

# LOS ÓRGANOS SOCIALES EN EL CONCURSO DE ACREEDORES (LA NUEVA REGULACIÓN TRAS LA LEY 38/2011, DE 10 DE OCTUBRE)

**EDUARDO ENRIQUE TALÉNS VISCONTI**

*Doctorando en Derecho. Universidad de Valencia*

*Abogado*

## **Extracto:**

**M**EDIANTE Ley 38/2011, de 10 de octubre, se reformó la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Se trata de la primera gran reforma tanto por el número de preceptos afectados como por sus incorporaciones sustantivas, que se ha efectuado sobre la Ley Concursal desde su promulgación.

En este estudio se va a tratar el cambio realizado sobre el artículo 48 de la Ley Concursal, es decir, de los efectos del concurso sobre las personas jurídicas. Se abordará en primer lugar aquellas especialidades que durante el concurso de acreedores surgen respecto al funcionamiento de la Junta general de socios. La actividad de la empresa va a continuar y con ella la prosecución de sus órganos. Pero en esta situación de insolvencia van a aparecer ciertas particularidades. Respecto a la asamblea de socios las más importantes son: la posibilidad de retraso del plazo (en el primer año) de la celebración de la Junta general ordinaria; y la obligada asistencia del/los administrador/es concursales y su facultad para vetar las decisiones emanadas de la Junta que tengan carácter patrimonial o afecten al concurso. También van a persistir los administradores sociales, los cuales van a ver intervenidas o suspendidas sus facultades de gestión y administración. La reforma concursal, además de realizar algunas incorporaciones aclarativas, agrega ciertas novedades, como, por ejemplo: la capacidad del juez de minorar, o de dejar sin efecto la retribución de los administradores sociales; y la capacidad de que la administración concursal pueda ejercer los derechos políticos que corresponda a la concursada en otra sociedad.

**Palabras clave:** reforma concursal, Junta general de socios, cuentas anuales, asistencia obligatoria, administración societaria y concursal.

# THE SOCIAL ORGANS IN THE CREDITORS' CONTEST (THE NEW REGULATION AFTER THE LAW 38/2011, OF 10TH OCTOBER)

**EDUARDO ENRIQUE TALÉNS VISCONTI**

*Doctorando en Derecho. Universidad de Valencia*

*Abogado*

## **Abstract:**

**B**y Law 38/2011 of October the 10th, was amended Law 23/2003 of 9th of July, Bankruptcy. This is the first major reform, both, for the number of the precepts affected, and for their substantive incorporations, which have been made by the promulgation of Bankruptcy Law.

This study is going to treat the change produced in article 48 of Bankruptcy Law, that is to say, the effects of competition on legal persons. To begin with, will first address those specialities that during bankruptcy arise regarding the performance of the General Meeting. The company's activity will continue, and with it, the prosecution of their organs. But certain peculiarities appear in this situation of insolvency. Regarding the Member's meeting, the most importants are: the possibility of delay within the term (on the first year) of the celebration of the Annual General Meeting; and the compulsory attendance of the insolvency administrators and his faculty of «veto» the decisions of the assembly board, that have «heritage character» or affect competition. Social administrators will also persist, they will see their management and administration faculties, intervened or suspended. Apart of performing some aclarative incorporations, Bankruptcy Law adds some newness, as for example: the judge's ability to substract or rescind the socials administrator's wages remuneration; and the concursal administration's ability to exercise the political rights corresponding to the insolvent in another company.

**Keywords:** bankruptcy reform, general meeting, annual accounts, compulsory attendance, corporate and bankruptcy administration.

# Sumario

I. Introducción.

II. La Junta general de accionistas.

2.1. Consideraciones previas.

2.2. Junta general ordinaria y presentación de cuentas anuales.

2.3. Obligación de asistencia del administrador concursal a las Juntas de socios.

III. El órgano de administración.

Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN

La promulgación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, LC) supuso una importante novedad en numerosos aspectos, creándose a su alrededor un importante halo de comentarios y una serie de situaciones jurídicas relevantes. Bajo la misma ley tienen cabida diversas actuaciones de disparejas disciplinas del Derecho. La misma ha interesado a laboralistas en todo lo relativo a los trabajadores y a los créditos de la Seguridad Social; también a procesalistas por la reforma que introdujo en la Ley Orgánica del Poder Judicial y demás competencias y virtualidades del incidente concursal; a los internacionalistas les interesa el Título IX de la citada ley que se denomina «De las normas de Derecho Internacional Privado»; también encontramos alguna institución propia del ámbito civilista, como la herencia o el derecho de alimentos; por último y como no puede ser de otro modo, el grueso de esta disciplina ha ido a parar al conocimiento de la disciplina relativa al Derecho Mercantil.

Una de las novedades que recogió la Ley de 2003 es la de la incorporación en su artículo 48 de una regulación específica sobre las consecuencias o efectos del concurso en relación con las personas jurídicas. Pero no solo el presente artículo recoge notas sobre las personas jurídicas, puesto que también se hace referencia a las mismas en otros artículos de la LC. La anterior regulación, que regulaba la quiebra y suspensión de pagos, estaba orientada hacia las personas físicas y el empresario individual, presentándose algunas dificultades en el tratamiento del concurso sobre personas jurídicas<sup>1</sup>. Pero no es esta la primera vez que aparece una mención sobre el concurso de las personas jurídicas, ya que en un Anteproyecto de 1959, redactado por la Subsección de la Sección de Justicia del Instituto de Estudios Políticos, se estableció un Título VI bajo la rúbrica «Concurso de sociedades» donde se incardinaría todo lo relacionado con las sociedades. A sensu contrario la redacción de la Ley de 2003 no se realizó de manera uniforme, y como se ha dicho, existen menciones a las personas jurídicas a lo largo de todo el texto y no de forma uniforme en un mismo Título. Esta mayor atención hacia las sociedades también se puede observar en la Exposición de Motivos de la Ley de 2003, cuando dice que una regulación del concurso de las personas jurídicas es una «materia de gran importancia, como corresponde a la que estos entes y, fundamentalmente, las sociedades revisten en el moderno tráfico».

