

GAY CANO
&
PALACÍN RAMOS
Abogados

JORNADAS SOBRE DERECHO CONCURSAL

REAL E ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE ZARAGOZA
DICIEMBRE 2007

**«EL CAMBIO DE RÉGIMEN DE
INTERVENCIÓN A SUSPENSIÓN. SU
SOLICITUD POR LA ADMINISTRACIÓN
CONCURSAL»**

Carmen Gay Cano
Abogado

JORNADAS SOBRE LA LEY CONCURSAL

REAL E ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE ZARAGOZA
DICIEMBRE 2007

I.- APROXIMACIÓN AL MARCO JURÍDICO ESTABLECIDO EN LA LEY CONCURSAL.

- El régimen de intervención o suspensión de las facultades de gestión del deudor como elemento esencial del auto de declaración del concurso.
- Regla general: mera intervención en el caso de concurso voluntario y suspensión en el supuesto de concurso necesario.
- Flexibilidad judicial en la modificación del régimen de facultades, mediante resolución motivada en atención a los «riesgos» y «ventajas» para el concurso.
- Ámbito: *«facultades de administración y disposición sobre los bienes, derechos y obligaciones que hayan de integrarse en el concurso.»*
- Supuestos prácticos: análisis de las pautas y criterios establecidos en resoluciones judiciales.

**II.- MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE GESTIÓN MEDIDAS A
SOLICITUD DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL.**

- Análisis del art. 40.6 LC.
- Solicitud por la administración concursal. Opción de que el propio Juez o terceros interesados insten a la administración judicial a que formule la solicitud.
- Audiencia del concursado.
- Auto inmediatamente ejecutivo, sin perjuicio de ser recurrible en reposición.
- Publicidad de la modificación del régimen de facultades del concursado.
- Supuestos prácticos.
- Excepciones al régimen legal: apertura de la liquidación, aprobación del convenio y el supuesto especial de la herencia yacente.

III.- CONTENIDO DE LAS FACULTADES DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL EN EL ÁMBITO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. POSIBLES COLISIONES ENTRE EL DERECHO CONCURSAL Y EL SOCIETARIO.

- El principio de mantenimiento de los órganos societarios: Junta y órgano de administración.
- Derecho/deber de asistencia, con voz pero sin voto, de la administración concursal a las sesiones de órganos colegiados.
- Facultades patrimoniales y facultades «societarias».
- Menciones legales: llevanza de libros societarios, formulación de cuentas, auditoría y solicitud de desembolso de dividendos pasivos.
- Otros supuestos no regulados: convocatoria de Juntas, certificación de acuerdos, emisión de informes societarios, etc.
- Posibles conflictos como consecuencia de la duplicidad de órganos.
- Derechos/deberes de los administradores: gestión, retribución, etc.

JORNADAS SOBRE LA LEY CONCURSAL

REAL E ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE ZARAGOZA

I.- APROXIMACIÓN AL MARCO JURÍDICO ESTABLECIDO EN LA LEY CONCURSAL.

El Título II de la Ley Concursal, (en adelante, «LC»), en concreto los arts. 26 y siguientes, se dedica íntegramente a la Administración concursal, institución fundamental del concurso.

Tan pronto se declara el concurso, el Juez debe proceder a la formación de la Sección Segunda que comprende todo lo relativo al *«nombramiento y estatuto de los administradores concursales, así como a la determinación de sus facultades»* (art. 26 LC).

El régimen de ejercicio por el concursado de las facultades de administración y disposición constituye pues, **contenido esencial del auto de declaración del concurso** (art. 21.1. 2ª LC).

Al analizar esta cuestión, no puede soslayarse que la nueva Ley se asienta en el principio de **continuidad y conservación de la empresa concursada**, principio que impregna el nuevo sistema legal de administración.

Por ello, como señala la Exposición de Motivos, las limitaciones a las facultades patrimoniales del deudor concursado no pueden entenderse como una sanción al concursado, si no **una medida más de protección del patrimonio del concurso y, por tanto, de la empresa**. Se suprimen totalmente los efectos represivos del concurso.

Puede decirse que la nueva Ley establece una **regla general**: en el **concurso voluntario** el deudor se ve sometido a la **mera intervención**, mientras que **en el concurso necesario** se ve sustituido por la administración concursal en las **facultades de disposición y gestión**, (arts. 22 y 40.1 LC).

Este régimen legal pretende ser un «incentivo» para el deudor propiciando que acuda a solicitar el concurso tan pronto se manifieste, ya que en tal caso la situación económico-patrimonial se supone que no estará tan deteriorada.

En efecto, en el **concurso voluntario el deudor conserva las facultades de administración y disposición del patrimonio concursal**, quedando únicamente «*sometido el ejercicio de éstas a la **intervención** de los administradores concursales mediante su **autorización o conformidad***» (art. 40.1 LC).

