

EL PRESUPUESTO OBJETIVO EN LA LEY CONCURSAL

Juan Sánchez-Calero Guilarte*

Publicado en:

Estudios sobre la Ley Concursal.
Libro Homenaje a Manuel Olivencia
Madrid-Barcelona 2005
Vol. I, pp. 1195-1217

ISBN 84-9768-178-9 (Tomo I)
ISBN 84-9768-177-0 (Obra completa)

* Catedrático de Derecho Mercantil
Departamento de Derecho Mercantil. Facultad de Derecho.
Universidad Complutense.
Ciudad Universitaria s/n.
28040 Madrid
00 34 -913 94 54 93
jscalero@der.ucm.es
<http://www.ucm.es/info/mercantil>

Documento depositado en el archivo institucional EPrints Complutense
<http://www.ucm.es/eprints>

EL PRESUPUESTO SUBJETIVO EN LA LEY CONCURSAL

JUAN SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE
Catedrático de Derecho Mercantil

SUMARIO:

I.-	CONSIDERACIONES GENERALES.....	3
II.-	LA PERSONALIDAD DEL DEUDOR COMO PRESUPUESTO DEL CONCURSO.....	5
III.-	EL CONCURSO DE PERSONAS JURÍDICAS COMO SUPUESTO HABITUAL.....	8
	1. La insolvencia de las sociedades mercantiles.....	9
	2. La declaración de concurso y la actuación de los administradores sociales.....	16
IV.-	EL CONCURSO DE LAS SOCIEDADES IRREGULARES....	28
V.-	LAS SOCIEDADES CIVILES.....	30
VI.-	LAS SOCIEDADES ESPECIALES	32
VII.-	APUNTE SOBRE LA INSOLVENCIA DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES.....	33

I.- CONSIDERACIONES GENERALES

La Ley Concursal (en adelante "LC") se inicia con una delimitación de lo que califica como los presupuestos del concurso, lo que se concreta de forma especial en sus presupuestos subjetivo y objetivo que quedan determinados en sus dos primeros artículos¹. Desde un punto de vista sistemático se trata de un acierto, puesto que sirve para determinar el alcance del sistema concursal y para precisar las líneas fundamentales del mismo. En suma, los presupuestos delimitan el ámbito de aplicación de la LC. El propósito de estas páginas es analizar la regla general que en cuanto al sujeto del concurso enuncia el art. 1.1. LC al decir que la declaración judicial de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica.

La extensión del concurso a cualquier deudor enlaza con una de las características inspiradoras de la Ley, como es la de la unidad legal y, en especial, la de la disciplina concursal, en la que queda superada la diversidad que hasta ahora consagraban nuestros Códigos y leyes especiales, que contemplaban soluciones concursales para el deudor en función de su estatuto personal. El concurso es una institución general, con las excepciones que el propio art. 1 enuncia en sus apartados 2 y 3. Conforme a esta nueva orientación, la distinción entre quienes son comerciantes o empresarios y aquellos deudores que no lo son ha sido ha quedado superada por la opción a favor de un procedimiento común. Resulta notorio que son los empresarios quienes protagonizan la mayor parte de los procedimientos de insolvencia y que son testimoniales los

¹ Se sigue el antecedente del Anteproyecto de Ley concursal de 1995, cuyos artículos 1 y 2 coincidían en buena medida con los correspondientes de la LC.

casos en los que su protagonista es un deudor no comerciante², lo que lleva a una especial y constante atención legislativa hacia las peculiaridades que plantean las insolvencias empresariales y, dentro de éstas, las de las empresas que adoptan la forma societaria.

Sin perjuicio de ello, son varias las razones que se invocan en la Exposición de Motivos de la LC para justificar esa disciplina común³. La primera es la desaparición del carácter represivo de la insolvencia mercantil. Quizás uno de los puntos en los que con mayor claridad se exprese esa nueva orientación sea en la regulación de los efectos de la declaración de concurso sobre el deudor (v. Título III, Capítulo I, arts. 40 a 48).

La segunda razón alegada es la pretensión de simplificación de un procedimiento que no impide tomar en consideración aspectos concursales específicos que solventen de manera adecuada las particularidades requeridas por el estatuto empresarial, como las que

² Resulta ilustrativa la valoración que de la información estadística disponible hasta entonces realizan CERDÁ ALBERO, F./SANCHO GARGALLO, I., *Curso de Derecho concursal*, Madrid (2000), pp. 48-52.

Por otro lado, la unificación de los procedimientos de insolvencia resulta igualmente oportuna si tomamos en cuenta el absurdo de que se mantengan procedimientos distintos en una materia que, también en términos estadísticos, es insignificante dentro del conjunto de la carga de trabajo de nuestros Juzgados civiles. Los procedimientos de suspensión de pagos y quiebras no llegan al 1% de los asuntos que ocupan a los Juzgados de Primera Instancia: v. Consejo General del Poder Judicial, Memoria Anual 2002, p. 377, gráfico 2.4.

³ Dentro de su apartado II se indica: *“La superación de la diversidad de instituciones concursales para los comerciantes no es una fórmula que, además de estar justificada por la separación del carácter represivo de la insolvencia mercantil, viene determinada por la tendencia a simplificar el procedimiento, sin que ello suponga ignorar determinadas especialidades del concurso de los empresarios sometidos a un estatuto propio (llevarza obligatoria de contabilidad, inscripción en el Registro Mercantil) y de la existencia en la masa activa de unidades productivas de bienes o de servicios, especialidades que son tenidas en cuenta a lo largo de la regulación del concurso, desde su solicitud hasta su solución mediante convenio o liquidación.*

La unidad del procedimiento de concurso se consigue en virtud de la flexibilidad de que la ley lo dota, que permite su adecuación a diversas situaciones y soluciones, a través de las cuales puede alcanzarse la satisfacción de los acreedores, finalidad esencial del concurso. A mayor abundamiento, se han previsto reglas especialmente ágiles para los concursos de menor entidad”.

derivan de la llevanza de una contabilidad y de su publicidad registral, o las dificultades que conlleva tener que administrar elementos patrimoniales complejos, incluida la eventual disposición sobre los mismos como consecuencia directa del propio procedimiento concursal. Por otro lado, estas notas particulares distan mucho de ser novedosas, por lo que la LC lo único que ha tenido que hacer es proceder a incorporar y mejorar la experiencia que a ese respecto motivó la vigencia del anterior régimen legal en materia de insolvencia mercantil.

Resulta obvio, en cualquier caso, que la afirmación del presupuesto subjetivo por el art. 1.1 LC tiene también efectos excluyentes, pues se nos está diciendo que existirán figuras respecto de las que no procederá la declaración de concurso, lo que es tanto como declarar que su insolvencia no podrá ser tramitada por medio de un procedimiento judicial específico⁴.

II. LA PERSONALIDAD DEL DEUDOR COMO PRESUPUESTO DEL CONCURSO.

Los términos amplios en que se formula en el art. 1.1 LC el presupuesto subjetivo del concurso operan también en ese doble sentido que hemos apuntado. El primero, afirmativo, lleva a proclamar que “*cualquier deudor*” puede ser el protagonista de la declaración de concurso. De esa formulación cabe concluir, inicialmente, la vocación universal de la legislación concursal y, más concretamente, la esencial y ya apuntada transformación de nuestro ordenamiento, que no atiende ya a que el deudor sea o no empresario. Esta última circunstancia deviene irrelevante,

⁴ Adviértase que, en congruencia con la finalidad de la unidad legal, se han derogado los arts. 1912 a 1920 CC; v. disposición derogatoria única, apartado 3, 2º LC).

puesto que el estatuto o la actividad del deudor no condicionan ya el régimen de su insolvencia.

En segundo termino, el art. 1.1 LC admite una lectura restrictiva del presupuesto subjetivo, considerando la única matización que contiene y que distingue entre persona natural o jurídica. Pudiera plantearse el motivo y la pertinencia de esta sola aclaración legal, que reproduce la básica distinción que en materia de personalidad civil contiene el Código de Comercio (v. Libro I, Título II). Tanto porque ambas categorías se incluyen en la referencia a cualquier deudor, como porque, puestos a matizar la regla principal, pudiera haberse añadido una segunda distinción entre deudores empresarios y quienes no lo son. La respuesta a la posición legislativa puede venir dada por la relevancia estadística de la matización acogida. De manera que, aunque sea habitual que el concurso parta de la insolvencia de sociedades, preferentemente mercantiles, también procede respecto al deudor-persona física.