En el presente estudio me voy a centrar en los efectos de la declaración del concurso sobre la persona jurídica, concretamente en las facultades de decisión y de funcionamiento de los órganos socia-

<sup>1</sup> Vid. GARCÍA RUBIO, M.P.: «Artículo 48». En BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.) *Comentarios a la Ley Concursal*, vol. I, Ed. Tecnos, Madrid, 2004, pág. 424.

les, a saber: la Junta general y el órgano de administración (sin entrar a valorar cuestiones relativas a las exigencias de responsabilidad de estos últimos). Ello nos lleva a considerar como eje central del estudio lo dispuesto en el artículo 48 de la LC [aunque también relacionándolo con los arts. 40 y 22 de esta misma ley y aspectos relativos a estos órganos que aparezcan en el RDLeg. 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC)].

La importancia actual del tema del concurso sobre las personas jurídicas y el funcionamiento de los órganos sociales durante el mismo radica, en gran medida, en que ha sido objeto de una reciente reforma con la entrada en vigor de la Ley 38/2011, de 10 de octubre. La citada reforma supone una novedosa redacción sobre el tenor del artículo 48 de la LC, siendo uno de los que mayores cambios ha recibido. En primer lugar, y con carácter meramente formal, el precepto se ha dividido en diversos apartados diferenciados, surgiendo con ello los artículos 48 bis, 48 ter y 48 quáter, es decir, lo que en la anterior regulación se contenía en un solo artículo dividido en varios párrafos, se ha desglosado en la actualidad buscando una separación más clara y comprensible. En este sentido, se han apartado claramente lo que son efectos de la declaración del concurso sobre las personas jurídicas, de las acciones contra los socios, del embargo de bienes de las personas contra los administradores o liquidadores y de las acciones de responsabilidad. Además de ello, y respecto al fondo, cabe decir que estos preceptos han sufrido una importante ampliación, produciéndose tanto aclaraciones como disposiciones novedosas. En nuestro caso, es decir, en el artículo 48 propiamente dicho (no en el bis, ter y quáter), como se verá, se ha pretendido incorporar alguna precisión, una mayor claridad y extensión del precepto y alguna disposición criticable.

## II. LA JUNTA GENERAL DE ACCIONISTAS

### 2.1. Consideraciones previas

La Junta general es aquel órgano deliberante que engloba a los socios, que toman decisiones bien por mayoría legal o bien por la establecida en sus estatutos, sobre los asuntos propios que son competencia de este órgano. La decisión acordada en Junta es extrapolable a todos los socios, hayan o no participado en la misma. Es el artículo 160 de la LSC el que nos introduce qué asuntos pueden tratarse en la Junta de socios:

- La aprobación de las cuentas anuales, la aplicación del resultado y la aprobación de la gestión social.
- El nombramiento y separación de los administradores, de los liquidadores y, en su caso, de los auditores de cuentas, así como el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra cualquiera de ellos.
- La modificación de los estatutos sociales.
- El aumento y la reducción del capital social.

- La supresión o limitación del derecho de suscripción preferente y de asunción preferente.
- La transformación, la fusión, la escisión o la cesión global de activo y pasivo y el traslado de domicilio al extranjero.
- La disolución de la sociedad.
- La aprobación del balance final de liquidación.
- Cualesquiera otros asuntos que determinen la ley o los estatutos.

Por lo tanto, la Junta no puede adoptar acuerdos que no estén dentro de su ámbito, ni debe inmiscuirse en las competencias de otros órganos (como es el caso de la administración de la sociedad). Asimismo, el acuerdo de la Junta deberá respetar los estatutos de la sociedad y las disposiciones de carácter imperativo dispuestas en la propia LSC.

Dos son los tipos de Junta regulados por la normativa. Por un lado, nos encontramos con la Junta general ordinaria, que debe celebrarse dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio y en la que se debe discutir necesariamente un orden del día concreto:

- Censurar la gestión social.
- La aprobación de las cuentas anuales.
- Resolver sobre el resultado del ejercicio<sup>2</sup>.

Aunque la Junta ordinaria debe contar necesariamente con estos asuntos, nada obsta, como señalan BROSETA PONT y MARTÍNEZ SANZ, a que se puedan circunscribir también cualesquiera otros asuntos, siempre que se anuncien debidamente en el orden del día y se respeten los requisitos de quórum<sup>3</sup>. También se dice que esta Junta será válida aunque sea celebrada fuera de plazo. Por otro lado, tenemos la Junta general extraordinaria que se define en virtud de un criterio residual, puesto que lo es toda aquella que no cumpla con los requisitos para ser ordinaria, es decir, los asuntos acabados de citar sobre estas líneas. Las Juntas extraordinarias pueden celebrarse en cualquier momento para acometer cualquier valoración de los ámbitos que le son competentes (por ejemplo, para modificar estatutos, realizar modificaciones estructurales etc.). La misma puede ser convocada tanto por los administradores como por socios que representen al menos un 5 por 100 del capital social. Junto a estas, la ley considera la posibilidad de acogerse a un tercer tipo de Junta, que se aparta de los criterios formales de convocatoria. Esta aparece regulada en el artículo 178 de la LSC y permite que la Junta general quede válidamente constituida para tratar cualquier asunto, sin necesidad de previa convocatoria, siempre que esté presente o representado la totalidad del capital social y los concurrentes acepten por unanimidad la celebración de la reunión. Se trataría, por tanto, de una Junta un tanto más

<sup>2</sup> Solo para el caso de sociedades anónimas que coticen en bolsa se establece por el artículo 61 ter de la Ley del Mercado de Valores otra exigencia que se debe incorporar con punto separado del orden del día de la Junta general ordinaria. En este sentido, también debe aparecer necesariamente en el orden del día el informe sobre retribución de consejeros. Si bien cabe decir, la facultad de la Junta en este supuesto es meramente consultiva.