La «**autorización o conformidad**» supone, jurídicamente, una declaración de voluntad de la administración concursal que permite al concursado ejercitar determinadas facultades de administración y

disposición, en su caso, con las condiciones o limitaciones que considere necesarias la administración concursal.

El concursado, ante una negativa injustificada de la administración concursal a dar la autorización o conformidad a un determinado acto, puede solicitar al juez la separación de los administradores concursales (art. 37) o, en su caso, ejercitar acciones de responsabilidad (art. 36).

En el **concurso necesario**, sin embargo, **se suspende el ejercicio de las facultades de gestión** del administrador, «*siendo sustituido por los administradores concursales*», (art. 40.2 LC).

Ahora bien, como señala la Ley, «*la intervención y la suspensión se referirá a las facultades de administración y disposición **sobre los bienes, derechos y obligaciones que hayan de integrarse en el concurso** (...)*», (art. 40.6 LC), quedan, por tanto, excluidas las facultades no patrimoniales, los actos personalísimos o las que, teniendo contenido patrimonial, se refieren al patrimonio personal no afecto al concurso.

La nueva normativa concursal abandona, definitivamente, la idea de que el concursado privado de las facultades de gestión era una suerte de «*incapaz jurídico*». Lo que se imponen al concursado son, en sentido técnico jurídico, **limitaciones o prohibiciones de disponer y de administrar**, si bien, únicamente, respecto del patrimonio concursal. (Sobre esta cuestión MARTINEZ FLOREZ, «La declaración de concurso y la capacidad de obrar». ADC 6, págs. 65 y ss.).

Obsérvese que, dada la redacción legal, en principio, el **Juez no debe tomar en consideración otros elementos**, (situación patrimonial, comportamiento del deudor, riesgos de la actividad, etc.), salvo el carácter voluntario o necesario del concurso, para determinar el régimen de intervención o suspensión, aunque, obviamente, podrán ser valorados a efectos de alterar la regla general, como luego veremos.

Es una realidad que **cuando se presenta la solicitud** de concurso, sea necesario o voluntario, el Juez sólo puede tener una **información parcial**, la presentada por el propio concursado o por el acreedor instantáneo. Obviamente, en dicho momento inicial no puede contar con la opinión técnica de la administración concursal.

Por ello, la gran mayoría de las resoluciones dictadas hasta la fecha aplican la regla general, salvo alguna excepción.

Por ejemplo, el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Málaga de 27 de noviembre de 2006, (El Derecho 386391), de declaración del concurso, hace alusión expresa a los fondos propios negativos y altísimas pérdidas del ejercicio de la concursada, incluso que *«las auditorias de los últimos años vienen señalando la situación societaria (...) y que (las cuentas) no reflejaban la imagen fiel de la situación contable (...),»* sin perjuicio de lo cual, acuerda la **mera intervención** por ser un concurso voluntario, situación que *«quedará sujeta, no obstante, a lo previsto en el citado artículo 40.»*

En ambos supuestos cabe la **modificación por resolución motivada del Juez, «señalando los riesgos que se pretendan evitar y las ventajas que se quieran obtener.»** (art. 40.3)

Parece obvio, aunque no lo dice el precepto, que la «motivación» debe atender fundamentalmente a la protección de los intereses de los acreedores y de conservación de la empresa, como pilares de la nueva Ley.

Aunque tampoco lo regula la Ley Concursal expresamente, entendemos que el Juez puede **combinar ambas situaciones legales**, por ejemplo, interviniendo únicamente la facultad de administrar, pero suspendiendo la de disponer, o detallando, en atención a las circunstancias concurrentes las concretas actuaciones que somete a una u otra situación.

Las resoluciones dictadas en aplicación de la nueva normativa, sirven para establecer los criterios que se están utilizando por los Juzgados de lo Mercantil para modificar la indicada «regla general», como resulta de los autos que pasamos a analizar.

El Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid de 11 de enero de 2007, -AC 2007, 249-, estimó conveniente la **mera intervención** en un **concurso necesario** entendiendo que, por la **complejidad de la actividad** de la concursada de explotación de una línea aérea, podría lugar a una **«paralización o interrupción» de la actividad** y de las iniciativas en curso para superar la situación de concurso, ya que el Consejero Delegado y socio mayoritario había anunciado apoyo financiero a la sociedad. (El Juez recoge como argumento, aunque secundario, que constaba acreditado que

la sociedad solicitó concurso voluntario antes de ser emplazada por el concurso necesario).

El Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz de 2 de noviembre de 2005, (El Derecho172330), en un **concurso voluntario solicitado una vez iniciada la liquidación societaria**, en el que se interesaba que se acordase la **mera intervención** de las facultades del órgano de administración, el Juzgado estimó, por el contrario, que *«teniendo en cuenta que se ha acordado la liquidación de la sociedad e interesado desde la misma solicitud la apertura de la liquidación, se estima procedente acordar la **suspensión de facultades** de administración y disposición del deudor que pasarán a ser ejercidas por los administradores concursales, por estimar que su actuación reportará **mayores beneficios a la gestión** de la sociedad y, por ende, **a los acreedores.** (...).»*

Por su parte, el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Madrid de 10 de octubre de 2005, (ADC nº7, págs 336 y ss.), señala que *«procede declarar al solicitante en concurso voluntario (...), acordando al amparo del art. 40 LC la **suspensión** del ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, siendo sustituido por los administradores concursales, **dada la previa liquidación efectuada por el deudor, no ya sin solicitar la declaración de concurso, sino sin ni siquiera proceder a la disolución de la sociedad, enajenando como ha estimado oportuno su patrimonio y con su producto ha satisfecho las deudas que ha considerado conveniente** (...).»*

En igual sentido se pronuncia el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Valencia nº 1 de 24 de noviembre de 2004, (ADC nº 4, págs.384 y ss.), señalando que *«Habida cuenta que la persona jurídica de cuyo concurso se trata **tiene adoptado acuerdo societario de disolución y liquidación**, se está en el caso ex artículo 145 LC de apreciar la procedencia de acordar la **suspensión** de funciones del liquidador, no obstante tratarse de un concurso voluntario, supuesto este autorizado por el artículo 40.3 LC.»*

Un supuesto especial, es el resultado por el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Las Palmas de 5 de noviembre de 2004, (ADCnº 3, págs. 389 y ss.), que estableció que: *«en atención a las facultades que al Juez otorga el apartado tercero del art. 40 LC, y no obstante haber sido declarado el **concurso de carácter necesario**, acuerdo, en relación a las facultades de administración y disposición del deudor respecto a su patrimonio (...) **la intervención de dichas facultades** mediante la correspondiente autorización o conformidad de los administradores concursales. Tal decisión se apoya en los **siguientes argumentos**:*

1º.- (...) Si bien desde un punto de vista formal la solicitud de concurso necesario fue previa a la petición de concurso voluntario, sin embargo **el consejo de administración ya había adoptado anteriormente la decisión formal de presentar dicha solicitud de concurso voluntario.**

2º.- De la documentación (...) **no se desprende ni resulta ningún dato** que permita ni tan siquiera sospechar que **los administradores de la entidad (...) vayan a llevar a cabo ningún acto en perjuicio de sus acreedores o del correcto funcionamiento de la entidad.**

3º.- *La actividad de la concursada, dada su naturaleza fundamentalmente deportiva, centrada, además en un deporte **altamente profesionalizado como es el fútbol**, presenta una serie de especialidades y peculiaridades que exceden de las habituales en otras empresas mercantiles. Ello aconseja que, al menos de momento, sigan los actuales administradores quienes continúen llevando la gestión del club.»*

Podemos concluir que, con carácter general, la práctica totalidad de las resoluciones de declaración en situación legal de concurso aplican el art. 40.1.2 LC, salvo que el Juez aprecie circunstancias, (por ejemplo, la especial complejidad de la actividad, inicio de la liquidación societaria, etc.), que aconseje la modificación de la regla establecida como general por la LC.

II.- MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE GESTIÓN MEDIDAS A SOLICITUD DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL.

El art. 40.4 LC regula el objeto de esta ponencia en los siguientes términos:

*«4.- A solicitud de la administración concursal y oído el concursado, el juez, mediante auto, **podrá acordar en cualquier momento el cambio de las situaciones de***

***intervención o de suspensión** de las facultades del deudor sobre su patrimonio.*

Al cambio de las situaciones de intervención o de suspensión y a la consiguiente modificación de las facultades de la administración concursal se le dará la misma publicidad que, conforme a los artículos 23 y 24 se hubiera dado a la declaración de concurso. (...)».

La nueva Ley concede, acertadamente, **la facultad al Juez de**, en cualquier momento, sin límite temporal alguno, **modificar el régimen de intervención o suspensión**, sin que sea óbice que se hubieran modificado ya una o varias veces. Es una manifestación más de la **flexibilidad** que ha introducido la Reforma concursal, muy necesaria, en especial, cuando se trata de empresas que, como entes vivos, pueden atravesar distintas situaciones durante la tramitación del concurso.

Como ya hemos señalado, es una realidad que cuando se presenta la solicitud de concurso, el Juez no puede tener un conocimiento profundo de la situación real del concursado, que puede ponerse de manifiesto durante la tramitación del mismo, bien por la revelación de hechos desconocidos, – o conscientemente ocultos,- o por la concurrencia de nuevas circunstancias o actuaciones que aconsejen una modificación de las facultades de gestión y administración del deudor.

Como primer requisito este precepto exige que la modificación se produzca a **solicitud por la administración concursal**.