Una segunda y más pausada reflexión conduce probablemente a atender a la relevancia del elemento de la personalidad como criterio delimitador. Se ha supeditado la iniciación del procedimiento concursal a que el deudor tenga reconocida la personalidad, con lo que parece que, salvo la herencia pendiente de aceptación que contempla el art. 1.2, quedan fuera del indicado procedimiento todos aquellos titulares de deudas que no cumplan con esa condición⁵. Esta opción ha sido criticada por cuanto son varias las figuras de naturaleza diversa que se verían afectadas por esa exclusión⁶. Crítica que habrá de ser atenuada por la concreta relevancia del problema con relación a cada uno de los supuestos

⁵ En ese sentido, v. HERRERA CUEVAS, E., *Manual de la reforma concursal*, Madrid (2004), p. 86.

⁶ VILA FLORENSA, P., "Artículo 1", en AA.VV., *Nueva Ley Concursal* (coords. SALA/MERCADAL/ALONSO-CUEVILLAS), Barcelona (2004), p. 69.

excluidos, que pueden integrar hipótesis tan diversas como la comunidad de bienes o las sociedades irregulares o de hecho, entre otras.

Pero dejando a un lado los supuestos que puedan verse afectados por la solución acogida por el art. 11 LC, creemos que lo que se plantea es un tema de mayor calado. En el plano concursal, no se admite al deudor carente de personalidad⁷, frente a aquellas soluciones que, en variadas formulaciones normativas, sí aceptan la existencia de una responsabilidad sin personalidad jurídica⁸, o la que de manera general admite la regulación procesal. Se reprocha a la norma concursal no haber adoptado una posición afín a la de la LEC 2000, que reconoce la capacidad procesal a distintas figuras carentes de personalidad jurídica (v. art. 6 LEC).

Ahora bien, lo primero que conviene tener presente es que ese reconocimiento de la capacidad para ser parte no es genérico. La LEC no atribuye personalidad procesal a cualquier entidad sin personalidad, sino que a aquellas que tienen un reconocimiento de esa personalidad procesal en otra ley⁹. Además, el precedente de la LEC debe ser visto tomando en cuenta que la formulación del presupuesto subjetivo no busca sólo resolver una cuestión procesal, sino tomar en cuenta el particular régimen aplicable al sujeto del concurso, tanto desde la perspectiva de la utilidad de admitir un procedimiento basado en su insolvencia, como para aceptar

⁷ En contra VILA FLORENSA, P., "Artículo 1", *cit.*, p. 70.

⁸ Especialmente interesante en ese sentido es la posición del Derecho tributario, concretada en el art. 35.4 de la Ley, 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (que se inspira en el art. 33 de la LGT de 1963) y que dice: "*Tendrán la consideración de obligados tributarios, en las leyes que así se establezca, las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptible de imposición*".

⁹ V. LORCA NAVARRETE, A., "Artículo 6", en AA.VV., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*², (dir. LORCA NAVARRETE; coord. GUILARTE GUTIÉRREZ, V.), Valladolid (2000), pp. 126-127. El ejemplo típico que pareció inspirar el citado art. 6 sería el de las comunidades de propietarios: v. DE LA OLIVA, A., "Artículo 1", en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid (2001), p. 83.

que sobre el mismo recaigan todos los efectos de la declaración de concurso¹⁰.

La solución del art. 1.1 LC implica rechazar que la titularidad patrimonial, incluida la asunción de deudas que superen los bienes integrantes del patrimonio, sea circunstancia suficiente para verse afectado por un procedimiento concursal. A éste sólo pueden acogerse quienes resulten ser responsables de esas deudas: así lo apunta el art. 25.2 LC al contemplar la posibilidad de la acumulación los concursos de quienes sean "*miembros o integrantes de una entidad sin personalidad jurídica y respondan personalmente de las deudas contraídas en el tráfico en nombre de ésta*". Acumulación que no alcanza a la entidad en cuestión que, por carecer de personalidad, no puede protagonizar un procedimiento concursal propio.

III.- EL CONCURSO DE PERSONAS JURÍDICAS COMO SUPUESTO HABITUAL

Al igual que se señalaba antes que son abrumadora mayoría los procedimientos concursales que afectan a personas jurídicas, frente a los que afectan a personas físicas (comerciantes o no), no es menos obvio que es otra regla general la de que son sociedades mercantiles las que protagonizan los procedimientos concursales¹¹. Basta con una somera lectura de la propia LC para encontrar constantes reglas especiales que

¹⁰ Conforme con HERRERA CUEVAS, E., *Manual, cit.*, p. 91.

¹¹ De una apabullante información estadística referida a suspensiones de pagos y quiebras resulta que, entre el primer trimestre de 2002 y el tercero de 2003, sobre un total de 654 suspensiones de pagos, 258 casos afectaban a sociedades anónimas y 365 a sociedades limitadas (en conjunto 623; un 95% del total); en el mismo período, sobre un total de 1.038 quiebras, 272 se referían a sociedades anónimas y 728 sociedades limitadas (en conjunto 1.000; un 96,34% del total); v. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, Boletín Mensual de Estadística nº 144, diciembre 2003.

acreditan la especial atención prestada “a los supuestos de concurso de persona jurídica”¹².

1. La insolvencia de las sociedades mercantiles

a) Siendo las sociedades mercantiles las protagonistas mayoritarias de los procedimientos de insolvencia, el régimen concursal ha de afrontar los problemas más evidentes y conocidos que resultan de la utilización de determinados tipos societarios como titulares de actividades empresariales. Así podemos comenzar destacando la necesidad de que el procedimiento concursal pueda ser aplicado a todo tipo de empresas societarias con independencia de su tamaño. El concurso afectará a la pequeña sociedad o sociedad familiar, como también lo hará a los grandes grupos multinacionales. Lo que lleva a comprender que la Ley tenga que cumplir en no pocos de sus aspectos esenciales con la premisa de la flexibilidad, que no es sólo una cuestión procedimental, sino también que ha de afrontarse ya desde la determinación de los presupuestos de la declaración de concurso. Probablemente, el primer paso determinante para que el concurso de todo tipo de sociedades mercantiles encuentre una adecuada respuesta legislativa se perfila fundamentalmente en el presupuesto objetivo. Sin perjuicio de ello, es notorio que el legislador se ha visto obligado a contemplar alternativas que sirvan para la tramitación y resolución del concurso de sociedades de distinta dimensión, lo que no implica un simple problema de tamaño, sino sobre todo, de amplitud y variedad de los intereses que se ven afectados por el concurso en cada uno de los supuestos.

¹² Que subraya y explica la Exposición de Motivos en su apartado III.

b) Directamente vinculado con la cuestión del tamaño de las empresas está el de su actividad internacional, que afronta la Ley en buena medida a través de la disciplina contenida en su Título Noveno. Lo que en materia de presupuesto subjetivo puede llevar a considerar opciones contradictorias con la del art. 1 LC, sobre todo cuando la posibilidad de acogerse a ese procedimiento se reconozca para sujetos no comprendidos en el art. 1 de aquélla¹³. Conviene recordar a ese respecto, que la regla general atribuye a la Ley española la determinación de los presupuestos del concurso siempre que éste fuera declarado en España (v. art. 200 LC).

c) El concurso de las sociedades mercantiles plantea muchas cuestiones que han sido ampliamente debatidas -que no quiere decir resueltas- en el seno del Derecho de sociedades. El Derecho concursal es el de la insolvencia de un sujeto que ha llevado a cabo una determinada actividad productiva o de prestación de servicios de acuerdo con unas normas de organización y persiguiendo la satisfacción de determinados intereses. Dentro de lo que es el funcionamiento normal de toda sociedad, la tutela de los intereses de los acreedores se ve sometida, como la que pueda merecer cualquier otro interés particular, a la prevalencia del interés social.

Como es notorio, la legislación societaria no ha querido determinar cuál es, en concreto, ese interés social. Por su parte, la jurisprudencia ha optado por definir el interés social como el interés común de los accionistas, si bien en los últimos tiempos y de forma particular con respecto a las grandes sociedades, el debate sobre el interés social viene

¹³ Existe una sustancial identidad entre el art. 1.1 LC y el ámbito subjetivo de aplicación del Reglamento CE 1346/2000, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimiento de insolvencia (DOCE L 160 de 30 de junio de 2000, p. 1 y ss.). Su considerando 9 indica que *"debería ser aplicable a los procedimientos de insolvencia, independientemente de que el deudor sea una persona física o jurídica, un comerciante o un particular"*, mientras que el art. 1.2 excluye de ese ámbito a entidades financieras que tienen un régimen especial.

denunciando la insuficiencia de esa concepción. Frente a quienes han querido mantener siempre el entendimiento del interés social en el estricto ámbito de los intereses de los propietarios del capital, no faltan opciones a favor de una más amplia comprensión de aquel concepto, de tal manera que se entienda que la gestión de la sociedad, la administración de su patrimonio, la aplicación de sus resultados y, en fin, su propia actividad, deberán prestar igual atención hacia intereses extraños a los accionistas. Aparecen términos como el de *stakeholders*, para incluir en el interés de la sociedad el de sus acreedores, si bien esta opción se descarta con frecuencia sobre la base del razonamiento de que es al Derecho concursal y no a la normativa societaria a la que corresponde preocuparse por la tutela de aquellos.

