en contra de su vigencia, ya que las excepciones previstas en el art. 133.3 de la Ley Concursal proceden de Ley posterior, la Ley 38/2011, de 10 de octubre. En consecuencia, estas situaciones de acefalia deben resolverse con los remedios que prevé el Derecho de Sociedades.

En segundo término, durante la tramitación del concurso, la reclamación de desembolsos pendientes corresponderá exclusivamente a la administración concursal, que podrá efectuarla en el momento y cuantía que estime conveniente, cualquiera que sea el plazo fijado en la escritura o en los estatutos; así como la de las prestaciones accesorias pendientes de cumplimiento (art. 48 bis 2 LC).

Por último, en lo atinente a las cuentas anuales de la sociedad, su formulación y sometimiento a auditoría, en caso de intervención, seguirán constituyendo obligación legal de los administradores sociales, pero bajo la supervisión de los administradores concursales (art. 46.1 I LC).

En la hipótesis de suspensión, la obligación legal de formular y de someter a auditoría las cuentas anuales corresponde a los administradores concursales (art. 46.3 LC).

Al respecto de la formulación de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio anterior

a la declaración de concurso, la eventual contradicción que se advierte entre las previsiones del art. 75.1.2º II de la Ley Concursal, cuando ordena su formulación por la administración concursal, y el art. 46.1 II del mismo texto legal, que confiere a esta última la facultad de autorizar a los administradores del deudor concursado a cumplir su obligación legal de formular dichas cuentas anuales con retraso, siempre que no exceda del mes siguiente a la presentación del inventario y de la lista de acreedores, ha de resolverse a favor de este último. Se trata de una norma posterior, ya que ha sido introducida por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, de donde procede la primera. En consecuencia, los administradores concursales podrán; o bien, formular por sí mismos dichas cuentas; o bien, instar a los administradores sociales a su formulación en las condiciones previstas en el art. 46.1 II de la Ley Concursal.

Por otra parte, la declaración de concurso impone a los administradores, liquidadores y apoderados de la persona jurídica y a quienes hayan desempeñado estos cargos dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso, los deberes adicionales de comparecer personalmente ante el juzgado de lo mercantil y ante la administración concursal cuantas veces sean requeridos y el de colaborar e informar en todo lo necesario o conveniente para el interés del concurso (arts. 42 y 165.2º LC).

Finalmente cabe destacar que la eficacia del convenio provoca el cese de todos los efectos de la declaración de concurso, y, entre ellos, el de la administración concursal (arts. 133.2 y 3 y 145.1 II LC). Consiguientemente, los administradores sociales recuperan desde ese momento la plenitud de sus facultades y derechos —incluyendo, en su caso, el relativo a la remuneración—, salvo las excepciones expresamente previstas en la Ley Concursal.

Se trata, en primer lugar, de las funciones que retiene la administración concursal, a pesar de su cese. Esta conserva plena legitimación para continuar los incidentes en curso, pudiendo solicitar la ejecución de las senten-

cias y autos que se dicten en ellos, hasta que sean firmes, así como para actuar en la sección sexta hasta que recaiga sentencia firme (art. 133.3 LC).

En segundo término, las que derivan de la sentencia de calificación del concurso. La sentencia que califique el concurso como culpable ordenará de manera imperativa la inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a quince años, así como para representar a cualquier persona durante el mismo período, atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio, así como la declaración culpable en otros concursos. En caso de persona jurídica, podrán ser considerados personas afectadas por la calificación los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, apoderados generales, y quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso.

Eso no obstante, como excepción aplicable únicamente en caso de convenio, la sentencia de calificación podrá autorizar al inhabilitado a continuar como administrador de la sociedad concursada, a solicitud de la administración concursal (art. 172.2.1º y 2º LC).

Por último, conviene tener en cuenta que la LC habilita al convenio para establecer medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades de administración y disposición de los administradores sociales, cuya infracción constituirá incumplimiento del convenio (arts. 133.2 y 137.1 LC). Además, el convenio podrá encomendar a todos o a alguno de los administradores concursales el ejercicio de cualesquiera funciones, fijando la remuneración que se considere oportuna. Estas medidas requieren el previo consentimiento de los interesados, puesto que se les encomiendan no como administradores concursales, sino por decisión convencional (art. 133.4 LC).

