

LA CONVOCATORIA DE LA JUNTA GENERAL ANTE LA SUSPENSIÓN DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES

Juan Sánchez-Calero*

Publicado en:

Anuario de Derecho Concursal nº 12 (2007), pp. 341-361

ISSN 1698-997X

* 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>

Resumen:

Se comenta el Auto de un Juzgado Mercantil de Madrid que analiza los efectos que la declaración de concurso tiene en cuanto a la suspensión de las facultades del consejo de administración de una sociedad anónima. En especial, se debatía a quién correspondía convocar la junta general que debe aprobar las cuentas anuales. La solución que da el Juzgado y que en el comentario se comparte, considera que esa competencia corresponde a los administradores concursales

Palabras clave: Sociedades anónimas, concurso, consejo de administración, suspensión de facultades, administración concursal, convocatoria de junta general.

Abstract:

This paper is a comment on a Madrid Commercial Court Order which deals with the consequences of the insolvency statement with regard to the suspension of the company's board powers. It was particularly discussed who has the power to call the general meeting that has to pass the annual Financial statements. The decision of the Court considers that this faculty belongs to the insolvency receivers.

Key-Words: Corporations, insolvency, board of directors, suspension of powers, receivers, call of the general meeting

**LA CONVOCATORIA DE LA JUNTA GENERAL ANTE LA SUSPENSIÓN DE LOS
ADMINISTRADORES SOCIALES
(Comentario al Auto nº 106/07 del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid, de
fecha 29 de marzo de 2007)¹**

*Juan Sánchez-Calero
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Complutense de Madrid*

SUMARIO:

TEXTO DEL AUTO	4
I.- INTRODUCCIÓN	7
II.- EL CONFLICTO	8
III.- <i>PERICULUM IN MORA</i> E IDONEIDAD DE LA MEDIDA CAUTELAR PROPUESTA	9
IV.- EL DERECHO DISCUTIDO: LA CONVOCATORIA DE LA JUNTA GENERAL DE UNA SOCIEDAD EN CONCURSO	11
1. <i>El art. 48.1 LC y los efectos del concurso sobre la persona jurídica</i>	11
2. <i>La suspensión del órgano de administración</i>	13
3. <i>¿Qué entendemos por facultades de administración y disposición?</i>	16
4. <i>¿Quién debe formular las cuentas anuales?</i>	20
5. <i>La competencia de convocar la Junta general ordinaria</i>	22
6. <i>La “regla de prudencia” y la censura de la unilateralidad</i>	24
V.- CONCLUSIÓN.....	25

¹ AC 2007\571

Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid

Jurisdicción: Civil

Proceso en primera instancia núm. 639/2007.

Medidas Cautelares (LECiv/2000)

Ponente: Santiago Senent Martínez.

En Madrid a veintinueve de marzo de dos mil siete.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO Por la parte administración concursal se formuló petición de medidas cautelares coetáneas a la demanda incidental de impugnación de acuerdos sociales, consistente en dejar sin efecto el acuerdo del consejo de administración de la entidad concursada Forum Filatélico, SA relativo a la convocatoria de la Junta General de accionistas de la concursada prevista para el día 12 de abril de 2007, solicitando que se adoptaran sin audiencia de la contraparte. Se admitió a trámite la solicitud y quedaron las actuaciones sobre la mesa del proveyente para dictar la resolución oportuna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO La cuestión que se somete a la consideración de este Juzgado se refiere a la posible vulneración, por parte de los administradores de la sociedad concursada, de las limitaciones que en orden a la administración de la sociedad se les impuso en el auto de declaración del concurso, auto que acordaba la suspensión de la deudora en las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, al haber convocado Junta General de accionistas de la sociedad concursada. Esta posible vulneración debe examinarse a través del incidente concursal, tal y como prevé el art. 40.7 de la Ley concursal (RCL 2003\ 1748), a fin de evitar que se consume el acto que se considera ilegal, es por lo que la administración concursal solicita la medida cautelar consistente en dejar sin efecto la convocatoria de la Junta General que había sido acordada por el Consejo de administración de la concursada.