Otro tanto cabe decir de la creciente relevancia que adquiere el concepto de la responsabilidad social corporativa, que resulta especialmente confuso por su imprecisión pero que implica, en cualquier caso, que la gestión de las grandes sociedades atienda a intereses extraños a los de los accionistas, prestando especial atención hacia los intereses de la comunidad dentro de la que se desenvuelve la actividad empresarial y, específicamente, hacia los de los trabajadores. En esa misma línea, el término Economía social engloba iniciativas económicas que implican una forma de actuación que posterga los intereses de la entidad titular de la actividad empresarial a favor de, por ejemplo, las “*necesidades y aspiraciones económicas y sociales*” de sus miembros (v. art. 1.1 Ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas).

Pues bien, con la misma síntesis con que hemos esbozado esas tendencias que hoy en día inspiran el debate en el seno del Derecho de sociedades, cabe plantear la disyuntiva a la que ese debate conduce: la regulación de las sociedades mercantiles sigue reflejando la tensión entre una opción que proclama la prioridad de la defensa del patrimonio social

como vía para la compensación de los accionistas e, indirectamente, de la satisfacción de los créditos y aquella que apunta a una mayor atención hacia intereses diversos, aun cuando ello redunde en una disminución de los recursos propios de la sociedad. En definitiva, la legislación societaria no permanece impasible ante la dicotomía entre la solvencia de las empresas y la función social que se proclama que toda empresa debe cumplir. Obviamente, no parece justificado que ese debate sea de todo punto ignorado en el orden concursal.

d) La personalidad jurídica de las sociedades mercantiles nos sitúa también ante otro problema esencial: la distinción entre propiedad y responsabilidad. Son diversas las reflexiones que la relación entre ambos conceptos provoca. La primera y más evidente, si bien por ello no menos trascendente, es la de la limitación de responsabilidad y su repercusión en el orden concursal. El punto de partida nos lo da la dominante irrupción y presencia en el mercado de formas societarias que tienen como característica la limitación de responsabilidad de sus socios, al tiempo que las sociedades personalistas son cada vez menos utilizadas, especialmente por el rigor patrimonial que comporta la condición de socio ante eventuales deudas sociales¹⁴. Obviamente, esa situación se refleja en las estadísticas concursales¹⁵: las sociedades de capital son en la mayoría de los casos las protagonistas de procedimientos de insolvencia. Así pues, la mayoritaria elección de tipos societarios que excluyen de toda responsabilidad a los socios por las deudas sociales, conduce al

¹⁴ V. la información estadística sobre la constitución de sociedades en el año 2002, recogida en SÁNCHEZ CALERO, F./SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*²⁶, t. I, Madrid (2004), p. 236: frente a la creación de 3151 sociedades anónimas y 113.849 sociedades limitadas, se había inscrito la constitución de 780 otras entidades, categoría ésta donde la que se incluían instituciones tales como fondos de inversión o pensiones.

¹⁵ V. nota 11.

establecimiento de una directa relación entre el patrimonio social y la solvencia de la empresa.

Por ello, el Derecho de sociedades se muestra particularmente preocupado por la protección del patrimonio social como elemento de garantía de los acreedores, permitiendo en situaciones extremas que la insuficiencia patrimonial derive en causa de responsabilidad patrimonial de los accionistas o de los administradores¹⁶.

Cuestión distinta es la que plantea la insolvencia de las sociedades personalistas y de las demás personas jurídicas en las que sus socios o miembros responden personalmente de las deudas sociales. La posibilidad de actuar contra patrimonios distintos de la propia persona jurídica afecta tanto a la declaración de concurso como a los efectos de ésta frente a los socios.

e) El Derecho de sociedades ha tomado en especial consideración la relación que cabe establecer entre la personalidad jurídica y la defensa de los acreedores sociales ante la ausencia de responsabilidad de los socios por las deudas sociales. Entre los distintos supuestos de abuso de la personalidad jurídica aparece la amplia categoría de casos en donde existe una evidente insuficiencia del patrimonio propio de la sociedad. Con carácter general, la diversidad de situaciones que podemos reconducir a la idea de la infracapitalización presentan como nota común la del peligro de un desplazamiento del riesgo inherente a la insolvencia de la empresa, desde los accionistas, hacia los acreedores. Sabido es que una de las vías

¹⁶ Con respecto a este último supuesto, v. VEGA PÉREZ, F., "Protección de los acreedores en las sociedades de capital frente a los administradores", en *Estudios Homenaje Prof. Fernando Sánchez Calero*, t. II, Madrid (2002), p. 1.652 y ss.

para corregir esas situaciones abusivas pasa por la técnica del levantamiento del velo de la personalidad jurídica¹⁷.

Precisamente por la función de garantía patrimonial que, junto a otras, cumple el patrimonio social, nos encontramos con que el Derecho de sociedades ha perseguido siempre la existencia de una correspondencia efectiva entre el capital y el patrimonio¹⁸. Puesto que en las sociedades de capital no existe responsabilidad personal de los socios, no puede admitirse que el denominado capital nominal sirva para enmascarar una insuficiencia patrimonial. Allí donde la actividad de la sociedad venga produciendo pérdidas, no es admisible para el Derecho de sociedades que la sociedad mantenga un capital nominal notoriamente superior a su patrimonio neto. Esto es lo que justifica, por ejemplo, que en tal caso el ordenamiento adopte medidas orientadas a la preferente recomposición del patrimonio neto con los beneficios del ejercicio, que obligatoriamente deberán destinarse a la compensación de pérdidas. En igual sentido operan los supuestos de adecuación del capital social a esa evolución negativa del patrimonio neto, esencialmente a través de la reducción del primero (incluido el supuesto específico de la reducción y simultánea ampliación, conocido como operación acordeón), o la imposición legislativa de la disolución de la sociedad cuando esa falta de correspondencia en perjuicio del patrimonio neto no pueda ser solventada por las demás medidas ya apuntadas. En este aspecto, la

¹⁷ V. SÁNCHEZ CALERO, F./SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones* t. I, p. 250, con amplia referencia a la doctrina jurisprudencial. Conviene advertir, sin embargo, que no faltan voces cualificadas que cuestionan la efectividad de la protección de los acreedores a través de la disciplina del capital social y que recomiendan el replanteamiento de la cuestión: es el caso del Informe Winter, *Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe*, 4 de diciembre de 2002, Bruselas, p. 78 y ss.

¹⁸ A título meramente indicativo de esa orientación legislativa, v. los arts. 18, 32, 38 a 40 y 4 a 90 LSA.

conexión entre la regulación societaria y el Derecho concursal resulta especialmente clara.

f) Llegamos así a la intersección entre la disciplina societaria y la concursal, particularmente evidente si se repara en el impacto que esta última ha tenido en la primera. Bastará con recordar que la disposición final segunda de la LC modifica ciertos aspectos del régimen de las sociedades personalistas, al tiempo que las disposiciones finales vigésima a vigésimo quinta introducen cambios de distinto calado en las correspondientes leyes reguladoras de los diversos tipos societarios (sociedad anónima, sociedad limitada y cooperativas) y de otras entidades (sociedades de garantía recíproca, entidades de capital riesgo y agrupaciones de interés económico).

Las mismas consideraciones estadísticas realizadas en apartados precedentes, hacen que destaquen por su importancia la revisión de los arts. 260 y 262 LSA y 104 y 105 LSRL que se refieren a la ya destacada importancia que la reducción del patrimonio social tiene como eventual presupuesto de una declaración de concurso.

Además, la incidencia de la LC sobre nuestro Derecho de sociedades se ve confirmada de manera indiscutible por el mandato dirigido al Gobierno en el seno de la disposición adicional tercera de la LC para que, *“a fin de adecuarlas a esta ley”* remita al Congreso el correspondiente proyecto de ley de modificación de la LSA y de la LSRL. El impacto de la LC sobre el Derecho de sociedades queda descrito de forma completa si también llamamos la atención sobre los distintos apartados que en la disposición derogatoria afectan a preceptos societarios¹⁹.

¹⁹ V. Disposición derogatoria única, apartado 3, 6º (por el que se deroga el art. 281 LSA), 7º (por el que se deroga el art. 124 LSRL) y 8º (por el que se deroga el art. 73.7 de la Ley de Cooperativas).