Por tanto, parece que, tras el auto inicial de declaración del concurso, el **Juez no puede modificar el régimen de facultades de oficio, ni se concede tampoco legitimación al propio deudor o a los acreedores, trabajadores, etc.**

Ahora bien, a mi juicio, cualquiera de las indicadas personas, **el Juez como autoridad rectora del concurso** y los demás, como **terceros con interés legítimo** en el proceso concursal, pueden **instar a la administración concursal a que solicite la medida.**

Es más, el no atender esta solicitud, procediendo la misma, podría ser un supuesto claro de actuación por la administración concursal sin la diligencia exigida por el art. 35 LC, (*«de un ordenado empresario»*), que podría dar lugar a la exigencia de responsabilidad (art. 36 LC) o, incluso, a la separación del cargo (art. 37).

Un caso claro de la solicitud por terceros es el resuelto por el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Zaragoza de 13 de junio de 2005, (concurso voluntario de LABORATORIOS PROYEX, S.A.), en el que se señala que por comparecencia de la Administración concursal efectuada el mismo día 13, -fecha del Auto,- *«se solicitaba se modificaron las facultades de administración y disposición que el concursado conservaba sobre su patrimonio, acordando en su lugar la suspensión de las mismas y ello en base a las alegaciones siguientes: **Haber procedido la administración de la empresa, sin autorización judicial, al cierre patronal de la sede principal de Zaragoza y la de Logroño desde el pasado mes de***

junio, impidiendo el acceso a los puestos de trabajo, manteniéndose tal circunstancia en el día de hoy.»

La realidad es que tal medida fue solicitada antes mediante diversos escritos presentados directamente en el Juzgado por diversos acreedores, fundamentalmente trabajadores, ante el cierre patronal, decidido unilateralmente por el Consejero Delegado, sin consulta previa a los demás Consejeros, ni a la administración concursal. Es decir, aunque no se cita en el Auto, **la petición se formuló previamente por terceros con interés legítimo.**

EL Juzgador considera que *«atendiendo a la **situación de riesgo ocasionada por el propio deudor**, consistente en haber procedido al **cierre unilateral de la empresa (...)** sin contar, al menos, con el consentimiento de la administración concursal, ni la autorización del Juzgado y sin perjuicio de la posible anulación del acto (...) en aras de evitar una posible situación que devengue en **inútil cualquier actuación en el sentido de obtener un convenio que garantice la continuidad de la empresa o posibilite, si no es posible el convenio, una ordenada liquidación**, es por lo que se acuerda la suspensión de las facultades de administración del concursado sobre la gestión íntegra de la sociedad, incluyendo todos los bienes, derechos y obligaciones que hayan de integrarse en el concurso, correspondiendo desde ahora tales atribuciones a la Administración concursal designada en este procedimiento quien deberá adoptar cualesquiera de las medidas previstas en el art. 44.3 o, excepcionalmente, la del artículo 44.4, ambos de la LC.»*

Es interesante también el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 3, Barcelona 30 de diciembre de 2004, (El Derecho 287022), propiamente de modificación del régimen de facultades, ya que el hecho desencadenante es el **conflicto societario que provoca el acuerdo de Junta General de cese del anterior órgano de administración y nombramiento de nuevos miembros** vinculados al socio mayoritario.

El Juez, no obstante reconocer que, *«efectivamente, la Ley concursal apuesta porque la declaración de concurso no interfiera en la actividad empresarial de la concursada, ni los administradores del concurso, ni el juzgado pueden interferir, en principio, en el normal desarrollo de las decisiones de los órganos societarios y de sus accionistas, ni pueden alterar el juego de mayorías y minorías que deben presidir el funcionamiento de una entidad jurídica,»* tal situación aconseja el cambio de la mera intervención a la suspensión de facultades con los siguientes argumentos, -como veremos, no todos estrictamente «jurídicos».-

*«Cualquier modificación de los órganos de decisión, representación y gestión de una sociedad mercantil declarada en concurso genera cierta inquietud y abre un periodo de **tiempo durante el «traspaso de poderes» que puede afectar a la gestión cotidiana de la sociedad.(...)***

*(...) concurren otras circunstancias especiales en el supuesto de autos que aconsejan la **inmediata suspensión de las facultades del Consejo de administración (...)***

GAY CANO
&
PALACÍN RAMOS
Abogados

1º.- (...) **serias discrepancias** entre los miembros del consejo saliente y entrante.