La adopción de una medida cautelar, como la que se insta, precisa de la concurrencia de estos dos requisitos que se contemplan en el artículo 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000\ 34, 962 y RCL 2001, 1892):

1. Justificación del derecho que se reclama («bonus fumus iuris o título»), por cuanto carecería de sentido el aseguramiento de la efectividad de una sentencia si desde el principio no se ofreciese justificación alguna del derecho que se pretende se reconozca en la resolución definitiva.
2. «periculum in mora»; esto es, que exista peligro tangible de que el retraso en la obtención de la sentencia pueda dar lugar a su ineficacia real.

Para apreciar la apariencia de buen derecho es preciso analizar, sin prejuzgar el fondo de la cuestión planteada, si el consejo de administración de una sociedad concursada aparece como legitimado, a pesar de estar suspendido en el ejercicio de sus facultades de administración, para convocar la Junta general de accionistas. Ciertamente, nuestra vigente Ley concursal no regula expresamente esta cuestión; tan solo el parco contenido del art. 48.1 de la Ley concursal regula el funcionamiento de los órganos sociales, disponiendo que: Durante la tramitación del concurso, se

mantendrán los órganos de la persona jurídica deudora, sin perjuicio de los efectos que sobre su funcionamiento produzca la intervención o la suspensión de sus facultades de administración y disposición y salvo el supuesto en que, a consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, se declare el cese de los administradores o liquidadores. Los administradores concursales tendrán derecho de asistencia y de voz en las sesiones de los órganos colegiados. Se condiciona, por tanto, el funcionamiento de los órganos a lo acordado en relación a la limitación de las facultades de administración de la deudora. Se produce así una remisión al contenido del art. 40 del citado texto legal en sus apartados 2 y 6, en virtud de los cuales en caso de suspensión de facultades la deudora es sustituida en sus facultades de administración y disposición sobre su patrimonio por los administradores concursales, produciendo efectos respecto de todos los bienes, derechos y obligaciones que hayan de integrarse en el concurso.

El problema surge cuando se delimita el concepto administración y se determina su extensión. La sociedad mercantil, como toda persona jurídica actúa a través de sus órganos, pero lo hace sin intermediación alguna, de tal modo que el acto del órgano es el acto de la persona jurídica. En el caso de las sociedades de capital esos órganos necesarios son dos: La Junta general y el órgano de administración; ahora bien dichos órganos no deben constituir dos centros de intereses autónomos, sino que su actuación confluye en un único resultado: el acto de la persona jurídica, en nuestro caso el acto de la sociedad. Ello no impide que, con fundamento en el principio de dualidad de órganos, la competencia de cada uno de dichos órganos delimite el reparto de funciones entre ambos. En este reparto de funciones corresponde al órgano de administración la facultad de administrar la sociedad. La expresión administrar constituye, a estos efectos, un término complejo que incluye un haz de facultades que se concretan en: Deberes de gestión en sentido estricto, que se refiere al desarrollo de los actos en los que se concreta la gestión de la empresa que constituye el objeto social; la representación de la sociedad, en juicio y fuera de él en los términos de los arts. 128 y 129 de la Ley de Sociedades Anónimas (RCL 1989\ 2737 y RCL 1990, 206) y los deberes que le corresponden en la administración de la sociedad que, respecto a la Junta general incluye la facultad de iniciativa, ya que pueden convocar la Junta y fijar el orden del día, tal y como disponen los arts. 94, 97, 98 y 100 de la Ley de Sociedades Anónimas.

En el caso de que, como consecuencia de la suspensión de las facultades de administración, los administradores sociales sean sustituidos por los administradores concursales éstos asumen todas esas funciones, de las que quedan desposeídos los administradores de la sociedad. No implica este hecho que la Junta General no pueda ser convocada durante la tramitación del concurso, sino que esa facultad-obligación se traspaasa a la administración concursal quedando siempre a salvo la posibilidad de convocatoria judicial de la Junta en los términos del art. 101 de la Ley de Sociedades Anónimas. Podría argüirse, no sin falta de razón, que esas limitaciones operan solo en el ámbito patrimonial de la sociedad y que no afecta a todo aquello que carezca de tal carácter por no integrarse en la masa activa, en los términos del art. 40.6 de la Ley concursal (RCL 2003\ 1748). Sin embargo, frente a ello conviene recordar que la convocatoria de la Junta es un acto propio de administración y que razones de seguridad jurídica imponen la necesidad de que solo exista un órgano que ejecute dichos actos. Por otra parte no siempre es posible a priori delimitar que acto tiene un alcance patrimonial y cuál no lo tiene. En este punto conviene recordar que cuando la Ley concursal en su art. 54.1 ha permitido al concursado comparecer personalmente para la defensa de acciones personales, condiciona esa actuación, cuando pueda afectar al patrimonio, a la autorización de la administración concursal, lo que parece imponer la necesidad del planteamiento previo de la cuestión en orden a determinar si es posible o no tal afectación y actuar en consecuencia. Es también de señalar que la mera convocatoria de la Junta general genera gastos que