Sin perjuicio de cuanto se ha señalado, la vinculación entre el ordenamiento societario y concursal va a encontrar una especial significación y complejidad en lo que podríamos enunciar globalmente como el ámbito preconcursal²⁰. No se trata sólo de imponer la solicitud de declaración de concurso como un deber ante situaciones que objetivamente implican una merma en la solvencia de la sociedad, sino de analizar un conjunto de disposiciones que comparten la preocupación por hacer posible que tan pronto como existan situaciones perjudiciales o amenazantes para la solvencia de la sociedad, los acreedores dispongan de mecanismos de tutela. Como en muchos otros supuestos, la solución viene dada por la información. Más exactamente, por el establecimiento de deberes y obligaciones que garanticen un conocimiento adecuado y oportuno de la situación patrimonial y de los resultados de la sociedad, lo que enlaza con los deberes de los administradores, la actuación del auditor y, por supuesto, la formulación de las cuentas anuales.

2. La declaración de concurso y la actuación de los administradores sociales

a) Las reflexiones apuntadas en el número anterior nos llevan a otro punto de la mayor importancia en el Derecho concursal y que podemos enunciar como la posición de los administradores ante la insolvencia de la sociedad. Siendo obvio que es la persona jurídica el deudor afectado por una eventual o manifiesta insolvencia, el ordenamiento ha proyectado su atención sobre los órganos sociales como los encargados de actuar en nombre de aquella y, ciertamente, sobre los administradores como

²⁰ V., por todos, FERNÁNDEZ DEL POZO, L., "Sobre la preconcursalidad y la prevención de la insolvencia. El mecanismo de alerta preconcursal", en AA.VV., *La reforma de la legislación concursal* (dir. A. ROJO), Madrid (2002), pp. 9-14.

responsables de la gestión y representación. Son estos quienes legalmente están dotados de un poder de actuación que sirve tanto para atenuar o corregir el riesgo de insolvencia como para acudir al procedimiento concursal allí donde concurra el presupuesto objetivo que enuncia el art. 2 LC (v. art.3.1 LC). Aún cuando se parta de la regla general por la que la insolvencia de la sociedad no determina responsabilidad personal alguna de los administradores, existe una relativa congruencia en que, de una parte, el ordenamiento imponga a los administradores deberes que, entre otros objetivos, apuntan a la protección de la solvencia de la sociedad y a los intereses vinculados con la misma y que, por otra, el incumplimiento de esos deberes pueda determinar la responsabilidad de los administradores, bien por actuaciones lesivas hacia la sociedad afectada por el concurso o bien por las propias deudas sociales. Ambas posibilidades las contempla expresamente el art. 48.2 y 3 LC, pero su fundamento arranca de la propia ordenación societaria.

b) A los administradores les resulta exigible un comportamiento diligente y leal, que la legislación mercantil se ha encargado de modular de manera diversa a través del régimen singular de cada uno de los tipos societarios. Por razones que ya han quedado apuntadas, es en las sociedades de capital donde la cuestión ha alcanzado una mayor relevancia, concretada tradicionalmente en la exigencia de un ejercicio del cargo de acuerdo con *“la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal”*²¹, fórmula que enuncia los dos criterios que, desde una perspectiva concursal, son igualmente trascendentes: diligencia y lealtad.

²¹ Que es la que acogía tradicionalmente el art. 127 LSA (tomada, a su vez, del art. 79 de la LSA 1951), hasta su reciente reforma, que supone desarrollar el perfil normativo de ambos deberes (v. art. segundo, apartados cuatro y cinco de la Ley 26/2003, de 17 de julio, conocida abreviadamente como “Ley de Transparencia”); idéntica formulación adopta el art. 61.1 LSRL.

c) La diligencia de los administradores constituye un criterio abstracto que ha de ser objeto de valoración con respecto a las circunstancias particulares de la actividad de cada sociedad. Sabido es que el deber de diligencia se viene interpretando como una obligación de medios, sin que el cumplimiento de aquél implique necesariamente la obtención de un resultado determinado y favorable para la sociedad. Dicho de forma directa, es plenamente compatible la actuación diligente de los administradores con la existencia de pérdidas que deriven en una situación de insolvencia que determine la solicitud de declaración de concurso. Mas que la insolvencia no equivalga a la inmediata responsabilidad de los administradores no impide revisar la conducta de éstos precisamente para confirmar que se actuó por su parte de acuerdo con esa exigencia legal de diligencia²².

Al respecto, dos son las reflexiones que cabe hacer. La primera se refiere a la relación que existe entre la diligencia y la información, exaltada por el nuevo art. 127.2 LSA al requerir de todos los administradores sociales que se informen diligentemente de la marcha de la sociedad. La reforma en este punto ha supuesto un paso determinante para privar de todo apoyo a las argumentaciones de determinados administradores que ante crisis societarias alegaban haber dispuesto de una insuficiente información que disculparía la falta de actuación por su parte. El nuevo texto, limitado a las sociedades anónimas, pero que creemos que resulta analógicamente predicable con respecto a los demás tipos sociales, rechaza el desempeño del cargo caracterizado por una pasividad que lleve al administrador a tratar de exonerarse de toda responsabilidad vinculada con la crisis social a partir del débil argumento de que ignoraba las causas

²² Sobre la responsabilidad "*subjetiva*", v. MAIRATA LAVIÑA, J., "Responsabilidad de los administradores y situaciones concursales", en *Est. Homenaje Prof. Sánchez Calero*, t. II, Madrid (2002), p. 1384.

de esa insolvencia. El deber de diligencia depende del grado de información disponible. Ejercer el cargo de administrador parte de un adecuado conocimiento de *“la marcha de la sociedad”* y, en especial, de cualesquiera operaciones o circunstancias susceptibles de incidir sobre el patrimonio social que a los administradores compete defender. Es un deber de aplicación continuada, que no se satisface por la esporádica o excepcional solicitud de información, sino por un ejercicio continuado de derecho -deber de preguntar y de saber-, que da lugar a la diligencia del administrador y, con ello, a la defensa de los intereses vinculados con la marcha de la sociedad.

Mas si examinamos los efectos que se contemplan sobre los administradores como consecuencia de la tramitación del procedimiento concursal, se constata una posición que, al menos en sus preceptos fundamentales, no atiende a la diligencia desplegada por cada administrador en concreto. Sirva de primer ejemplo la relevante y ya apuntada previsión que contiene el art. 48.3 en relación con el embargo de bienes de los administradores ante la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y la masa activa resulte insuficiente. En nuestra opinión, esa posibilidad que se reconoce al juez del concurso admite una diferenciación entre los administradores en atención a la conducta desplegada por cada uno de ellos y, en especial, a la vista del cumplimiento de su deber de diligencia. Un segundo ejemplo lo depara el art. 172-3 LC que, ante la confirmada calificación como culpable del concurso, permite condenar a los administradores *“a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa”*.

Tan grave consecuencia en el orden personal no debe alcanzar a aquellos administradores que, como dice el art. 133.3 LSA, desconocían la existencia de los actos o acuerdos que contribuyeron de forma directa o

indirecta a la insolvencia de la sociedad, o que, conociendo esa situación, adoptaron una conducta destinada a evitarla o, en definitiva, se opusieron a aquellos. Que en el orden concursal operen criterios de atribución de responsabilidad afines a los que establece la legislación societaria parece conveniente desde un punto de vista sistemático y de certidumbre. No sólo porque la propia legislación concursal se refiera a las acciones de responsabilidad *“conforme a lo establecido en otras leyes”* (cfr. art. 48.2 LC), sino porque en buena medida la responsabilidad de los administradores en la legislación societaria comparte con el ordenamiento concursal la preocupación por la defensa de los intereses de los acreedores.

El ordenamiento y procedimiento concursales no pueden ignorar la realidad social que se da en empresas sociales de mediana o gran dimensión, en las que la opción por un órgano colegiado de administración suele tener como efecto una desigualdad informativa entre sus miembros. La terminología acuñada al hilo del debate sobre el gobierno societario ha instaurado la coloquial distinción entre ejecutivos y no ejecutivos, categorías que suelen además vincularse con la delegación de facultades del Consejo en algunos consejeros o en comisiones. Entre uno y otro grupo surge como una de sus notas diferenciadoras el nivel de información de que disponen. Los ejecutivos u órganos delegados están al corriente de la marcha societaria o si se prefiere, disponen de los medios que les permiten un conocimiento detallado de la forma en la que la gestión diaria incide sobre el patrimonio y resultado de la sociedad. Los no ejecutivos ven limitada su información por el alejamiento de esa operativa diaria, que hace que su principal vía para el conocimiento de los asuntos sociales sea lo que ponen a su disposición sus compañeros ejecutivos. Mas ello no implica, por muy extendida que esté esa práctica entre los administradores de nuestras empresas, que tal conducta pasiva desde el punto de vista informativo sea admisible. En especial desde la

expresa imposición de un deber de preguntar, que es en lo que se concretará esa exigencia de una diligente información que a “*cada uno*” de los administradores impone el art. 127.2 LSA. Si, con carácter general, parece evidente que la diligencia se debe traducir en una acción, es incompatible con ello un comportamiento limitado a lo que al administrador le cuenten. El administrador debe tener un comportamiento positivo para acceder a toda la información acorde con el desempeño de su cargo.