Todo ello, no obstante, se entiende sin perjuicio de los deberes colaboración e información establecidos en el art. 42 de la Ley Con-

cursal, que subsistirán hasta la conclusión del procedimiento (art. 133.2 I LC).

b' Fase de liquidación

Según se indicó con anterioridad la apertura de la fase de liquidación constituye causa de disolución de pleno derecho (arts. 361.2.I LSC), que se produce sin intervención de los órganos de la sociedad. Su declaración compete al juez del concurso, que la hará constar en la resolución de apertura de la fase de liquidación (art. 361.2 II LSC).

Ahora bien, la disolución no pone fin a la sociedad, que continúa como contrato y como persona jurídica, ni paraliza su actividad. Supone únicamente un cambio de objeto, que ya no será el ejercicio del objeto social, sino su liquidación (art. 371.2 LSC). Con ella comienza el proceso de liquidación, que se realizará conforme a lo establecido en el capítulo II del título V de la Ley Concursal (art. 372 LSC), con postergación, por tanto, de la normativa societaria en las cuestiones previstas por esa Ley y por la propia Ley de Sociedades de Capital.

Pues bien, a tenor de la Ley Concursal, la resolución judicial que abra la fase de liquidación contendrá en todo caso el cese de los administradores o liquidadores, que serán sustituidos por la administración concursal (arts. 48.1 y 145.3 LC). Y, en aplicación de la Ley de Sociedades de Capital, no se procederá al nombramiento de liquidadores (art. 376.2 LSC).

No obstante, la LC tiene en cuenta que sociedad disuelta no es sociedad extinguida, sino sociedad en la que concurre una causa de disolución que desencadena el proceso de liquidación. Durante este período la sociedad sigue existiendo y debe poder mostrar su voluntad en los aspectos que la afecten, lo que no está en condiciones de hacer si es privada de su órgano de representación. Esta situación resulta inconciliable con su derecho de defensa y provoca antinomias con los preceptos de la propia Ley Concursal. Sólo hay que advertir cómo, por ejemplo, al tratar de las observaciones o

propuestas de modificación al plan de liquidación formado por la administración concursal, se habilita al *deudor* a que las formule (art. 148.2 LC); *deudor* que, en caso de sociedad, sólo puede actuar a través de su órgano de administración o liquidación, pues en él recae el poder de representación de una sociedad en liquidación.

Junto a ello han de tenerse en cuenta los incidentes en que sea parte la sociedad y su necesaria intervención en la sección de calificación. El cese de los administradores no puede suponer la desaparición de la capacidad procesal que hasta entonces se reconocía a la concursada, a quien se debe consentir que mantenga su propia voz en el proceso, que no puede ser suplida ni silenciada por un órgano concursal, obligado, además, a defender intereses que pueden entrar en conflicto con los de aquella y sus administradores. Lo contrario implicaría indefensión y vulneraría el artículo 24 de la CE. Por estos motivos, los administradores o liquidadores continuarán en la representación de la concursada en el procedimiento y en los incidentes en los que sea parte (art. 145.3 LC. Y vid. AJM nº 4 Madrid de 28 de septiembre de 2005 y AJM nº 1 Sevilla de 1 de junio de 2007).

Aparentemente, la Ley Concursal deja en la sombra otros aspectos relevantes cuando dispone que la situación del concursado durante la fase de liquidación será la de suspensión del ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, con todos los efectos establecidos para ella en el título III de la Ley Concursal (art. 145.1 LC), salvo los que se opongan a las normas específicas dictadas en materia de liquidación (art. 147 LC).