<sup>3</sup> BROSETA PONT, M y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*. Ed. Tecnos, Madrid, 2007, pág. 415.

informal por ser suprimidos los requisitos de convocatoria y por poder realizarse en cualquier momento. Si bien es cierto que, en la práctica, este tipo de Juntas solo serían operativas en el caso de sociedades con un número reducido de socios.

Una primera aproximación al artículo 48 de la LC lleva a afirmar que durante la tramitación del concurso se van a mantener los órganos de la persona jurídica deudora. Por lo tanto, cuando una sociedad entra en concurso de acreedores la necesidad de convocar Junta general, su desarrollo, actos y acuerdos, subsiste. Esto es debido al carácter continuista que se le da al concurso de acreedores, cuyo objetivo no es el de permitir la desaparición de la empresa, sino más bien al contrario, el de reflotarla (aunque cabe decir que a causa de la actual crisis económica la mayoría de concursos vienen acabando con el cierre y terminación de su actividad). Es precisamente la *ratio legis* de la reforma realizada por la Ley 38/2011 la de favorecer la solución conservativa del concurso.

Como se ha dicho, la entrada de la entidad en un proceso concursal no hace decaer la actividad de la Junta general, ni siquiera suspende su normal desarrollo. Es por ello que la Junta deberá seguir constituyéndose bajo los requisitos mercantiles generales, a los que se deben unir aquellos requisitos especiales regulados en la LC. En esta última ley no se regulan *ex novo* los diversos aspectos sobre la Junta general, que sigue estando en los artículos 159 y siguientes de la LSC, sino que presenta tan solo algunas particularidades o exigencias concretas para la celebración de la Junta en empresas concursadas. Estas exigencias son las que se han modificado con la actual redacción de la LC y que a grosso modo vienen a establecer algunas particularidades sobre su constitución y adopción de acuerdos relacionadas con la figura de la administración concursal.

Con anterioridad a la reforma concursal existía cierta polémica doctrinal, ya que el artículo 48 de la LC no contenía algunas consideraciones que sí que aparecían en la regulación de los efectos del concurso sobre las personas físicas. En este sentido, según VÁZQUEZ IRUZUBIETA<sup>4</sup> se mantenía un concepto unitario que abogaba por la vigencia de los órganos sociales tanto para los casos de intervención de las facultades del administrador social como los de suspensión, ya que en ambos casos se deduce el derecho de asistencia y voz del administrador concursal a dichos órganos. Por su parte, GARCÍA RUBIO<sup>5</sup>, propugnaba que al disponerse en el artículo 48 la dicción «*sin perjuicio de los efectos que sobre su funcionamiento produzca la intervención o la suspensión de sus facultades de administración y disposición*» las consecuencias entre un estadio de limitación y otro serían diferentes. La primera concepción nos podría llevar a una suerte de privilegio de las personas jurídicas frente al empresario persona física. La segunda obligaba a forzar la interpretación del artículo 48 de la LC con las consideraciones del artículo 40 de la LC, sobre intervención y sustitución (basada en la dicción que ha sido destacada en cursiva una líneas más arriba). Ya con la anterior regulación (la de 2003) me parecería más acorde esta segunda interpretación, la cual creo ha cobrado vigencia y se ha resuelto con la nueva redacción que la Ley 38/2011 ha dado al artículo 48 de la LC, incorporando en el mismo una somera explicación sobre las consecuencias de la intervención o sustitución para el caso de las personas jurídicas (situación que será comentada en el apartado destinado al órgano de administración).

<sup>4</sup> VÁZQUEZ IRUZUBIETA: *Comentarios a Ley Concursal*, 2003, págs. 463-464.

<sup>5</sup> *Vid.* GARCÍA RUBIO, M.P.: «Artículo 48». En BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), 2004, pág. 430.

## 2.2. Junta general ordinaria y presentación de cuentas anuales

Como se ha dicho, subsiste durante el concurso la actividad ordinaria de celebración de la Junta de socios. La ley exige que una de ellas, la Junta ordinaria, sea necesariamente celebrada en un plazo concreto e incorporando como mínimo el orden del día descrito en la ley, donde se encuentra, como se ha visto, la aprobación de las cuentas anuales del ejercicio anterior. En el concurso de acreedores subsiste la obligación de presentar las cuentas anuales. La obligación de presentar cuentas anuales la establece el artículo 46 de la LC, que también ha cambiado su redacción con la entrada en vigor de la citada Ley 38/2011. Por un lado, cabe decir que en caso de intervención, la obligación de formulación es de los administradores de la sociedad, con la supervisión de los administradores concursales. Por otro lado, en caso de suspensión de las facultades, será el propio administrador concursal el que directamente se encargue de su formulación. Según el artículo 40 de la LC, la intervención de los administradores concursales se da en principio cuando el concurso sea voluntario, es decir, cuando ha sido solicitado por el propio deudor. Por el contrario, a priori, se suspenden sus facultades cuando estamos ante un concurso necesario, es decir, cuando lo ha solicitado algún acreedor. Hay que resaltar que esta situación es «en principio», porque nada obsta que el juez, siempre de forma motivada, se aparte de esta situación y acuerde la suspensión en caso de concurso voluntario y la intervención en caso de concurso necesario. Además, incluso durante el transcurso del procedimiento el administrador concursal puede solicitar el cambio de estas situaciones, que, en todo caso, deberá ser aprobada por el juez mediante auto. Pues bien, hasta aquí aparecen coincidencias respecto a la redacción de 2003. El cambio radica en que ahora el administrador concursal *puede* autorizar que se formulen las cuentas anuales un mes después de que se presente por este el inventario y la lista de acreedores. Consecuentemente, el plazo para la aprobación de las cuentas, que compete como se ha dicho a la Junta general ordinaria, podrá ser en los tres meses siguientes de su formulación. Como a continuación se explicará, estos nuevos plazos pueden hacer que se superen los plazos regulados en la normativa societaria común, por lo que, el propio precepto concursal estipula que no se producirá el cierre de la hoja registral si este hecho es comunicado al Registro Mercantil. Si acudimos al artículo 75 de la LC vemos cómo el plazo general para que el administrador concursal presente el informe del inventario y lista de acreedores es de dos meses a partir de la aceptación del cargo de dos de ellos. Nuevamente existen cambios en este aspecto, puesto que en la anterior redacción estábamos ante un plazo único de dos meses. Ahora, con la dicción actual, se permiten prórrogas sobre este plazo. De este modo, el plazo general de dos meses se podrá prorrogar (por el juez):