Lo expuesto no debe, en modo alguno, llevar al ámbito concursal una sencilla regla de atribución objetiva de responsabilidad concursal de los administradores en atención a la posición nominal que cada uno de ellos ocupe en el órgano de administración. Ni los consejeros ejecutivos son, con carácter general, los responsables de la insolvencia, ni los no ejecutivos pueden encontrar en su alejamiento de la gestión una alegación a favor de su exoneración de responsabilidad por la insolvencia de la sociedad. En todos los casos habrá de estarse a una ponderación de su diligencia respectiva atendiendo a la posición que ocupaban en la gestión de la sociedad, a la información que ello acarrea y, en conclusión, a la conducta personal que el administrador desplegó en relación con la marcha de la sociedad y, en particular, con los hechos determinantes de la insolvencia²³. La responsabilidad concursal debe ser entendida como una responsabilidad subjetiva.

La segunda consideración que cabe hacer en referencia con la evaluación de la conducta diligente de los administradores de sociedades afectadas por un procedimiento concursal nos lleva a la noción del ordenado empresario. Orden que suele proyectarse en una doble

²³ Conforme con ALONSO UREBA, A., “La responsabilidad concursal de los administradores”, en AA.VV., *Derecho concursal* (dirs. GARCÍA VILLAVARDE/ALONSO UREBA/PULGAR EZQUERRA), Madrid (2003), p. 533 y ss.

dirección. De una parte, la llevanza de una contabilidad adecuada a las exigencias legales y a la adopción por los administradores de medidas de organización acordes con la actividad social. De otra, la de la prudencia en la gestión de la sociedad, criterio que resulta, al igual que la mayoría de los que estamos examinando, relativo, incluso frente a la perspectiva concursal.

El ordenamiento concursal ha venido expresando de manera repetida la idea de que la insolvencia puede tener en su origen, como en la mayoría de los supuestos ocurre, causas directamente vinculadas con lo que tradicionalmente se enuncia como el riesgo empresarial. Desde otra perspectiva, nos encontraremos con situaciones en las que la prudencia de los administradores no impide la insolvencia de la sociedad. Tradicionalmente, el reflejo de la prudente actuación de los administradores estaba constituido por la calificación de la insolvencia, de manera que se entiende que es fortuita la quiebra sobrevenida por *“infortunios”* susceptibles de *“estimarse casuales en el orden regular y prudente de una buena administración mercantil”* (v. art. 887 Cco), mientras que conductas excesivas, aventureras o imprudentes, conducen a la calificación como quiebra culpable (v. art. 888 Cco). En la calificación del concurso dentro de la LC no se toma en consideración la prudencia como criterio relevante a esos efectos. El carácter culpable del concurso se hace depender, entre otros supuestos, de la concurrencia de dolo o culpa grave de los administradores en la generación o agravación del estado de insolvencia (art. 164.1 LC), lo que implica una posición más restrictiva -y acertada en mi opinión- que la que reflejaba nuestra legislación precedente. Son varios los supuestos que conducen a la calificación del concurso como culpable que apuntan a los administradores, por plasmarse en actuaciones que éstos tienen encomendadas (por ejemplo, actos de

disposición o vinculados con la llevanza de la contabilidad; v. para una mayor precisión, art. 164.2 LC).

d) Dentro del concurso de sociedades mercantiles, abordar la relación que puede establecerse entre la insolvencia y la fidelidad o lealtad de los administradores presenta mayores dificultades. Para exponerlas podemos comenzar por cuestionarnos si la insolvencia puede llegar a implicar una actuación desleal de los administradores frente a los acreedores. Responder a esta cuestión pasa por sentar como presupuesto la existencia de un deber de fidelidad o lealtad de los administradores frente a los acreedores sociales.

Este presupuesto no se advierte en nuestro ordenamiento, dado que la tutela de los intereses de los acreedores no aparece como una opción específicamente prevista en la legislación societaria. Si atendemos a la definición del interés social, la reforma del art. 127 bis LSA ha resultado frustrante, puesto que tras un debate que revelaba posiciones muy alejadas, se optó por una dicción que no aporta esclarecimiento alguno a una de las cuestiones más discutidas en nuestro ordenamiento mercantil, como es la de a qué intereses debe intentar satisfacer la actuación empresarial y, en concreto, la gestión que desarrollan sus administradores. Decir que el interés social es el interés de la sociedad es una obviedad. Lo necesario es identificar los intereses específicos que confluyen en el interés social de entre los varios que se ven afectados por su actividad.

Ante la decepcionante respuesta legislativa, si acudimos a la configuración jurisprudencial del concepto del interés social nos encontraremos con que éste se identifica con el interés común de los socios²⁴. Si se entiende que la actuación leal de los administradores se

²⁴ V. STS de 4 de marzo de 2000, que continúa la doctrina plasmada, entre otras, en las SSTs de 3 de julio de 1986, 19 de febrero de 1991 y 12 de septiembre de 1998.

entiende satisfecha en la medida en que satisfaga el interés social con el contenido expuesto, parece que ello alejaría la defensa de los administradores de los deberes exigibles a los administradores. Conclusión que creemos que no cabe aceptar de forma absoluta, en especial si atendemos a la forma en que se describen los deberes legales de los administradores.

Por encima de una fidelidad al interés común de los socios, los administradores se ven sometidos al cumplimiento de sus deberes por los criterios plasmados en la ley y en los estatutos (cfr. art. 127 bis). Los criterios legales, en especial los aplicables a las sociedades de capital en las que los socios no responden de las deudas sociales, expresan constantemente una preocupación por la tutela de los acreedores. Son ejemplos conocidos de esa orientación el reconocimiento a éstos de facultades de intervención en relación con la ejecución de determinados acuerdos sociales (aunque sea por la vía del derecho de oposición: art. 166 y 243 LSA) o la legitimación para exigir responsabilidad a los administradores por medio de la acción social (art. 134.5 LSA). Lo que en ellos se pone de manifiesto es que la protección de los acreedores se aleja efectivamente de la vigencia del interés social y de la actuación de los administradores al respecto, y pasa por la efectividad y suficiencia del patrimonio social. La responsabilidad de los administradores de una sociedad que ha devenido insolvente radica precisamente en la desatención hacia aquellas medidas que aquellos deben impulsar o adoptar para que el patrimonio social sea conocido de forma adecuada por los administradores, para que exista una correspondencia entre el patrimonio y el capital social y para asegurar la integridad del mismo. Son diversos los preceptos que tanto en la legislación concursal, como en la societaria, apuntan en esa misma dirección.

e) La protección de los acreedores tiene en la adecuada llevanza de una contabilidad uno de sus pilares esenciales²⁵, noción que la legislación concursal encumbra de forma repetida. Esto hace que la responsabilidad por la elaboración de las cuentas anuales tenga con relación a los procedimientos concursales especial consideración. La responsabilidad contable suele vincularse a la acción de firmar las cuentas (artículo 37.1 CCo), lo que se exige de forma expresa en el caso de las sociedades mercantiles más utilizadas a sus administradores (v. art. 171 LSA). A través de las cuentas anuales los administradores presentan cuál es la situación patrimonial y financiera de la sociedad y sus resultados, siendo esa exposición la que determinará la conducta de los acreedores con respecto a la sociedad. De ello resulta que la no llevanza de una contabilidad o la redacción de las cuentas anuales en contra de las disposiciones legales (v. art. 34.2 CCo) supone una lesión para los intereses de los acreedores. Lesión que no tiene un alcance simplemente subjetivo, sino que enlaza con el interés legal por la seguridad del tráfico y la transparencia de la información contable. La mejor prueba de ello la tenemos en la tipificación de esa conducta como un delito societario (v. art. 290 CP).