Se trata, con todo, de una mera apariencia que, me atrevo a decir, esconde una inclinación decidida por el legislador, no una falta de coordinación. En particular afecta a las competencias relativas a la gestión intrasocietaria y, más en especial, a la facultad de convocatoria de la junta de socios. Sin género de dudas los administradores sociales la pierden, ya que están cesados (arts. 48.1 y 145.3 LC), sin posibilidad de ejercer otras funciones que las relacio-

nadas con carácter taxativo en el art. 143.3 de la Ley Concursal, entre las que, con evidencia, no se incluyen estas. Pero tampoco es posible atribuirles a la administración concursal ya que no solo no hay norma alguna que permita fundamentar tal conclusión, sino que, además, todo el sistema aboca a la solución contraria. En particular, porque la suspensión solo afecta a las facultades de administrar y disponer de los bienes que constituyen la masa activa del concurso, esto es, a la gestión empresarial, no al resto de competencias de los administradores sociales, que estos últimos retienen en la fase común y de convenio, salvo las excepciones concretas que la Ley Concursal regula en contraposición con la normativa societaria, que, en este caso, no formula. Ni allí, ni aquí. Por tanto, la convocatoria de la junta no podrá efectuarse ni por los administradores sociales, ni por los concursales.

c) La junta de socios

Al igual que ocurre con el órgano de administración, la declaración de concurso desplaza la normativa societaria sobre la junta de socios en los aspectos regulados por la Ley Concursal, dada la preferencia que este texto legal atribuye a sus disposiciones sobre las incluidas en aquella (art. 48.1 LC). Por tanto, la junta mantiene sus competencias y permanece sujeta al régimen societario de funcionamiento, incluyendo los derechos que atribuye a los socios, salvo previsión en contra de la Ley Concursal o de la propia legislación societaria.

Como en el caso de los administradores tomaré como modelo de la exposición la junta de las sociedades de capital al objeto de exponer las principales modificaciones de su régimen en situación concursal, que, por tanto, requerirán las pertinentes adaptaciones en otro tipo de sociedades mercantiles.

Dichas modificaciones difieren según la fase del concurso, por lo que me referiré, de un lado, a la fase común y de convenio y, de otro, a la fase de liquidación.

a' Fase común y fase de convenio

En la disciplina de la junta de socios en el contexto concursal cabe distinguir dos aspectos básicos. Por una parte, su competencia; por otra, su régimen de funcionamiento.

Al respecto del primero ha de tenerse en cuenta que la junta de socios es un órgano no permanente, de carácter deliberante, que carece de funciones ejecutivas y representativas (art. 233.1 LSC). Además, su capacidad de decisión no es universal, sino que queda limitada a los asuntos de su competencia incluidos en el pertinente orden del día (art. 159.1 LSC).

La Ley de Sociedades de Capital relaciona expresamente alguno de ellos (art. 160 LSC). A grandes rasgos se trata de las cuestiones de mayor trascendencia jurídica y económica para la sociedad —que, básicamente, coinciden con la alteración de los estatutos y las modificaciones estructurales—, de la designación y destitución de los miembros del órgano de administración y del control de su actuación, que efectúa de forma periódica al pronunciarse anualmente acerca de la aprobación de las cuentas anuales y de la gestión de aquellos.

Fuera de estos y otros previstos expresamente en la Ley, pueden reconocérsele ciertas competencias en materia de gestión que, en principio, corresponde al órgano de administración (arts. 161, 209 y 236 LSC).

En lo atinente a su régimen de funcionamiento cabe destacar que la junta está formada por los socios que ostentan derecho de asistencia, quienes expresan la voluntad de la sociedad mediante acuerdos adoptados por mayoría. Por este motivo sus acuerdos vinculan a todos los socios, incluso a los disidentes y a los que no hayan participado en la reunión (art. 159.2 LSC).

Pues bien, ese mismo dato es el que informa el régimen jurídico de su funcionamiento. En efecto, para que la voluntad mayor se identifique con la única voluntad de la sociedad, la Ley de Sociedades de Capital somete el proceso de adopción de los acuerdos a una serie de requisitos que tienen por objeto ga-

rantizar esa identificación. Tales requisitos son la convocatoria, el “*quórum*” de constitución en caso de sociedad anónima, la deliberación y la adopción del acuerdo por las mayorías predeterminadas, junto al respeto de los derechos concedidos a los socios, tales como el de asistencia, representación, voto, información e impugnación de acuerdos.