2º.- Hay **una razonable duda jurídica**, -cuando menos temporal,- respecto de la **eficacia de los acuerdos adoptados**:

a) No se han inscrito en el Registro Mercantil. (Argumento este difícilmente sostenible jurídicamente, siendo como es que el nombramiento de administradores –que no el de Consejero Delegado,- surte plenos efectos desde la aceptación, siendo la inscripción mero declarativa arts. 125 LSA, 58.4 LSRL y 124, 138 y 141 RRM).

b) Un accionista ha manifestado en la Junta y ha reiterado en la comparecencia celebrada esta misma mañana su intención de impugnar el acuerdo. (De nuevo, es una razón más que discutible pues la impugnación, aunque se produjese, no paraliza el carácter inmediatamente ejecutivo de los acuerdos, salvo que se adopte tal medida cautelar ex arts. 730 y ss LEC).

3º.- (...) posible **colisión de intereses entre la sociedad concursada y D. (nuevo administrador) derivadas de las cuantiosas deudas personales del Sr.** (...) parte de esas deudas consecuencia de los **avales o fianzas** suscritos a título personal en garantía de deudas de (la Sociedad).

4º.- (...) Hoy la mercantil concursada **no tiene verdadera actividad industrial** en la medida en la que los contratos de cesión de activos (...) autorizados por el Juzgado (...) determina que esa actividad industrial la asuma un tercero, bajo la supervisión de los administradores del concurso.(...)

5º.- (...) lo cierto es que su entrada en el Consejo, como la presencia de otras dos personas de su entorno familia, -dos hijos,- **puede interferir en el correcto y completo cumplimiento de las concretas obligaciones derivadas del cumplimiento de ese contrato**, (...) fundamental para la viabilidad del nuevo proyecto y, por lo tanto, para **garantizar el trabajo del 25% de la plantilla** (...).

6º.- Nadie duda de la capacidad del Sr. ... para «levantar» (la Sociedad) (...) pero esa misma capacidad se le debe presumir para llevar la sociedad a la situación que determinó la solicitud de concurso (...). Se asume un riesgo importante en el proceso concursal si se reconocen facultades al nuevo consejo en cuanto a **generar confianza en los mercados que había desaparecido y había provocado la situación de insolvencia**.

7º.- (...) la estructura de la (concursada) y de las otras sociedades en la que era accionista determinan que la práctica totalidad de la gestión empresarial laboral y financiera (...) se haya de coordinar y por ello es necesario evitar discrepancias, enfrentamientos o inseguridades en el seno de un accionariado dividido y de consejos -entrante y saliente- con claras discrepancias estratégicas organizativas y empresariales,. (...) Por lo

tanto, es fundamental **ofrecer claridad y transparencia** en este momento (...) que no ofrece la actual situación de incertidumbre y enfrentamiento.

(...)

9º.- El propio Sr....ha manifestado que **no encuentra bien de salud y que está sometido a tratamiento como consecuencia de esta situación de estrés y ansiedad**, no es por lo tanto adecuado reincorporarse a tareas de decisión y representación en una situación procesal y empresarial tan compleja (...).

10º.- La **administración concursal ha desplegado ya una importantísima actividad** que ha ido más allá de la simple intervención (...) y, por tanto, se encuentra en condiciones operativas de asumir dicha responsabilidad.

En definitiva hay argumentos de peso para suspender las facultades patrimoniales del órgano de representación, dirección y gestión de la concursada ya que los riesgos de la situación generada por el cambio de consejeros en pleno proceso concursal **puede afectar al normal desarrollo del procedimiento concursal, interferir en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la actividad empresarial (...) y bloquear la coordinación de las empresas concursadas y no concursadas vinculadas (...)**».

Es importante señalar en relación con el precepto que analizamos que **el Juez no está obligado a atender la petición de la administración**

concursal, (dice «*el juez podrá ...*»), si considera que no procede a la luz de los argumentos ofrecidos por ésta y por **el propio concursado** a quien debe «*oír*», antes de emitir su resolución.

La decisión judicial debe adoptar la forma de **auto**, al que debe darse de oficio la misma publicidad que a la declaración de concurso (arts. 23 y 24 LC). Este auto es **inmediatamente ejecutivo**, no obstante ser recurrible en reposición (art. 197 LC).

En el caso de que, como es lo habitual, se produzca el cambio de la situación de intervención a la de suspensión, el deudor o sus órganos de administración, en el caso de personas jurídicas, serán “**sustituidos**” por los administradores concursales.

Si en dicho momento existieran **procedimientos judiciales en curso** con contenido patrimonial, el art. 51.2 prevé que la administración concursal sustituya al deudor, dándosele cinco días para instruirse de los autos a efectos de continuar el procedimiento. El deudor puede decidir mantener su representación y defensa, siempre que garantice en forma suficiente que los gastos y, en su caso, la posible condena en costas no recaerán sobre la masa (art. 51.2 LC). Lo mismo sucede, en sentido inverso, en el caso de que el cambio sea de suspensión a intervención (art. 54.3 LC).

La Ley prevé **dos supuestos excepcionales** al régimen de modificación de medidas que acabamos de exponer:

a) Con la **apertura de la liquidación**, se suspenden definitivamente cualesquiera facultades de gestión, (arts. 48.1 y 145.1 LC).