En el ámbito concursal, el incumplimiento por los administradores de la correcta formulación de las cuentas anuales tiene graves consecuencias. De nuevo es en la calificación del concurso en donde se expresa esa postura, no sólo porque las irregularidades contables conducen, en todo caso, a su calificación como culpable (art. 164.2, 1º LC), sino porque se introduce como presunción de la concurrencia de dolo o

²⁵ V. BISBAL, J., "El interés público protegido mediante la disciplina de la contabilidad", RDM 160 (1981), p. 257 y ss. y, con respecto al principio de imagen fiel esencial en la formulación de las cuentas anuales, GONDRA ROMERO, J.M., "Significado y función del principio de "imagen fiel" ("true and fair view") en el sistema del nuevo Derecho de

culpa grave el incumplimiento de determinados deberes contables en los tres ejercicios anteriores a la declaración de concurso (art. 165 LC). Si tomamos en consideración que esos deberes recaen sobre los administradores, se vislumbra con mayor claridad la responsabilidad concursal que por esa vía pueden afrontar. A los administradores compete formular las cuentas y su depósito (v. artículos 171 y 221.1 LSA) y solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor, cuando la Junta General no lo hubiere acordado (art. 205.1 LSA).

f) Quedó apuntado que es precisamente la insuficiencia del patrimonio social el presupuesto objetivo que, conforme al art. 134.5 LSA, autoriza a los acreedores el ejercicio de la acción social de responsabilidad. Sin que podamos, como es obvio, extendernos en este punto, sí conviene analizar brevemente la incidencia que el eventual ejercicio de dicha acción pudiera tener para la declaración de concurso de una sociedad mercantil. Se parte, como es fácil adivinar, de una situación común desde el punto de vista objetivo: la insuficiencia patrimonial ha de tomar en cuenta no un crédito específico, sino el conjunto de los créditos existentes contra la sociedad (cfr. art. 2.1 LC). Por ello no es extraño que se plantee la coincidencia de la iniciación del procedimiento concursal con el ejercicio de estas acciones. La mejor prueba de ello radica en el artículo 48.2 LC que ha adoptado dos medidas a ese respecto. La primera supone una implícita admisión de la simultánea tramitación del concurso y de la acción de responsabilidad, al atribuir a los administradores concursales la posibilidad de ejercitar esa acción de responsabilidad, sin necesidad de previo acuerdo de la junta o asamblea de socios y sin perjuicio de seguir reconociendo esa legitimación a la propia sociedad. La segunda medida, acertada en nuestra opinión, consiste en la atribución al Juez del concurso

balances”, en AA.VV., *Derecho mercantil de la CEE. Estudios en Homenaje a José Girón Tena*, Madrid (1991), en especial p. 586 y ss.

de la competencia para conocer también del procedimiento iniciado por medio de esa acción de responsabilidad (v. art. 86.ter.1, 6º LOPJ²⁶). El conocimiento común de ambos procedimientos permitirá superar las deficiencias advertidas con anterioridad. Es cierto, en todo caso, que el procedimiento concursal se sobrepondrá al régimen que dentro de la legislación societaria y demás legislación aplicable sirve para la tramitación de esa acción social.

g) Como una expresión especial del ya examinado deber de diligencia de los administradores en relación con la insolvencia de la sociedad ha de apuntarse también el artículo 262.2, 4 y 5 LSA²⁷. Conforme a dicho precepto, que ha sido objeto de nueva redacción en sus apartados 4 y 5 por la disposición final vigésima de la LC, los administradores responderán personal y solidariamente de las deudas de la sociedad si no llevaran a cabo aquellas medidas que la propia Ley contempla ante la existencia de pérdidas *“que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social”*. En este caso los administradores deberán convocar la junta para que adopte el acuerdo de disolución y, de no aprobarse ese acuerdo o de no poder lograrse su adopción, la conducta de los administradores habrá de consistir en solicitar la disolución judicial de la sociedad. Pues bien, una de las vías de exoneración de responsabilidad de los administradores que ahora encuentra expresa acogida es la de la solicitud del concurso. Serán diligentes los administradores que, ante esa reducción patrimonial inferior a la mitad del capital social, decidan en primer lugar, convocar a la Junta para que

²⁶ En la redacción dada al mismo por el artículo 2º, apartado 7 de la Ley Orgánica 8/2003.

²⁷ Es conocido que la responsabilidad solidaria de los administradores por no disolución ha generado una copiosa jurisprudencia y la consiguiente atención doctrinal: entre las aportaciones más recientes, v. el cuidadoso estudio de ROJO, A., *“Los deberes legales de los administradores en orden a la disolución de la sociedad de capital como consecuencia de pérdidas”*, en *Est. Homenaje Prof. Sánchez Calero, cit.*, t. II, p. 1437 y ss.

opte por la disolución de la sociedad y, en segundo, cuando el acuerdo fuere contrario a la disolución o a la presentación de la solicitud de declaración de concurso, procediendo ellos a presentar dicha solicitud (art. 3.1 LC). Diligencia que, sin duda, se ve incentivada por la presunción de dolo o culpa grave y consiguiente calificación del concurso como culpable cuando los administradores incumplieren ese deber de solicitar la declaración del concurso (v. art. 164, apartado 1º, LC).

h) Para terminar con esta enunciación de los aspectos varios en donde el concurso de una persona jurídica se produce en relación con el cumplimiento de deberes y obligaciones de sus administradores y en la eventual responsabilidad personal de éstos, hemos de tener también en cuenta la regulación penal de las insolvencias. Es la tutela de esos intereses generales a los que ya nos hemos referido, la que justificó la introducción de preceptos que introducen penas sobre los responsables de procedimientos concursales *“cuando la situación de crisis económica o la insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre”* (art. 260 CP), lo que apunta directamente a los administradores.

IV.- EL CONCURSO DE LAS SOCIEDADES IRREGULARES.

La solución adoptada en cuanto al presupuesto subjetivo plantea como otro de los problemas previsibles el de la insolvencia de las sociedades irregulares. La ausencia en el art. 1 de una mención singular con respecto a ese supuesto²⁸, llevó a advertir la incertidumbre que generaba la exclusión de esa figura del procedimiento concursal, por más

²⁸ El Anteproyecto de Ley Concursal de 1983 comenzaba el art. 4 diciendo que *“Las sociedades irregulares podrán ser declaradas en concurso en los casos de crisis económica del patrimonio o fondo común afecto a sus actividades”*.

que algunas orientaciones jurisprudenciales y decisiones legislativas a lo largo de los últimos años hubieran contribuido a aportar una mayor seguridad en el régimen legal que a esa categorías era aplicable.

Creemos que son precisamente esas orientaciones legislativas las que permiten dar solución a la cuestión de la insolvencia de la sociedad irregular. La opción acogida desde la reforma societaria y que suponía, en el caso de sociedades no inscritas y con un objeto social de carácter mercantil, la aplicación de las normas de la sociedad colectiva (v. art. 16 LSA, aplicable a otros tipos societarios), comporta un reconocimiento de la sociedad como sujeto con capacidad de obrar frente a terceros que la hace apta como sujeto de un procedimiento concursal. Ciertamente es que no se puede hablar de personalidad jurídica en ese caso²⁹, pero debemos compartir la posición de quienes ven en la apuntada posición normativa un inequívoco intento por dotar a esas sociedades irregulares de personalidad³⁰ o personificación³¹ frente a terceros. La consecuencia no puede ser otra que el acceso al procedimiento concursal de las sociedades mercantiles irregulares, conclusión que, por otro lado, venía siendo aceptada con anterioridad a la LC por la disciplina que el art. 322.2 RRM estableció para la suspensión de pagos o la quiebra del empresario no inscrito: con carácter previo a la inscripción de las resoluciones referidas a la tramitación del correspondiente procedimiento concursal, se procederá a la de la sociedad irregular en virtud de mandamiento judicial en el que conste, al menos, el domicilio de la sociedad y la identidad de los socios.

²⁹ Tal sigue siendo la posición mayoritaria de la jurisprudencia: por todas, v. la STS de 18 de abril de 1997, con cita de precedentes. También, entre otras muchas, v. RR. DGR de 1 y 30 de abril de 1997.

³⁰ V. GARCÍA VILLAVERDE, "El presupuesto subjetivo", en AA.VV., *Derecho concursal*, cit., p. 36.

³¹ V. SÁNCHEZ CALERO, F./SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones*²⁶, p. 247.

V. SOCIEDADES CIVILES Y CONCURSO.

Tampoco puede darse una respuesta sencilla a la inclusión de las sociedades civiles en el presupuesto subjetivo, una vez que su constitución y consiguiente personalidad jurídica no se ven ya afectadas por la posible inscripción en el Registro Mercantil. La orientación reglamentaria que podía dar lugar a la interpretación de que la personalidad de las sociedades civiles quedaba condicionada a los efectos constitutivos de dicha inscripción, fue enmendada de forma radical por la jurisprudencia³².

De esta forma, la personalidad jurídica de la sociedad civil dependerá de su válida constitución con arreglo al régimen establecido en el Código Civil. Dentro de éste, ha de entenderse que, con carácter general, las sociedades civiles gozan de personalidad jurídica, excepto aquellas a las que se refiere el art. 1669 CC, que al regirse por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes quedan claramente fuera del ámbito que contempla el art. 1 LC.