Ambos aspectos sufren modificaciones tras la declaración de concurso.

En materia de competencia, la Ley Concursal pretende sentar una regla de general aplicación cuando dispone que todos los acuerdos que puedan tener contenido patrimonial o relevancia directa para el concurso requerirán, para su eficacia, de la autorización o confirmación de la administración concursal (art. 48.2 II LC).

El objeto del control se define de manera deliberadamente amplia para incluir no solo los acuerdos cuyo contenido sea patrimonial, sino también otros que, aun careciendo de él, puedan tener relevancia para el concurso. El hecho no obstante de que se exija que la relevancia sea directa puede suscitar problemas interpretativos que bien podían haberse soslayado prescindiendo del calificativo. Por ejemplo, un cambio de domicilio, de denominación o de administradores tiene relevancia para el concurso, pero hasta qué punto dicha relevancia sea directa será difícil de precisar.

De otro lado, considerando que la Ley Concursal puede haber utilizado con pulcritud las categorías jurídicas, la sujeción a la autorización como requisito, únicamente, de eficacia del acuerdo, pero no de validez, permite afirmar que el acuerdo adoptado es válido, pero no produce efecto alguno hasta que no concurra la mencionada autorización que, en los términos de la Ley Concursal, puede ser anterior (autorización) o posterior (confirmación) a su adopción.

Con todo, aquel propósito no impide que dicha regla no resulte aplicable en todo caso. Resulta excepcionada en particular cuando se trate de acuerdos con aquel contenido que formen parte de una propuesta de Convenio.

En estos casos prevalece la disciplina relativa a la formación del Convenio, lo que elimina la necesidad de autorización por parte de la administración concursal. Serían, entre otros, las ofertas de conversión del crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales, que normalmente requerirán un acuerdo de aumento de capital (art. 100.2 I LC), las proposiciones de enajenación 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 (art. 100.2 II LC) y todos los supuestos de modificaciones estructurales, tanto aquellas a las que alude la propia Ley Concursal, esto es, la fusión, la escisión, incluyendo la segregación, o la cesión global de activo y pasivo (art. 100.3 LC), como aquellas otras que no menciona, en particular la transformación. Naturalmente, la eficacia de estas operaciones exigirá el respeto a las previsiones de la Ley Concursal en materia de Convenio y las especificaciones previstas en la Ley de Modificaciones Estructurales, lo que no deja de suscitar variadas cuestiones en las que ahora no es posible detenerse.

Por otro lado, la regla no admite una interpretación general *a sensu contrario*. Esto es, no implica que todos los acuerdos que puedan tener contenido patrimonial o relevancia directa para el concurso tengan eficacia contando únicamente con la autorización o confirmación de la administración concursal (art. 48.2 II LC). En este ámbito la norma debe interpretarse en conjunción con las competencias atribuidas a la administración concursal, de modo que el acuerdo carecerá de eficacia, a pesar de su autorización, si la Ley Concursal requiere requisitos adicionales. Sustancialmente, la autorización judicial (arts. 40, 43 a 44, 155. 3 y 4 LC).

La junta retiene asimismo la competencia para la aprobación de las cuentas anuales, con independencia de la situación de suspensión o intervención a que esté sometida la administración social. Según se ha indicado en un epígrafe anterior, en la hipótesis de suspensión la formulación corresponde a la administra-

ción concursal, mientras que en el supuesto de intervención, se atribuye a la administración social con la supervisión de la administración concursal; pero, en ambos casos, la junta tendrá que pronunciarse sobre la aprobación de las cuentas (art. 46 LC). Una previsión ciertamente perturbadora.

Sin embargo, pierde la competencia para exigir responsabilidad social a los administradores, ya que la legitimación activa para el ejercicio de este tipo de acciones se atribuye en exclusiva a la administración concursal (art. 48 *quáter* LC).