En relación con esta cuestión, el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid de 28 de septiembre de 2005, (ADC nº 8, págs.472 y ss.), aclara que tal cese, en modo alguno alcanza a la representación procesal del concursado por aplicación del derecho de defensa y de tutela judicial efectiva en el seno del proceso concursal, reconocido en el art. 24 CE.

b) De igual modo, **la aprobación judicial del convenio determina la extinción de las medidas de intervención o suspensión** (art. 133.2 LC).

Existe también una especialidad en el caso de **concurso de la herencia yacente** (art. 40.5 LC), supuesto en el que, obviamente, corresponden a la administración concursal las facultades de gestión y administración, sin posibilidad de modificación. (Sobre esta cuestión, Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid de 21 de julio de 2005, ADC nº 8, pág. 322).

III.- CONTENIDO DE LAS FACULTADES DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL EN EL ÁMBITO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. POSIBLES COLISIONES ENTRE EL DERECHO CONCURSAL Y EL SOCIETARIO.

La aplicación práctica de la nueva Ley ha puesto de manifiesto que hay deficiencias, -auténticas lagunas,- en la regulación de facultades «societarias» de los administradores concursales y de los demás órganos societarios, (junta y administradores).

A la regulación de esta cuestión se dedica especialmente el art. 48.1 LC, señalando que:

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

El art. 48.1 LC comienza estableciendo el principio de **mantenimiento de los órganos sociales de la persona jurídica**, («se mantendrán»), también en el supuesto de «sustitución», pero con las

limitaciones que se impongan en las facultades de gestión y administración. Pero recordemos que las limitaciones se refieren, exclusivamente, a «*los bienes, derechos y obligaciones que hayan de integrarse en el concurso*», (art. 40.6 LC).

Como primera cuestión, hay que señalar que tal redacción legal imperativa no puede llevar al extremo de sostener, como algún sector de la Doctrina hizo en los primeros comentarios a la Reforma, que declarado el concurso, **no puede modificarse el sistema de administración**, entre los permitidos legalmente, (arts. 57 LSRL, 123 y ss. LSA y 124 RRM), pues además de carecer de todo sentido práctico, supondría privar de una facultad soberana a la Junta, sin fundamento legal alguno. (Sin perjuicio de que, como hemos visto, en el Auto de 30 de diciembre de 2004 antes citado, tal modificación puede percibirse negativamente por el Juzgador a efectos del buen fin del concurso, hasta el punto de motivar la modificación del régimen de mera intervención al de suspensión).

La Ley concursal, (art. 173), sólo prevé el **cese de administradores** como consecuencia de la **inhabilitación** para el ejercicio del cargo establecido en la sentencia de declaración del concurso como culpable. Ni siquiera el ejercicio de la acción de responsabilidad por la administración concursal al amparo de lo dispuesto en el art. 48 LC, impone el cese de los administradores afectados, como expresamente prevé en el ámbito puramente societario el art. 134.2 LSA.

Es decir, **la declaración de concurso en modo alguno conlleva la extinción de la relación orgánica del administrador con la sociedad**, lo

que supone que los administradores deben seguir cumpliendo con las obligaciones dimanantes del cargo conforme a la normativa societaria, (arts. 127 y ss. LSA y 61 LSRL).

En lógica coherencia, también debe entenderse que **mantienen sus derechos societarios**, salvo las limitaciones que puedan haberse impuesto en sus facultades de gestión y administración del patrimonio concursal, aunque es evidente que la suspensión de facultades determina una clara reducción de las funciones propias de todo administrador y, en concreto, la fundamental de **gestionar en interés social, sin perjuicio del deber legal de colaboración** (art. 42 LC) que puede, de hecho, exigir especial dedicación, dependiendo de las características del concurso.

Descendiendo a la práctica de las sociedades mercantiles en concurso, en numerosas ocasiones surge la cuestión de **cómo distribuir las funciones ante la dualidad de órganos de gestión: societario y concursal**.

Es una realidad que **el interés por el que tienen que velar uno y otro órgano es distinto**: los administradores societarios tienen la obligación de proteger el «**interés social**» por mandato imperativo, (arts. 127 y ss. LSA y 61 LSRL), y los concursales el «**interés del propio concurso**», (y, por tanto, de acreedores, trabajadores, terceros y del propio sistema concursal que, recordemos, es de orden público, -arts. 40.6 y 43-, entre otros).

Ambos pueden ser distintos y cabe imaginar situaciones de **claro conflicto**, (ejercicio de acciones de responsabilidad frente a los administradores sociales, incluso instando el embargo de sus bienes -art. 48.2 y 3 LC-, evaluación por los administradores concursales de la gestión de los administradores sociales -art. 75 LC-, emisión del informe de calificación del concurso -art. 169 LC-, etc.).