Más dudas plantea la inclusión en el presupuesto subjetivo concursal de aquellas sociedades que en su constitución no cumplieron con las formalidades impuestas por los artículos 1667 y 1668 CC, bien porque no se otorgó la escritura pública o bien porque no se unió a ésta el inventario de los bienes inmuebles aportados. El tenor de ambos artículos

³² Acogiendo una orientación expresada en la discutida Res. DGRN de 31 de marzo de 1997, el RRM se vio modificado por medio de la introducción de sus arts. 81.3 y 269 bis por medio de la disposición adicional única, apartado 3, del R.D. 1867/1998, de 4 de septiembre, que regulaban la inscripción en el Registro Mercantil de las sociedades civiles con forma mercantil o sin ella que declaró nulos, la STS (Sala 3ª) de 24 de febrero de 2000; al respecto, para una cuidada exposición del problema, v. GARCÍA VILLAVERDE, R., "La inscripción de las sociedades civiles en el Registro Mercantil español", RdS 14 (2000), p. 47 y ss.

lleva inicialmente a entender que la inobservancia de las exigencias formales que enuncian impide el reconocimiento de personalidad de la sociedad en cuestión. Sin embargo, la jurisprudencia se ha mostrado reacia a una rigurosa aplicación de dichos preceptos, de manera que ha llegado a proclamar que los defectos formales no impiden considerar que se está ante una sociedad irregular³³, recordando también que existe una subordinación de esas reglas formales con respecto al art. 1278 CC³⁴. Pero esa orientación jurisprudencial no conduce, en nuestra opinión, al reconocimiento de la personalidad de la sociedad civil irregularmente constituida, puesto que la vigencia y eficacia del contrato de sociedad en ese supuesto se repite que opera en cuanto a las relaciones internas entre los socios, sin que frente a terceros pueda entenderse que ha nacido una entidad con personalidad independiente de la de los socios³⁵.

De tal manera que creemos que en el caso examinado, habrá de concluirse a partir de la jurisprudencia enunciada que no cabe que sociedades civiles afectadas por ese vicio formal puedan acogerse a un procedimiento concursal, diseñado precisamente para intervenir sobre las relaciones entre el deudor y los terceros. La responsabilidad de las deudas contraídas en nombre de esa sociedad frente a sus acreedores, corresponderá a los socios, con relación a quienes podrá solicitarse su propia declaración de concurso, dando lugar incluso a la acumulación de procedimientos (art. 25.2 LC).

³³ V. SSTs de 10 de noviembre de 1978 y de 5 de mayo de 1986.

³⁴ V. SSTs de 8 de junio de 1950 y la citada de 5 de mayo de 1986.

³⁵ V., entre otras muchas, las SSTs de 15 de octubre de 1940, 10 de noviembre de 1978, 22 de diciembre de 1986 y de 9 de octubre de 1987.

VI.- LAS SOCIEDADES ESPECIALES

La categoría de las sociedades especiales comprende diversas clases de sociedades mercantiles típicas que presentan una singularidad en razón de la actividad que constituye su objeto. En casi todos los casos se trata de sociedades anónimas sometidas a un régimen específico de supervisión administrativa, que encuentra su justificación en la incidencia que sobre intereses generales tiene la actividad correspondiente. El ejemplo más notorio es el de las distintas sociedades anónimas especiales que intervienen en los mercados financieros, cuya insolvencia ha sido objeto de un tratamiento discontinuo por parte de nuestro ordenamiento, pero inspirado siempre en la preocupación por impedir que crisis empresariales no devinieran en crisis sistémicas.

El presupuesto subjetivo de la LC plantea en relación con las sociedades anónimas especiales algunas consideraciones. La primera y evidente, es la de que también esas sociedades quedan sometidas al régimen general que incorpora la LC. En segundo lugar y en directa relación con lo anterior, nos encontramos ante otro de los avances inherentes a la adopción de la nueva Ley, que ha atraído hacia el régimen general y único, procedimientos de insolvencia de gran complejidad y repercusión económica³⁶. Frente a la historia legislativa de la regulación de muchas crisis en los mercados financieros que implicaban respuestas apresuradas ante concretos supuestos de insolvencia o de crisis empresarial, el diseño de la LC también para este tipo de insolvencias se ha abordado de una forma sistemáticamente correcta. La reconducción al procedimiento concursal común de las insolvencias de, por ejemplo,

³⁶ Frente a esa orientación, el Derecho comunitario prefirió que los procedimientos de insolvencia de las entidades de crédito, inversión o aseguradoras se regulara mediante regímenes especiales: v. art. 1.2 del Reglamento CE 1346/2000.

entidades de crédito, empresas de servicios de inversión o compañías de seguros, se ha conciliado con la adopción dentro de la LC de medidas varias que respetan el régimen especial aplicable a cada una de esas categorías. A título indicativo cabe citar la notificación a los organismos supervisores del auto de declaración del concurso (art. 21.5 LC) o la incorporación a la administración concursal de representantes de las entidades supervisoras (art. 27.2 LC), o las varias modificaciones normativas que a través de las disposiciones finales adaptan el régimen particular de las distintas sociedades especiales a la nueva legislación concursal. Como una medida adicional y de especial trascendencia, puesto que vincula el régimen especial de esas entidades con el de su insolvencia, también ha de destacarse la previsión de medidas administrativas de disolución y liquidación de una entidad, que no permiten la posibilidad de liquidación del concurso (v. arts. 174 y 175 LC).

VII.-APUNTE SOBRE LA INSOLVENCIA DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES

El supuesto de la insolvencia del grupo de sociedades se plantea a partir de la propia importancia que el mismo tiene en la realidad empresarial actual, pero la relación que el art. 1.1. LC establece entre la personalidad y la capacidad para ser declarado en concurso nos conduce igualmente a examinar ese caso.

La evolución del ordenamiento mercantil -y también en menor medida la de otros sectores normativos que se ocupan de la actividad económica- se caracteriza por el progresivo y constante reconocimiento de la vinculación o agrupación de empresas como fenómeno integrado por una pluralidad de empresas que, a pesar de conservar su propia personalidad jurídica, comparten una misma dirección, funcionando en

suma bajo una jerarquía que hace que las distintas componentes del grupo actúen bajo una unidad de decisión. Frente a los acreedores, es frecuente que la existencia del grupo se convierta en una situación que se subraya, precisamente como vía para afirmar o garantizar una determinada solvencia. De esta forma, se llega a fórmulas de financiación empresarial típicamente inspiradas por el reconocimiento del grupo como presunción de solvencia y factor favorable a la concesión de crédito de las sociedades integradas en el mismo. Para ello resulta determinante la consideración conjunta de las sociedades como una empresa policorporativa, cuyos miembros están subordinados a una misma gestión y dirección y que disponen de un patrimonio agregado que, aunque jurídica o formalmente lo integren patrimonios recíprocamente independientes, es lo cierto que se suelen considerar como un elemento global de garantía del cumplimiento de sus obligaciones por cada uno de los miembros del grupo y, desde luego, por quienes son las entidades dominantes dentro del mismo.

Pero el grupo también implica riesgos desde ese mismo punto de vista de la solvencia. La dependencia que resultaba tan útil para asegurar la solvencia y el cumplimiento de sus obligaciones, puede convertirse en la vía para que sociedades que aparecen como solventes se vean afectadas por un procedimiento concursal. Una elemental coherencia lleva a considerar que una misma circunstancia -la integración en un grupo- no puede encumbrarse frente a los acreedores para merecer la confianza de éstos y ser completamente desvirtuada cuando llega la hora de cumplir las obligaciones. Si la solvencia de la sociedad dominante o de otras sociedades del grupo se esgrimieron para que una sociedad filial obtuviera crédito, no parece extraño que se conceda a los acreedores la facultad de reclamar de aquéllas el pago de ese crédito cuando la filial no esté en condiciones de hacerlo. Es notorio que esa regla se ve confirmada en el plano convencional, en el que son varios los cauces que hacen que la

pertenencia al grupo sea un instrumento efectivo de tutela de los acreedores, como también lo es que la jurisprudencia social ha sentado el principio de la responsabilidad del grupo o de la sociedad dominante por las obligaciones contraídas frente a los trabajadores³⁷ o que, en fin, ese mismo principio ha llegado a merecer reconocimiento legislativo en el orden tributario, en donde la falta de personalidad jurídica del grupo no ha impedido su consideración como fuente de responsabilidad solidaria para las sociedades que lo integran³⁸.