1. En caso de que concurren circunstancias excepcionales, a solicitud de la administración concursal presentada antes de que expire el plazo legal, por tiempo no superior a dos meses más. No obstante, el administrador que haya sido nombrado en, al menos, tres concursos en tramitación no podrá solicitar prórroga para la emisión de su informe, salvo que justifique que existen causas ajenas a su ejercicio profesional.
2. Si al vencimiento del plazo de dos meses no hubiera concluido el plazo de comunicación de créditos, a solicitud de la administración concursal, hasta los cinco días siguientes a la conclusión del plazo.
3. Cuando el número de acreedores sea superior a dos mil, los administradores concursales podrán solicitar una prórroga por tiempo no superior a cuatro meses más.

Como puede denotarse, esta novedad respecto a los plazos para la realización del inventario afecta también al caso de la formulación de cuentas anuales, permitiendo que el lapso de tiempo sea mayor. Con ello, y en forma de ejemplo, según la regla general tenemos: dos meses para que el administrador presente su informe con los siguientes documentos (inventario de la masa activa, lista de acreedores, en su caso, el escrito de evaluación de las propuestas de convenio y, en su caso, el plan de liquidación); un mes para que los administradores formulen las cuentas anuales; y tres meses para la aprobación de las cuentas. Por lo tanto, en el menor de los casos estamos hablando de un lapso de seis meses, que podrían llegar como máximo a diez meses, en el caso del inciso tercero, es decir, cuando los acreedores sean un número superior a dos mil. Estos nuevos plazos del régimen concursal se aplicarían en su caso cuando entren en conflicto con los plazos generales dispuestos en la LSC.

A modo de ejemplo, si el administrador concursal, o dos de ellos cuando sean tres, aceptan el cargo en septiembre, tendrán dos meses para presentar el requerido informe, es decir, como máximo en noviembre. Entiendo que tal situación no alteraría el normal desarrollo de la formulación de las cuentas que debería realizarse dentro de los tres meses del cierre de ejercicio según regula el artículo 253 de la LSC. Por su parte, la Junta ordinaria tiene un plazo de seis meses como máximo desde el inicio del ejercicio para celebrarse. Por esta razón, en el caso descrito, en que se ha presentado el informe en noviembre, la nueva normativa concursal no tendría por qué alterar el normal desarrollo de los plazos relativos a las cuentas anuales<sup>6</sup>. Pero considero que esta especial regulación del concurso podría alterar el normal desarrollo de la formulación y celebración de la Junta en el caso de que la aprobación del cargo se realice ocupando el periodo de formulación y aprobación descrito en la LSC. Esta situación quedará más clara mediante un ejemplo. Pensemos que el administrador acepta el cargo en febrero y aún no se han formulado las cuentas. En este caso el administrador concursal tiene por regla general dos meses para entregar su informe, por lo que nos situaríamos en abril. Por su parte, la formulación será realizada hasta mayo y la aprobación en Junta ordinaria de las mismas podría prorrogarse hasta agosto. Estos plazos pueden alargarse más si se hubiera pedido una prórroga para la presentación del informe por parte del administrador concursal. Por lo que, si, por ejemplo, el juez le ha concedido dos meses más, podríamos encontrarnos, en el caso expuesto, con un límite sobre la aprobación que se alargaría hasta el mes de octubre. En todo caso, la superación de estos límites comunes, amparados en la LC, no producirán el cierre de la hoja registral cuando se dé cuenta de ello al juez y al Registro Mercantil correspondiente. Por otro lado, interesa hacer constar, que el precepto da la posibilidad al administrador concursal para que retrase estos plazos, pero no se lo impone, por lo que puede suceder que finalmente se respeten los plazos normales y generales establecidos en la LSC. Por último, cabe decir que estas especiales consideraciones se darían, en su caso, en el primer año de la declaración del concurso, ya que, si este dura más ejercicios, para los siguientes se deberá acudir a los plazos generales (tres meses para formular y seis para celebrar la Junta que apruebe las cuentas).

### 2.3. Obligación de asistencia del administrador concursal a las Juntas de socios

En la anterior redacción tan solo se disponía que el administrador concursal tenía el derecho a acudir a las reuniones de los órganos sociales con voz pero sin voto. No se aportaba más luz sobre

<sup>6</sup> Se está tomando como patrón del ejemplo el cierre y apertura del año societario coincidente con el año natural, es decir, con inicio de ejercicio el 1 de enero.