Las únicas menciones expresas que se encuentran en la Ley a cuestiones societarias se refieren a la **llevarza de libros societarios**, que corresponde a los administradores societarios, aunque deban tenerlos «*a disposición de la administración concursal*» (art. 45 LC) y a la **elaboración de cuentas anuales**, ya que subsiste «*la obligación de formular y la de auditar*», salvo respecto de las primeras cuentas anuales que se preparen mientras esté en funciones la administración concursal, (excepto en sociedades cotizadas), correspondiendo al deudor en el caso de mera intervención, bajo la «*supervisión*» de la administración concursal, y a ésta «*en caso de suspensión*» (art. 46 LC).

El art. 75.1.2º LC establece una excepción para el caso de que la concursada no hubiera presentado las cuentas en el ejercicio anterior al concurso, encomendando su formulación a la administración concursal, tanto en el supuesto de suspensión de facultades como en el de mera intervención.

La solicitud de desembolso de **dividendos pasivos** en las sociedades anónimas, también se encomienda a los administradores

concursoales por el art. 48.4 LC, lo cual es lógico ya que es un acto de claro contenido patrimonial.

Es una realidad que la Ley no resuelve cuestiones cómo quien debe convocar Juntas, certificar acuerdos sociales, emitir los informes y documentos exigidos por las normas societarias, etc.

*** Facultad de convocar Juntas generales de socios o accionistas y certificación de acuerdos.**

En el supuesto de mera **intervención** parece claro que la convocatoria de Juntas corresponde **al órgano de administración**.

En el caso de **sustitución**, desde un punto de vista técnico, a mi juicio, debería aplicarse **la misma regla**, pues **no existe ningún precepto en la nueva Ley que modifique la normativa societaria** y la convocatoria de juntas, salvo en el caso de convocatoria judicial, está reservada al órgano de administración, (arts. 97 y ss. LSA y 45 y ss. LSRL).

La única previsión en la Ley Concursal referente a la **convocatoria de junta general por los administradores concursales** con la finalidad de cubrir las vacantes, es el supuesto excepcional **de cese de los miembros del órgano de administración societarios inhabilitados en la sentencia de calificación**, «*si el cese impidiese el funcionamiento del órgano*», (art. 173 LC). Es decir, un supuesto claramente excepcional de paralización del órgano de administración que, recordemos, puede ser causa de disolución societaria (arts. 260 LSA y 104 LSRL).

A sensu contrario, debe interpretarse que, con carácter general, se mantienen la facultad de convocar en quien la tiene atribuida por los Estatutos y por la norma societaria, es decir, en el órgano de administración societario. Si la normativa concursal hubiera querido privar con carácter general a los administradores societarios de esta facultad, lo habría hecho, como sucede con la formulación de cuentas anuales.

Sin embargo, a nadie se le escapa que, en determinadas situaciones **de conflicto entre el órgano de administración y la administración concursal existe el riesgo de dilaciones e interferencias** en el proceso concursal por la obstaculización en la convocatoria de juntas, provocada por el órgano de administración.

Por ello, en la práctica se está afianzando, a mi juicio, sin cobertura legal, la tesis de que **en el caso de suspensión de facultades la facultad de convocar Juntas se traslada a la administración concursal**.

En relación con esta cuestión, es interesante el Auto 106/2007 Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid de 29 de marzo de 2007, (comentado por SANCHEZ CALERO en ADC nº 12, págs. 341 y siguientes), que adoptó la **medida cautelar de suspensión del acuerdo adoptado por el Consejo de Administración de FORUM FILATÉLICO, S.A. de convocatoria de Junta General, una vez declarado el concurso**, en el que se había acordado la **suspensión de las facultades de administración**.

En este caso, se estima la medida cautelar de suspensión del acuerdo de convocatoria «*inaudita parte*» en el seno de un procedimiento de impugnación de acuerdos sociales iniciado por la administración concursal.

El Juez argumenta que, aunque la Ley señala claramente que «*durante el concurso se mantendrán los órganos de la persona jurídica*» y la nueva Ley se limita a conceder a los administradores la facultad de asistir a intervenir en los órganos de la sociedad, el **contenido de la convocatoria, indirectamente, invadía las facultades patrimoniales reservadas a los administradores concursales**, ya que en el orden del día de la Junta, entre otras cuestiones, se incluía la aprobación de cuentas anuales. El mencionado Auto recurre al argumento de que la mera convocatoria de la Junta genera gastos, igual que su celebración, considerando, por tanto, que es un **acto de contenido patrimonial**, no obstante reconocer la indefinición de los arts. 40 y 48 LC sobre el significado de «*facultades de administración y gestión*».