Asimismo, a petición fundada de la administración concursal, el juez del concurso podrá acordar la revocación del nombramiento del auditor de cuentas de la persona jurídica deudora y el nombramiento de otro para la verificación de las cuentas anuales (art. 46.2 LC) y eliminar o reducir la retribución de los administradores (art. 48.4 LC).

En el régimen jurídico de funcionamiento de la junta las modificaciones que impone el concurso se refieren a la atribución a la administración concursal del derecho de asistencia y de voz. A estos efectos, deberá ser convocada en la misma forma y con la misma antelación que los socios. Por otra parte, la constitución de la junta con el carácter de universal no será válida sin la concurrencia de la administración concursal (art. 48.2 LC).

En todos los casos se trata de requisitos impuestos por Ley imperativa para la validez de la junta, por lo que su contravención origina la nulidad de los acuerdos sociales adoptados (art. 204.2 LSC).

b' Fase de liquidación

Abierta la fase de liquidación, la situación es opuesta a la que se produce en las dos anteriores. La junta pierde todas sus competencias en la medida en que afecten al ámbito patrimonial. Es obligado concluir en este sentido en atención a la naturaleza de la causa de disolución que imponen, tanto la Ley Concursal, como la Ley de Sociedades de Capital y

las previsiones contenidas en ambas sobre la disciplina aplicable al proceso de liquidación.

Según se ha indicado con anterioridad, la apertura de la fase de liquidación constituye una causa de disolución de la sociedad, que se produce sin intervención de la junta de socios. Su declaración compete al juez del concurso, que la hará constar en la resolución de apertura de la fase de liquidación (art. 361.2 II LSC).

Es una causa de disolución de pleno derecho (arts. 361.2.I LSC), que impide la reactivación de la sociedad (art. 370.1 LSC) y que, por tanto, aboca inexorablemente a su liquidación, que, además, se realizará conforme a lo establecido en el capítulo II del título V de la Ley Concursal, por imposición del art. 372 de la Ley de Sociedades de Capital y de los arts. 142 a 162 LC. Resulta bien claro que en este sistema no hay espacio para decisiones de la junta de socios. La sociedad solo puede liquidarse y la liquidación solo puede hacerse conforme a lo previsto en la Ley Concursal, en la que no hay una mínima referencia a competencia alguna de la junta de socios, que, siendo inútil, resultaría además altamente perturbadora.

La remisión genérica que efectúa el art. 145.1 LC no constituye un obstáculo a esta conclusión. Por el contrario supone un argumento a favor de la misma, sea cual sea el contenido que se atribuya a la referencia que efectúa al *concurtido*. El precepto dispone que la situación del concursado durante la fase de liquidación será la de suspensión del ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, con todos los efectos establecidos para ella en el título III de la Ley Concursal, lo que implica que dichas facultades se atribuyen *in totum* a la administración concursal.

En puridad, el concursado es la sociedad; por lo que la suspensión ordenada afectaría a la sociedad misma y, por ende, a todos sus órganos, entre los que sin duda se incluye la junta de socios. Esta interpretación vendría corroborada por el art. 145.3 LC cuando dispone que la resolución judicial que abra la fase de liquidación contendrá, en todo caso, el cese de los administradores o liquidadores, que serán

sustituídos por la administración concursal, porque, si se considerara que la suspensión a que alude el art. 145.1 LC únicamente afecta a las facultades de administración y disposición propias del órgano de administración el 145.3 LC resultaría redundante cuando no contradictorio con el primero, ya que, no solo sucede que las facultades del órgano de administración social se trasladan a la administración concursal, sino que los administradores sociales son cesados.

Pero, aunque la suspensión se entendiera restringida a las facultades propias del órgano de administración, la conclusión no sería distinta. En este caso, el repetido art. 145.1 LC no introduciría precisión alguna sobre la junta de socios, de modo que su régimen jurídico tendría que encontrarse en el sistema de remisiones que efectúan la Ley Concursal y la Ley de Sociedades de Capital.

La primera priva de su primera competencia a la junta, esto es, de la facultad de nombrar y revocar a los administradores o liquidadores cuando impone su cese por mandato judicial.