este aspecto, dejándose abiertos diversos interrogantes, como, por ejemplo: qué sucedería si el administrador no acudía a la Junta, ya que se disponía literalmente «tendrá derecho»; o sobre la validez de los acuerdos celebrados en su ausencia. Esta deficiencia legislativa se ha ido disipando, con mayor o menor acierto, por la doctrina. Muestra una situación controvertida la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de febrero de 2008 (en adelante, DGRN), en la que se consideró convocada indebidamente una Junta general que fue realizada por unos administradores que tenían sus facultades suspendidas. Los hechos fueron los siguientes: se celebra una Junta bajo la presencia del notario y del administrador concursal. Pero debido a un tumulto formado en la misma se decide suspenderla, razón por la cual el administrador concursal abandona la Junta (pensando en la suspensión de la misma). Una vez marchado este, se decidió reanudarla. Se procedió de este modo al nombramiento de nuevos administradores sociales (situación que como es sabida es objeto de inscripción en el Registro Mercantil). Consecuentemente, el Registrador denegó esta inscripción, al considerar falta de poder para convocarla. Dos son las posturas que se suelen aducir frente a una suspensión de facultades de administración: la primera entiende que solo se reduce a la suspensión de sus facultades de administración y disposición; mientras que la segunda entiende que la suspensión conlleva una completa traslación de poderes de administrar. La DGRN termina resolviendo que los administradores sociales no pueden recuperar al hilo de la celebración de la Junta las facultades de gestión que les han sido despojadas judicialmente, por lo que la nueva Junta convocada no ha sido realizada de forma regular<sup>7</sup>. La realidad de esta denegación se centró en un problema de capacidad para convocar, ya que estando sus facultades suspendidas, una vez se decretó la suspensión de la Junta, la capacidad para su reanudación (entendiendo la misma como una nueva convocatoria) debió realizarse por el administrador concursal. Pero junto con ello, también se podría aducir la falta de asistencia del administrador concursal a la Junta, para ejercer su derecho a ser oído. Lo cierto es que la anterior redacción del artículo 48 de la LC disponía que «los administradores concursales **tendrán** derecho de asistencia» a la sesiones de la Junta, lo que no dejaba de ser interpretable. En mi opinión, esa nueva Junta también debería haberse realizado con la presencia del administrador concursal. En otro sentido, no habría infracción si la convocatoria a la Junta, además de a los socios se hubiera comunicado al administrador concursal, siendo decisión de este el asistir o no a la misma. Por lo tanto, con anterioridad a la Reforma concursal, no era exigible la presencia del administrador concursal, ya que el precepto lo configura como un derecho. Por ello entiendo que la falta de convocatoria impedía a estos ejercer su derecho de asistencia, por lo que el normal proceder sería el de convocarlo como al resto de socios. Correlativamente también aparecían dudas sobre la legalidad o no de los acuerdos celebrados en la Junta en la que ha estado ausente el administrador concursal. Parecía claro que con anterioridad a la Reforma concursal no se podían anular los acuerdos cuando se le hubiera convocado. Pero tampoco era clara la nulidad en el caso de que no se le haya citado, ya que el artículo 48.1 *in fine* no parecía ser una norma imperativa que obligara a su presencia en la Junta<sup>8</sup>.

Lo cierto es que las posibles vacilaciones doctrinales, fruto de la parquedad del precepto, deberían disiparse tras la reforma de 2011. Ahora se precisa legalmente que «la constitución de la Junta o asamblea y otro órgano colegiado con el carácter de universal no será válida sin la concurrencia de

<sup>7</sup> *Vid.*, sobre esta resolución, el comentario de SÁNCHEZ-CALERO, J.: «Los efectos de la suspensión sobre la administración de la sociedad en concurso (Comentarios de urgencia a la Resolución de 1 de febrero de 2008 de la Dirección General de los Registros y del Notariado)». En *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 14, 2008, págs. 631-636.

<sup>8</sup> *Vid.* RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: «Junta General celebrada sin conocimiento ni asistencia de los administradores concursales», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 5. Opiniones Legales, 2005, págs. 1 a 3.

la administración concursal». Como se puede apreciar, es un requisito imprescindible el hecho de que el administrador o administradores concursales estén presentes en la celebración de la Junta. El hecho de que no se precise que esta sea ordinaria, extraordinaria o universal, inclina a pensar que esta exigencia se presupone para todas ellas. Por lo tanto, una Junta, sea del carácter que sea, sin que haya asistido el administrador concursal será inválida, y por ende, no podrán surtir efecto los acuerdos por ella adoptados. Con ello, entiendo que ya no sirve simplemente que el administrador sea convocado a la Junta, aunque luego no asista, sino que lo realmente exigible va a ser su presencia física en la misma. En todo caso, la forma de convocar al administrador concursal será conforme a las normas contenidas en la LSC y con la misma antelación que se precisa para los socios, que según su artículo 176 será de un mes en el caso de sociedades anónimas y quince días en el caso de sociedades de responsabilidad limitada. Respecto a las dudas sobre la repercusión de dicha ausencia, las dudas sobre la nulidad o no de la Junta o de sus acuerdos, parece ahora decantarse hacia la invalidez de lo acordado en dicha Junta.

En el caso de que el administrador concursal haya sustituido las facultades de los administradores sociales deberá ser este quien convoque la respectiva Junta, al ser un acto de gestión, por lo que no cabe duda de que este va a estar enterado de la fecha y lugar de la celebración de la asamblea. Aun así, en este caso entiendo que sigue existiendo su obligatoriedad de asistencia, por lo que su ausencia tendría la misma repercusión que la descrita sobre estas líneas. Por su parte, si una Junta fuera convocada por unos administradores sociales que tengan sus facultades suspendidas, la infracción legal sería doble: por un lado, la transgresión de sus facultades, y por otro, la ausencia del administrador concursal en la misma (el resultado no puede ser otro que el de la invalidez de lo acordado en la Junta). En caso de intervención de las facultades, en principio, la Junta va a ser convocada por los administradores sociales, los cuales, como ya se ha mencionado, deberán citar en la forma prevista al administrador concursal. No presentaría mayores problemas la Junta extraordinaria, incluso cuando sea solicitada por el 5 por 100 del capital social, ya que el órgano competente para efectuar la convocatoria y la necesidad de presencia de la administración concursal se mantienen.

Mayores problemas pueden surgir en el caso de la denominada Junta universal. Como ya se ha anticipado, esta es la que se realiza normalmente de forma esporádica<sup>9</sup>. En una Junta celebrada en tales supuestos, de una forma espontánea o cuanto menos de manera más informal, la convocatoria o presencia del administrador concursal podría ser más discutible (es más probable que este tipo de Juntas se realicen sin contar con la presencia de la administración concursal). Pero cabe decir que esta reunión no deja de ser una Junta general en la que se podrán debatir asuntos propios de su competencia, y que el artículo 48 de la LC no hace distinción entre unas y otras. Por lo que en estos casos entiendo que la presencia del administrador concursal debe ser también obligatoria, so pena de invalidez de la misma. Como se ha dicho, la especialidad de este tipo de Junta lleva aparejada una mayor facilidad para que la misma se celebre sin la asistencia de la administración concursal. Por este motivo se deben extremar las precauciones para el caso de Juntas universales, ya que la ley no hace distinción entre tipología de Juntas.