deben ser autorizados por la administración y también la ejecución de los hipotéticos acuerdos que en su caso se acordaran generaría gastos que no han sido autorizados. Sin embargo, el Consejo de administración de la concursada ha actuado unilateralmente en una actuación que aparentemente infringe las limitaciones acordadas en el auto de declaración del concurso.

A mayor abundamiento, cabe destacar que uno de los puntos del orden del día podría vulnerar lo dispuesto en el art. 46 de la Ley concursal, pues no consta que las cuentas del ejercicio 2005 hubieran sido formuladas, por lo que tal obligación compete, en caso de suspensión a los administradores, caso de adoptarse el acuerdo se estaría usurpando una facultad de la administración concursal y, en consecuencia estaríamos ante un acuerdo nulo por ser contrario a la Ley.

De todo lo expuesto cabe concluir que la petición de la administración concursal revista la apariencia de buen derecho exigida en orden a la adopción de la medida interesada.

SEGUNDO En cuanto a la idoneidad de la medida es evidente que la proximidad de la fecha de celebración de la Junta hace imposible resolver el incidente antes de su celebración, por lo que solo la desconvocatoria de la Junta aparece como una medida hábil para impedir que se consume la celebración de una Junta que podría haber sido convocada por un ente no capacitado para ello, relegando para sentencia la determinación definitiva del órgano legitimado para convocar la misma. Precisamente esa premura justifica la existencia del periculum in mora, segundo requisito exigido para adoptar la medida que, como se ha visto, también concurre en el presente caso, lo que conduce a la adopción de la medida interesada, debiéndose significar que a la desconvocatoria de la junta se le dará la misma publicidad que a su convocatoria.

TERCERO En cuanto a la caución es de señalar que la administración concursal actúa en el ejercicio de sus funciones en defensa de la masa; por otra parte no parece que la medida adoptada debe causar perjuicios a la concursada, por lo que se exonera a la solicitante de la obligación de prestar caución.

CUARTO La presente medida se adopta sin oír a la parte a que debe afectar por concurrir los presupuestos del artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000\ 34, 962 y RCL 2001, 1892), pues la demora en el tiempo solo agravaría la situación que se pretende solventar e impediría la eficacia de la tutela judicial que pretende la demandante, por lo que se considera plenamente justificada la adopción de la misma inaudita parte.

En atención a lo expuesto,

PARTE DISPOSITIVA

Debía acordar y acordaba las siguientes medidas cautelares:

Se suspende el acuerdo del Consejo de administración de Forum Filatélico, SA de fecha 6 de marzo de 2007 por el que se convoca a Junta General de accionistas de la sociedad Forum Filatélico, SA a celebrar el día 12 de abril de 2007 en los salones Lancaster Palace, avenida Nuestra Señora de Fátima núm. 13 de Madrid, a las 12,30 horas de la mañana en primera convocatoria y en los mismos lugar y hora al día siguiente en segunda y, en consecuencia, se desconvoca dicha Junta general.

A la presente medida se le dará la misma publicidad que a la convocatoria, por lo que se expedirán edictos para su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en el Diario Expansión,

que se entregarán a la administración concursal para su diligenciado.

Se exonera a la administración concursal de la obligación de prestar caución.

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas y a la demandada apercibiéndolas de que contra la misma no cabe interponer recurso alguno, pero la demandada podrá formular oposición a la misma en el plazo de veinte días desde su notificación.

Así lo acuerda, manda y firma D. Santiago Senent Martínez Magistrado Juez titular del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid y su Partido. Doy fe.