Sin embargo, el Derecho mercantil dista mucho de haber llegado a soluciones semejantes a las enunciadas, de manera que la tutela de los acreedores frente al grupo sigue siendo una labor pendiente. Aún cuando no faltan normas que tratan de asegurar, por ejemplo, la efectividad e integridad del capital en relación con la pertenencia a un grupo (caso de la autocartera o del régimen de las participaciones recíprocas), no existen previsiones de carácter general que permitan extender los efectos del grupo a la tutela de sus acreedores³⁹, de manera que exista una responsabilidad personal de la sociedad dominante por todas las deudas de sus filiales o una responsabilidad solidaria de las sociedades pertenecientes al mismo grupo por las deudas que cualquiera de ellas hubiere contraído frente a terceros.

³⁷ V. SSTs de 24 de julio de 1989, 3 de marzo de 1990 y 30 de diciembre de 1995.

³⁸ Art. 80 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades: *“Las sociedades del grupo fiscal responderán solidariamente del pago de la deuda tributaria, excluidas las sanciones”*.

³⁹ Sigue siendo válido el diagnóstico realizado por la STS de 29 de abril de 1985: *“... cualquiera sea la regulación que merezcan las empresas en situación de recíproca participación, se halla por realizar en nuestro Derecho mercantil el cual no contiene normas que contemplen el fenómeno de que algunas empresas se formen estructuralmente por un número variable de unidades productivas cada una de las cuales no obstante conservar su personalidad jurídica, queden sometidas a un único poder de decisión, constituyendo un grupo de sociedades ...”*.

La conveniencia de que el legislador mercantil acoja alguna de las orientaciones apuntadas se debate de manera particularmente intensa en el marco de la insolvencia. No sólo por la evidencia de que muchos concursos afectan a sociedades pertenecientes a un mismo grupo, sino porque es precisamente la dependencia del grupo el origen de la insolvencia que ha llevado al procedimiento concursal. Es precisamente el régimen de la insolvencia empresarial uno de los campos en los que la problemática de los grupos revela su trascendencia de manera más nítida⁴⁰. Unas veces porque la unidad de decisión ha sido precisamente la que ha impuesto decisiones que han afectado la capacidad de la sociedad filial de cumplir sus obligaciones. La jerarquía inherente a muchos grupos se traduce con frecuencia en la imposición de decisiones que, basadas en el interés del grupo y en contra de los intereses de los accionistas minoritarios e, incluso, de sus administradores, merman la solvencia de la sociedad filial afectada, hasta el punto de que quienes no son responsables de esa situación, pueden acabar siéndolo de solicitar la declaración de concurso (art. 5.1, en relación con el art. 3.1, ambos de la LC). En otras ocasiones porque la dependencia o subordinación conlleve que la insolvencia de una sociedad contagie a las demás, de suerte que el concurso de la dominante provoque un efecto imparable sobre las filiales.

A partir de esas consideraciones, el presupuesto subjetivo delimitado por el art. 1 LC y, en particular, la exclusión de los grupos que implica su primer apartado ha merecido algún reproche⁴¹ que no compartimos. Siendo comprensible la decepción que pueda provocar que supuestos tan relevantes como la insolvencia de un grupo o dentro de un

⁴⁰ Con carácter general, v. el estudio de GIRGADO PERANDONES, P., *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*, Madrid (2002), p. 172 y ss.

⁴¹ HERRERA CUEVAS, *Manual de la reforma concursal*, cit., pp. 92-93.

grupo no merezcan un tratamiento concursal específico que afronte de manera concreta los problemas esenciales que conllevan, lo que no puede compartirse es que esa deficiencia normativa sea debida a la LC. La regulación de la insolvencia de los grupos ha de tener como imprescindible presupuesto una disciplina adecuada del fenómeno⁴², de la que el Derecho español carece.

No es función del legislador concursal suplir esa falta de iniciativa legislativa, por mucha que sea la importancia que la insolvencia implica con respecto a las relaciones de grupo, sean internas o externas. Cuestión distinta es que, como de inmediato veremos, la LC sí ha tomado en cuenta en distintos pasajes la existencia de un concurso que afecte a sociedades integradas en un grupo⁴³. Esta regulación ha llevado a plantear con acierto una primera y fundamental cuestión: ¿cuál es el concepto de grupo del que parte la LC?. En este caso, descartando de entrada la conveniencia de introducir un nuevo concepto de grupo “a los efectos” de la aplicación de la LC, lo que procede es adoptar alguno de los diversos conceptos de grupo que nuestro ordenamiento ha ido incorporando al hilo de reformas legales varias. Pluralidad de definiciones que encubre una concepción más o menos amplia del grupo. Así, la definición del grupo que contiene el art. 42.1 C.Co. resulta más limitada que, por ejemplo, la plasmada en el art. 4 LMV⁴⁴. Ante ello, parece acertada la propuesta de optar en el ámbito concursal por entender que existe un grupo allí donde se dan las

⁴² V., GIRGADO PERANDONES, P., *La empresa de grupo y el Derecho de sociedades*, Granada (2001), p. 15 y ss. y EMBID IRUJO, J.M., *Introducción al Derecho de los grupos de sociedades*, Granada (2003), p. 36 y ss.

⁴³ V., a este respecto, la exposición de DUQUE, “El concurso del grupo de empresas en la ley concursal”, *Derecho concursal*, cit., p. 137.

⁴⁴ V. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Breves reflexiones sobre el concepto de grupo en el art. 4 LMV”, en *Est. Homenaje Prof. Sánchez Calero*, t. V, en particular, pp. 5.469-5471.

circunstancias enunciadas en el concepto amplio diseñado por el art. 4 LMV, tanto por la principal afinidad que se advierte entre la finalidad de la regulación del mercado de valores y la de la legislación concursal, como por la utilización dentro de ambas de la noción de la unidad de decisión (v. art. 3.5 LC) como característica del grupo. La protección de los inversores coincide, en buena medida con la de los acreedores.

Por otra parte, que el presupuesto subjetivo del que parte la LC no integre al grupo como entidad propia, directa y globalmente afectada por la declaración de concurso, no justifica que la nueva Ley haya ignorado totalmente la influencia que la pertenencia al grupo tiene en la génesis de la insolvencia y en el propio procedimiento concursal. Así vemos que la LC sí que ha adoptado distintas medidas informativas y procesales para hacer frente a las relaciones de grupo a partir de la insolvencia de algunos o todos sus miembros. Nos limitaremos a enunciar las más relevantes, comenzando por la posibilidad de que a través de la acumulación subjetiva de acciones (cfr. art. 72 LEC) se inste por un acreedor una declaración judicial conjunta de concurso de las personas jurídicas pertenecientes a un mismo grupo, autorizada por el ya citado art. 3.5 LC. Igualmente, en el caso del concurso voluntario se toma en consideración la existencia de un grupo dentro de la información que el deudor debe de adjuntar a la solicitud de declaración de concurso (v. art. 6.2, 2º, párrafo tercero y 6.3, 4º LC), y no menos importante es la acumulación de concursos que contempla el art. 25.1 LC, de manera que al de la sociedad dominante puedan acumularse los procedimientos concursales referidos a sus sociedades filiales (v. art. 74 y ss. LEC). Son medidas que facilitan, en el plano procesal, el reconocimiento de la dependencia o vinculación societaria como factor que debe considerarse en la tramitación y resolución del concurso de una o varias sociedades integradas en un mismo grupo. Como una cuestión de especial importancia aparece la de

imponer a la sociedad dominante alguna responsabilidad por su dirección sobre la filial que ha devenido insolvente, en especial considerando la repetida invocación que el régimen concursal hace a los administradores de hecho (v., por ejemplo, los arts. 48.3 y 172.3 LC)⁴⁵.

Al propio tiempo, la nueva LC también autoriza otras medidas orientadas a la tutela de los acreedores del grupo. Basta con remitir en este punto al régimen aplicable a los créditos del grupo como créditos subordinados (art. 92.5º LC, en relación con el art. 93) o a las diversas acciones que permiten a los acreedores cuestionar actos realizados en el seno del grupo en perjuicio de aquellos. Sirven a estos efectos, por supuesto, las acciones de reintegración, expresamente reguladas en el art. 71 LC, pero también las generales de revocación o rescisión de contratos⁴⁶, cuya compatibilidad con las anteriores proclama expresamente el art. 71.6 LC.

⁴⁵ V., DOMÍNGUEZ RUIZ DE HUIDOBRO, A., "Cuestiones sobre la responsabilidad de los administradores en los grupos de sociedades. Particular referencia a la teoría del administrador de hecho", en *Est. Homenaje Sánchez Calero, cit.*, t. II, p. 1.309 y ss. y LATORRE CHINER, N., "El administrador de hecho en las sociedades de capital", en AA.VV., *Las sociedades comerciales y su actuación en el mercado*, (dirs. EMBID/IRUJO/VÍTOLO), Granada (2003), pp. 981-985.

⁴⁶ Como son, por ejemplo, la acción pauliana (art. 1111, *in fine* CC) y la que contemplan los artículos 1290 y ss. CC.