<sup>9</sup> BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, Ed. Tecnos, Madrid, 2007, pág. 417. Según estos autores, no tiene siempre por qué ser así (esporádica), ya que podrá venir precedida de una convocatoria informal, puesto que el requisito exigido es el de que esté presente todo el capital social, y se acepte su celebración por unanimidad, no requiriéndose en estos casos los requisitos formales de convocatoria.

Como vemos, la presencia de la administración concursal es preceptiva en toda clase de Juntas, bien se traten temas económicos o patrimoniales, o bien de otra índole. Pero la nueva redacción añade otro requisito sobre la actuación de estos. Anteriormente solo se prescribía su derecho a asistencia y voz, pero sin voto. En la actualidad se dispone que los acuerdos de la Junta con «contenido patrimonial o relevancia directa para el concurso» requerirán para ser eficaces la **autorización o confirmación** de la administración concursal. Se dota al administrador concursal de una postura más activa, que va a exceder tanto de su mera presencia, como incluso de su mera opinión. Por lo que, en las Juntas ordinarias, en tanto en cuanto se van a resolver sobre las cuentas anuales y la asignación del resultado, ineludiblemente debería aparecer la intervención del administrador concursal, cuya autorización tendría que aparecer en el acta del acuerdo. Esta autorización no tendría por qué aparecer en las Juntas extraordinarias o universales en tanto en cuanto estas no resuelvan aspectos patrimoniales o de relevancia directa para el concurso. Junto con ello cabe precisar que el vocablo «relevancia jurídica para el concurso» constituye un concepto jurídico indeterminado, que en espera de resoluciones judiciales sobre el mismo, merece una general crítica inicial. Ello es así porque, de facto, estaría dejando al arbitrio del administrador concursal su capacidad para autorizar sobre numerosos aspectos, y su facultad para bloquear la Junta, aumentando sus suspensiones y posibles tensiones entre socios, administradores sociales y concursales.

El legislador ha querido complementar la presencia obligatoria del administrador concursal en las Juntas o asambleas dotándolo de una postura activa añadiendo una capacidad de autorización que va más allá de una mera capacidad de voto. Podría haber optado por incrementar sus competencias otorgándole el derecho a votar, como si se tratara de un socio más (recordemos que anteriormente tenía capacidad para ser oído pero no para votar). La cuestión criticable radica en que esta nueva faceta de tener una potestad de autorización va más allá y supone una suerte de posición relevante del administrador concursal en la Junta. Por lo tanto, independientemente de sus facultades de intervención o sustitución, el administrador concursal puede dejar sin efecto un acuerdo (siempre que tenga contenido patrimonial o sea relevante para el concurso). Me parecen un tanto extralimitadas tales prerrogativas, ya que no se trata de suplir o intervenir a los administradores de una sociedad, los cuales pueden ser inoperantes para el puesto, o realizar una mala gestión, etc., sino que se trata de limitar la decisión de los socios que tienen invertido su dinero en la sociedad. En suma, se está restringiendo en manos de una persona la actuación de la representación social y democrática por antonomasia de una sociedad. Más aun cuando se ha redactado por la ley un concepto indeterminado, como es el de «relevancia directa para el concurso», que dejaría un mayor margen de actuación al administrador concursal.

Por lo tanto, considero que, en todo caso, debería haberse restringido su autorización solo para los acuerdos con contenido patrimonial, cuyo interés para el concurso es evidente y su determinación objetiva mayor, y no extrapolarlo también a aquellos otros aspectos con relevancia directa para el concurso. Por otro lado, considero adecuada y eficaz la presencia del administrador concursal en la Junta, debiendo ser inválida en sentido contrario. Como administrador interventor o sustituto de la administración social, su asistencia y capacidad de opinión resulta imprescindible. Además, sería conveniente que amén de poder opinar se le diera el derecho a hacer efectiva su opinión, quizá votando, siquiera con un voto de calidad. Pero me parece un tanto excesiva la prerrogativa que deja al administrador concursal la capacidad de dejar sin efecto el voto de la mayoría de los socios. En suma, del actual precepto se colige una obligada asistencia por parte de la administración concursal a las

Juntas generales, del tipo que sean, siendo las mismas inválidas con dicha falta. Además, se requiere la autorización del administrador concursal para aprobar aspectos que conlleven un carácter patrimonial o un interés con relevancia directa para el concurso, lo que supone una actitud activa por su parte, que le dota una criticable capacidad de bloqueo, al requerirse su autorización.

### III. EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN

El otro órgano social que ve modificada sus exigencias en el concurso es la administración de la sociedad. Dejando de lado los temas relativos a su posible responsabilidad y de la posibilidad de embargo de sus bienes, se comentarán las novedades que el artículo 48 de la LC ha introducido respecto a su funcionamiento y facultades. Como se ha mencionado anteriormente, en la redacción del texto normativo del año 2003 no aparecían de forma explícita los aspectos sobre la intervención o sustitución de las facultades de las personas jurídicas. Pero ello no ha sido óbice para que se acudiera a las disposiciones del artículo 40 de la LC para completarlo, y acoger lo dispuesto en este para el caso de personas jurídicas. Lo cierto es que en la actualidad, para evitar posibles confusiones, el legislador ha incluido en el propio artículo 48 de la LC una mención expresa sobre la intervención y sustitución en caso de administradores de personas jurídicas. Prácticamente viene a decir lo mismo sobre aquello que ya se establecía para el caso de concursados que fueran personas físicas.