I. INTRODUCCIÓN.

A pesar de su carácter reciente y de su cuidada elaboración, la aplicación de la Ley Concursal (en adelante LC) pone de manifiesto frecuentes incertidumbres en relación con cuestiones que parecen previsibles, como la que motiva el Auto que comentamos. Esa incertidumbre plantea si estamos ante una laguna normativa o ante un simple problema de interpretación de las reglas existentes. Esto sucede, en particular, cuando la nueva regulación es objeto de contraste con procedimientos de insolvencia de gran alcance, sea por los patrimonios sobre los que se proyecta el concurso o por el número de acreedores, concurriendo ambas circunstancias en el caso que nos ocupa.

Como tendremos ocasión de exponer, lo que aparentemente es una falta de solución legislativa para un problema preciso en una sociedad en concurso, en realidad encubre una cuestión de mayor alcance. En concreto, tal cuestión se refiere a la solución que en el concurso de una sociedad recibe el problema capital de su efectiva administración y, de manera singular, cuando uno de los efectos de la declaración de concurso ha sido la suspensión del órgano de administración.

Lo que en el presente caso se planteaba y debía ser resuelto por el Juzgado, era si el Consejo de Administración de una sociedad anónima y con respecto al cual el Juez del concurso había acordado la suspensión prevista en el artículo 48.1 LC, estaba legitimado para convocar la junta general de accionistas. Habiéndose procedido a esa convocatoria, los administradores concursales procedieron a formular la correspondiente acción de impugnación del acuerdo del Consejo de Administración y a solicitar, como medida cautelar *inaudita parte*, la suspensión del mismo y la desconvocatoria de la Junta. El cauce procedimental para esa

impugnación y para la solicitud de tutela cautelar fue el incidente concursal previsto en el art. 40.7 LC.

A la petición de suspensión accedió el Juzgado de lo mercantil. Al analizar su resolución, lo que debemos establecer es si estamos ante una decisión en la que sus circunstancias fácticas particulares fueron las relevantes para su adopción y, en especial, en qué medida el Juzgado se encuentra con la convivencia simultánea de dos órganos gestores en una misma sociedad, lo que depara el inevitable conflicto. Esta es la cuestión de mayor alcance a la que nos referíamos y la que, en nuestra opinión, dota de interés al Auto comentado. Se trata de analizar en qué medida es válido el modelo concursal de continuidad del Consejo de Administración y su correspondiente convivencia con la administración concursal, teniendo en cuenta que no pocas competencias pudieran ser reivindicadas y ejercitadas por ambos de manera contradictoria, como sucedió en este caso. De modo especial, se analizará en qué medida la convivencia permanece a partir del reconocimiento de determinadas competencias de los administradores sociales que se verían afectadas por los efectos de la suspensión.

II. EL CONFLICTO.

El Auto se dictó, como quedó apuntado, en el seno de uno de los grandes y notorios concursos iniciados en 2006 y que afectaron a las sociedades dedicadas a la comercialización de bienes intangibles. En el Auto de declaración del concurso de 22 de junio de 2006, el Juzgado acordó "*1. Se declara en concurso, que tiene carácter de necesario al deudor... y se declara abierta la fase común del concurso. Se suspende el ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición de su patrimonio, siendo sustituido por los administradores concursales*"².

El 6 de marzo de 2007, el Consejo de Administración de la sociedad concursada celebró una sesión en la que acordó la convocatoria de la junta general de accionistas, con un orden del día que consistía en "*Primero.- Renovación del Consejo de Administración, mediante el cese y nombramiento de los miembros del Consejo de Administración de la compañía que decida la Junta General. Segundo.- Aprobación, si procede, de las cuentas anuales de la compañía correspondientes al ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2005 ...*". Conocida esa decisión, la administración concursal reaccionó presentando una demanda incidental en impugnación del acuerdo señalado y en la que solicitaba la medida cautelar que el Auto que nos ocupa concede y que implica

² Parte Dispositiva del Auto, pg. 20.

la desconvocatoria de la Junta que había convocado el Consejo de la sociedad.