La segunda suprime la competencia de la junta general para aprobar las cuentas anuales por cuanto, por un lado, atribuye dicha competencia en el art. 388 de la Ley de Sociedades de Capital, y, por otro, ordena la inaplicación de tal precepto cuando se trata de la liquidación concursal, cuando, en el art. 372 del mismo texto legal dispone que esta no se rige por la Ley de Sociedades de Capital, sino por la Ley concursal. Igualmente, por idénticos motivos, elimina cualquier facultad de aquella en relación con las operaciones de liquidación y el destino del activo, esta vez en relación con el art. 390 de la Ley de Sociedades de Capital.

Aquel mismo precepto en conjunción con las disposiciones de la Ley Concursal en materia de liquidación obligan a considerar que la sociedad debe liquidarse de manera inexorable hasta su extinción y ha de hacerlo precisamente en la forma prevista en la Ley Concursal, lo que, por tanto, priva de competencias a la junta sobre toda modificación estatutaria o es-

tructural que suponga una desviación de ese programa imperativo.

No es un argumento convincente en contra el hecho de que la remisión que efectúa el tan repetido art. 372 de la Ley de Sociedades de Capital al capítulo II del título V de la Ley Concursal comprenda los arts. 145.1 y 147 de la Ley Concursal. Una lectura improvisada de los mismos podría inducir a considerar que obligan a aplicar el art. 46.3 o el art. 48.2 II de la Ley Concursal, y que este permite que la junta adopte acuerdos de contenido patrimonial o relevancia directa para el concurso. Pero un análisis más atento revela que esa hipotética conclusión carece de fundamento. Primero, porque tales preceptos se limitan a conservar las competencias de la junta en esos ámbitos, lo que supone su previa existencia, y esto no ocurre en la fase de liquidación. Segundo, porque la remisión que efectúa el art. 147 de la Ley Concursal a esas normas no es ilimitada. Solo se mantiene en cuanto las disposiciones a las que se reenvía no se opongan a las previstas para la fase de liquidación. Y, en este caso, tanto el art. 46.3, como el art. 48.2 II contrarían estas últimas.

La orientación que se deduce de las consideraciones anteriores resulta además coherente con la ordenación de las facultades de convocatoria de la junta en la fase de liquidación a que se aludió en un epígrafe anterior. Se entiende, en efecto, que los administradores concursales y sociales estén privados de la competencia para convocar la junta porque esta ha perdido sus competencias esenciales. Y, desde luego, no tienen el deber de convocar una junta ordinaria que no puede aprobar las cuentas anuales, ni designar o revocar administradores, ni censurar la gestión de la administración concursal. Esta censura se sustituye en la Ley Concursal por la separación que puede acordar el juez y por las acciones de responsabilidad.

En esa misma medida se entiende, por último que, en contra de lo previsto en el art. 46.3 de la Ley Concursal, la administración concursal no deba formular unas cuentas anuales que la junta no puede aprobar. Dicho precepto es incompatible con las disposiciones que re-

gulan la fase de liquidación, ya que el único sentido de la formulación es su sometimiento a la junta de socios, que aquí está proscrita. El derecho de información de los socios concedido por la Ley de Sociedades de Capital se desactiva sustituido por el de información de los

acreedores y terceros en los términos previstos por la Ley Concursal. En particular, se arbitra a partir de los informes trimestrales sobre la liquidación, que los administradores concursales están obligados a confeccionar.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

BELTRÁN, “La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales”, en Rojo-Beltrán (Dir.): *La responsabilidad de los administradores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

ESTEBAN VELASCO, “La acción individual de responsabilidad”, en Rojo-Beltrán (Dir.): *La responsabilidad de los administradores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

GALLEGO SÁNCHEZ (Coord.), *Ley Concursal. Comentarios, jurisprudencia y formularios*, Madrid, La Ley, 2005.

MORILLAS JARILLO: *El concurso de sociedades*, Madrid, Iustel, 2004.

ROJO-BELTRÁN (Dir.): *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, Civitas, 2004.

Fecha recepción: 18/07/2012

Fecha aceptación: 05/11/2012