A mi juicio, sin discutir la conveniencia material de la resolución en el supuesto concreto, el argumento es débil jurídicamente, no sólo por la falta de cobertura legal ya expuesta, sino porque **cuál sea la redacción del orden del día**, -siempre manipulable por el órgano de administración, sin perjuicio de la necesaria claridad y precisión exigida por la normativa societaria,- **no puede ser el elemento para delimitar cuándo debe convocar uno u otro órgano**. La posible arbitrariedad e inseguridad jurídica a la que pueda llevar esta tesis resulta evidente.

Sin embargo, en la práctica, se ha extendido la tesis de que en el caso de suspensión de facultades, **las convocatorias de Juntas, cualquiera que sea el contenido del orden del día**, corresponde a los administradores concursales, sin acuerdo previo alguno del órgano de administración, lo cual, en rigor jurídico-societario, sería causa de nulidad de la convocatoria y también de la Junta (arts. 115 y ss. LSA).

Aunque no se aborda en la resolución analizada, en lógica coherencia debe entenderse que, en tal caso, asimismo, corresponderá también a la administración concursal **emitir los informes y documentos societarios que la legislación mercantil exige** en numerosas ocasiones, (entre otros, art. 144 LSA), a los que debe hacerse mención expresa en la convocatoria, como manifestación del derecho de información.

Esta es la tesis que se ha impuesto en el concurso de LABORATORIOS PROYEX, S.A., al que ya nos hemos referido, admitiendo el Registrador Mercantil, no sólo la convocatoria efectuada por la administración concursal de todo tipo de Juntas, incluso con modificaciones estatutarias, si no incluso la certificación de cualesquiera acuerdos sociales por el órgano concursal, lo cual, a la luz de la normativa societaria y, en concreto, del art. 111 RRM, es, a mi juicio, más que cuestionable jurídicamente.

Sin duda, es una laguna legal que debería subsanarse mediante la futura modificación de la Ley concursal.

*** Retribución de administradores.**

Se plantea qué sucede con la retribución de los administradores, bien prevista en los Estatutos o en contratos de gestión, muy habituales en la práctica. En principio esta es una cuestión que debe determinarse en los Estatutos y, por tanto, reservada al acuerdo de Junta General, (arts. 66 y 67 LSRL y 130 LSA).

En el caso de mera **intervención**, en tanto **no hay una modificación sustancial de las obligaciones y deberes de los administradores parece razonable, y es lo más ajustado a la Ley, que se mantenga su retribución** con cargo a la masa.

Pero la Ley concursal no incluye estos pagos, pudiendo, únicamente, encuadrarse en el supuesto del art. 84.2.9 LC, es decir, *«los que resulten de obligaciones válidamente contraídas durante el procedimiento por la administración concursal o, con la autorización o conformidad de ésta, por el concursado sometido a intervención»*.

Todo ello sin perjuicio de la **facultad soberana de la Junta de decidir modificar o excluir la retribución**, previa modificación estatutaria, en su caso, supuesto inviable si el administrador afectado domina como socio, directa o indirectamente, la Junta, (salvo aplicación del art. 52 LSRL, en el caso de conflicto de intereses, pero sólo en cuanto a la retribución no en cuanto a la modificación estatutaria). En todo caso, a nuestro juicio, en cuanto acto de contenido patrimonial, será necesaria la

previa aprobación o autorización por la administración concursal, (art. 48 LC).

Entendemos que sí cabría su **reducción o moderación de la retribución de los administradores** por resolución judicial, a propuesta de la administración concursal, con fundamento en la protección del patrimonio y en interés del concurso, especialmente, si se acuerda el cese total o parcial de la actividad, pero lo cierto es que nada dice la Ley al respecto.

En el caso de **suspensión de facultades**, lo razonable es que se suspenda también o reduzca la retribución, –al menos, en lo necesario en virtud del deber de colaboración que se impone a los administradores sociales, si es que puede pretenderse por ello una retribución, siendo como es una obligación legal, cuestión más que dudosa, a mi juicio.-

Esta decisión correspondería a la administración concursal, no a la Junta, como gestora del patrimonio concursal, pero lo cierto es que tampoco hay un precepto en la normativa concursal que prevea esta situación.

La misma cuestión se plantea en relación con la posible existencia de **cláusulas indemnizatorias para el supuesto de cese**, también habituales en la práctica. (Sobre esta cuestión, SANCHEZ GIMENO. «La retribución de los administradores de sociedades de capital y las relaciones de prestación de servicios distintos al desempeño del cargo en caso de concurso de acreedores.», ADC nº 8, pags.97 y ss.).

GAY CANO
&
PALACÍN RAMOS
Abogados

Lo cierto es que es una auténtica laguna legal que debería clarificarse de *lege ferenda*.

Zaragoza, a 3 de diciembre del año 2007

Carmen Gay Cano
Abogado

Carmen Gay Cano. GAY CANO & PALACÍN RAMOS. Abogados
Reservados todos los derechos y/o transmisión por cualquier medio o sistema, salvo autorización expresa