En primer lugar, parece acertado precisar que en caso de concurso voluntario (solicitado por el deudor) en principio el órgano de administración conserva las facultades de administración y representación, aunque limitadas por la intervención o autorización del administrador concursal. Por su parte, si el concurso es necesario, es decir, si es solicitado por algún acreedor, el resultado general va a ser el de la suspensión de las facultades del administrador, quien quizá solo mantenga las de representación. Por lo que la administración va a pasar a manos del administrador concursal. También es considerado concurso necesario cuando en los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud del deudor, se hubiera presentado y admitido a trámite otra solicitud de concurso por cualquier legitimado, aunque este hubiera desistido, no hubiera comparecido o no se hubiese ratificado en su solicitud. Aunque lo que se acaba de comentar no quita para que el juez en el auto de declaración pueda considerar motivadamente el caso inverso, es decir, decreta la suspensión de facultades en el seno de un concurso voluntario o la intervención en caso de que este sea necesario. También puede ocurrir que durante el transcurso del concurso puedan revertirse estas situaciones. Este es el caso que se resolvió por el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, de 30 de diciembre de 2004. Habiéndose dictado concurso voluntario el 27 de octubre de 2004 con las facultades de los administradores intervinidas, se puso de manifiesto el 29 de diciembre que se había realizado una Junta en la que se cambió el consejo de administración de la sociedad. Por esta razón la administración concursal solicitó la suspensión de las facultades de los nuevos administradores, ya que consideraba que estos pondrían en peligro la viabilidad de la empresa. Se dice en la sentencia que «este cambio de facultades patrimoniales del concursado también se prevé en el artículo 48.1 respecto de las personas jurídicas». Por lo que la jurisprudencia ya estaba de facto extrapolando a las personas jurídicas de lo dispuesto en los artículos anteriores. Termina concluyendo «que existen 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 desarrollada... y bloquear la coordinación de las empresas concursadas y no concursadas vinculadas a Tracoinsa, en la que no se han producido hasta la fecha cambios en el consejo». Como puede colegirse, un cambio en las personas de los administradores puede suponer que se dé un canje en las facultades administrativas de estos. En el caso expuesto se apreciaron bastantes conductas que inclinaban a pensar como conveniente el cambio de facultades, tales como: discrepancias entre administradores, mal estado de salud del consejero delegado entrante, dudas sobre la juridicidad de los acuerdos de la Junta, temas de confianza en los mercados y otra serie de inseguridades motivadas a juicio del juzgador.

También podemos encontrar la misma solución en otro auto más reciente<sup>10</sup>. En el mismo se dice que cuando el cambio lo adopta el juez ab initio, este debe ponderar los riesgos que se pretenden evitar y las ventajas que se quieran obtener, tal y como dispone el artículo 40.3 de la LC. Pero en caso de que el cambio sea solicitado por el administrador concursal (solución dispuesta en el art. 40.4 LC) se deben valorar «las razones esgrimidas por el administrador concursal para interesar la modificación posterior, tras oír a la concursada a fin de conocer bien la justificación de la actividad o actitud que se pretende atajar con el cambio». En el caso enjuiciado el administrador concursal argumentó básicamente que el administrador social no le facilitaba la documentación precisa y que este estaba realizando dejaciones en sus funciones. Por tanto, se estarían conculcando los deberes de información y colaboración que recaen en la figura del deudor por mor de lo dispuesto en el artículo 42 de la LC. Por estas razones finalmente el juez optó por realizar el cambio de facultades, pasándose en lo sucesivo a suspenderlas y ser sustituidas por la administración concursal. Como puede observarse, una conducta de dejación, y más aún, de perturbación tanto en las funciones propias como sobre las del administrador concursal, resulta un motivo suficiente para que durante el *iter* concursal varíen las capacidades de gestión y administración del órgano de administración societario.

Como se deduce hasta aquí, se ha venido aplicando con normalidad hasta la promulgación de la Ley 38/2011 lo dispuesto en el artículo 40 de la LC para el caso de personas jurídicas. Este artículo 40 de la LC no ha variado con la nueva redacción de la LC y son plenamente aplicables en la actualidad los apartados tercero y cuarto como hemos visto. Con la actual reforma se han pretendido despejar posibles dudas interpretativas y se han incorporado en el propio artículo 48 de la LC aquellas apreciaciones sobre la intervención o suspensión, que en esencia coinciden con los apartados primero y segundo del artículo 40 de la LC. De este modo se ha dispuesto que «en caso de suspensión, las facultades de administración y disposición propias del órgano de administración o liquidación pasarán a la administración concursal. En caso de intervención, tales facultades continuarán siendo ejercidas por los administradores o liquidadores, con la supervisión de la administración concursal, a quien corresponderá autorizar o confirmar los actos de administración y disposición». Como se ha dicho, este nuevo párrafo no aporta nada novedoso, salvo despejar posibles dudas doctrinales acerca de la extensión de las consideraciones establecidas en el artículo 40 de la LC para el caso de las personas jurídicas. Lo que sí que introduce la reforma del 2011 es una precisión, en mi opinión bastante acertada. En el mismo párrafo se dice que «los administradores o liquidadores del deudor

<sup>10</sup> Dictado por el Juzgado de lo Mercantil de Murcia el 12 de mayo de 2006.

persona jurídica continuarán con la representación de la entidad dentro del concurso». Esta precisión no se contiene en el artículo 40 de la LC, aunque ya era considerada por la doctrina<sup>11</sup>. Pero ahora parecen despejarse las dudas sobre el hecho de que en las personas jurídicas los administradores conservarán durante el concurso sus capacidades de representación en todo caso, siendo las de administración, gestión y disposición las que quedarán limitadas. Lo curioso es que esta incorporación no ha sido reproducida en el artículo 40 de la LC. Por este motivo podrán aparecer opiniones que piensen que las facultades de representación solo subsisten, después de la reforma, para las empresas jurídicas, ya que legislador solo lo ha considerado para estas. En mi opinión, y puesto que anteriormente no había problemas para admitir la situación contraria, considero que la facultad de representación también deberá subsistir en caso de los administradores de las personas físicas concursadas. Junto con esta inclusión del mantenimiento de la capacidad de representación, el mismo artículo 48.3 de la LC incorpora un párrafo que dispone y aclara que «los apoderamientos que pudieran existir al tiempo de la declaración de concurso quedarán afectados por la suspensión o intervención de las facultades patrimoniales».

Tras la reforma concursal también se inserta en el artículo 48 de la LC un apartado cuarto, bastante importante a mi juicio, en el que se dice que si el cargo de administrador fuera retribuido «el juez del concurso podrá acordar que deje de serlo o reducir el importe de la retribución, a la vista del contenido y la complejidad de las funciones de administración y del patrimonio de la concursada». Paradójicamente, y como aspecto criticado por la doctrina<sup>12</sup>, el artículo 217 de la LSC establece que el cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos sociales establezcan lo contrario. Pero no cabe duda de que lo usual en la práctica es que los administradores estén de alguna u otra forma remunerados. También existe la conveniencia de que la remuneración debe aparecer en los estatutos de la sociedad, aunque hay más discrepancia sobre la concreción de esta retribución. En este sentido, la mayoría de la doctrina se ha pronunciado a favor de que lo que debe aparecer fijado en los estatutos debe ser un sistema entendido este como unas líneas básicas que no dejen una entera discrecionalidad a la Junta<sup>13</sup>. Este apartado cuarto es totalmente novedoso y supone un aspecto anteriormente no regulado para el régimen societario. No se contiene en este caso que esta rebaja o eliminación de la remuneración deba ser solicitada por parte de la administración concursal. Lo que lleva a la duda sobre si el juez tiene que adoptar esta medida de oficio, o bien a instancia de parte. La lógica de una interpretación sistemática de la norma, y no meramente literal, llevaría a considerar que pueda perfectamente la administración solicitar al juez la adopción de la medida. En todo caso, lo que sí que parece claro es que su adopción va a ser competencia exclusiva por parte del órgano jurisdiccional, y, por lo tanto, no es una medida que entre dentro de las facultades de administración del interventor concursal.

Por último, otra importante novedad es la que ha venido recogida en el artículo 48 de la LC *in fine* que dispone que «a solicitud de la administración concursal, el juez podrá atribuirle, siempre que

<sup>11</sup> GÓMEZ MARTÍN, F.: *Doctrina de los tribunales en sede concursal*, Ed. Comares, Granada, 2007, pág. 216.

<sup>12</sup> Por ejemplo, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: «La retribución de los administradores de sociedades cotizadas (La información societaria como solución)», en *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 28, 2007, pág. 26.

<sup>13</sup> Por ejemplo, FARRANDO, MIGUEL, I.: «La retribución de los administradores de las sociedades cotizadas y el mercado de los ejecutivos. (Un primer examen desde la óptica mercantil de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo penal, de 17 de julio de 2006)», en *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 27, 2006, pág. 382. Donde cita entre otros autores a SÁNCHEZ CALERO, MARTÍNEZ SANZ O VICENT CHULIÀ.

se encuentren afectados los intereses patrimoniales de la persona jurídica concursada, el ejercicio de los derechos políticos que correspondan a esta en otras entidades». En este último apartado sí que aparece expresamente el hecho de que sea la administración concursal la que tenga que solicitar esta medida al juez. Entiendo que solo esta (la administración concursal) es la legitimada para solicitar esta acumulación, y no otros sujetos. Su incorporación recobra aquí virtualidad y tiene sentido desde la óptica de que va a ser la administración concursal la destinataria de esta concesión judicial, y la que recibirá del juez los derechos políticos sobre otras entidades. Estamos en este supuesto en el caso de empresas que pertenezcan a un grupo en cualquiera de las formas o términos posibles. La ley no restringe ni delimita la concreta forma de constitución o régimen del grupo de sociedades. Tampoco se exige que la empresa posea el tanto de control sobre otra, es decir, no exige que la concursada sea la dominante de otra. Se habla en todo momento de derechos políticos que correspondan a esta sobre otras entidades, lo que parece dejar entrar aquellos casos en que no se tiene el control, y se tiene algún derecho político fruto de una participación menor. Tampoco parece que el administrador concursal esté sustituyendo al administrador social en sus derechos políticos frente a otras entidades, pues el tenor dice «que correspondan a esta», refiriéndose a la persona jurídica. Lo que permite que siga siendo posible que un administrador o miembro del consejo lo sea de otra entidad, o bien sea socio de otra organización societaria. Es decir, aquí no se está sustituyendo las facultades del administrador o consejero, cuando este pertenezca por ejemplo a otro consejo. El objetivo es el de poder actuar en nombre de la sociedad concursada en otras sociedades o empresas que sean de interés, o que puedan de algún modo afectar a la persona jurídica de la concursada.

## BIBLIOGRAFÍA

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.) [2004]: *Comentarios a la Ley Concursal*, vol. I. Ed. Tecnos.
- BROSETA PONT, M y MARTÍNEZ SANZ, F. [2007]: *Manual de Derecho Mercantil*, Ed. Tecnos, Madrid.
- FARRANDO, MIGUEL, I. [2006]: «La retribución de los administradores de las sociedades cotizadas y el mercado de los ejecutivos. (Un primer examen desde la óptica mercantil de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo penal, de 17 de julio de 2006)», en *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 27.
- GÓMEZ MARTÍN, F. [2007]: *Doctrina de los tribunales en sede concursal*. Ed. Comares, Granada.
- RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. [2005]: «Junta General celebrada sin conocimiento ni asistencia de los administradores concursales», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 5. Opiniones Legales.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. [2008]: «Los efectos de la suspensión sobre la administración de la sociedad en concurso (Comentarios de urgencia a la Resolución de 1 de febrero de 2008 de la Dirección General de los Registros y del Notariado)». En *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 14.
- [2007]: «La retribución de los administradores de sociedades cotizadas (La información societaria como solución)». En *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 28.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. [2003]: *Comentarios a Ley Concursal*. Ed. Dijusa.