III. PERICULUM IN MORA E IDONEIDAD DE LA MEDIDA CAUTELAR PROPUESTA

La sistemática del Auto no merece reproche, puesto que su exposición sigue los elementos típicos en el planteamiento y análisis de toda medida cautelar (v. art. 726 LEC). Lo que debe concitar nuestro interés es el análisis del derecho cuya tutela se requería, de lo que nos ocuparemos en apartados posteriores. Por lo que se refiere a los otros elementos que suelen resultar de consideración necesaria en la tutela judicial cautelar, bastarán dos apuntes sobre la idoneidad de la medida y sobre su adopción urgente.

En cuanto a lo primero, pocos comentarios puede merecer que la única forma de evitar los efectos de un acuerdo de convocatoria de la junta sea la de la correspondiente desconvocatoria: solamente ésta *“aparece como una medida hábil para impedir que se consume la celebración de una Junta que podría haber sido convocada por un órgano no capacitado para ello”*. La desconvocatoria de la Junta, que aparece como una posibilidad válida en la vida societaria, constituye una medida que impide la adopción de posibles acuerdos por la Junta general susceptibles de ser impugnados por vicios de su convocatoria y, por otro lado, una vez solventadas las dudas sobre la válida convocatoria, podrá la Junta adoptar los acuerdos que procedan. La idoneidad de la medida de desconvocatoria pasará necesariamente por cumplir los mismos requisitos formales y de publicidad que la propia convocatoria.

El hecho de que el Auto se haya introducido en el supuesto de desconvocatoria de la Junta ya es motivo de interés. En la regulación societaria, la desconvocatoria no ha merecido atención, si bien son cada vez más las situaciones de hecho y las contribuciones doctrinales que se ocupan de la misma³. Su admisibilidad hoy parece indiscutida, como una solución razonable ante la existencia de circunstancias que permiten cuestionar la regularidad de su convocatoria o la oportunidad de su celebración⁴. Ciertamente es que esa general admisión de la validez

³ Para una exposición general del supuesto, v. SÁNCHEZ CALERO, F., *La Junta general en las sociedades de capital*, Madrid, 2007, pg. 121 y ss. y el estudio de CERDÁ, F., "La desconvocatoria de la junta general", en *Estudios Sánchez Calero*, Madrid, 2002, T. II, pg. 1163 y ss.

⁴ SÁNCHEZ CALERO, F., *La Junta general*, pgs. 122-123 y la STS de 17 de marzo de 2004 (RJ 1004\1474), comentada por EMPARANZA A., *RdS* 23 (2004), pg. 265 y ss.

de la desconvocatoria se ha producido a partir de que fueran los administradores sociales quienes tomaban la decisión de dejar sin efecto su previo acuerdo de convocatoria, pero ello no empece para reconocer la validez de la desconvocatoria de la Junta por resolución judicial. No sólo a partir de consideraciones generales sobre la tutela judicial en relación con la vida corporativa, sino a partir del expreso reconocimiento de la convocatoria judicial de la junta (art. 101 LSA), que utilizando el mismo argumento que para los administradores, implica la facultad de desconvocar. Habrá que aceptar que son los mismos fundamentos del sistema que llevan a que la facultad de convocar la compartan los administradores con otros sujetos⁵, los que respaldan esa misma titularidad compartida en cuanto al planteamiento de la desconvocatoria. Puede ser judicial tanto la convocatoria como la desconvocatoria.

Dicho lo cual, convendrá reparar en que no es esa la hipótesis concreta que afrontamos, toda vez que aquí la desconvocatoria resultó un acto jurisdiccional que partió de la iniciativa de la administración concursal y que acompañaba a una acción de impugnación de la previa convocatoria de la Junta por los administradores sociales. La resolución comentada entra indudablemente dentro de la jurisdicción y de la competencia del Juez del concurso, a la vista, además, de los efectos que la suspensión de las facultades de administración y disposición tiene sobre la sociedad insolvente (v. arts. 8, 9 y 48 LC). La proporcionalidad o razonabilidad de la desconvocatoria se ve apoyada cuando, como en el presente caso, quien la solicita es la administración concursal que se ve revestida de especiales poderes allí donde se ha acordado la suspensión de los administradores sociales. La desconvocatoria cautelar de la junta puede cumplir una clara función preventiva cuando sirve para evitar ulteriores impugnaciones de acuerdos ya adoptados o para subsanar los defectos de la convocatoria que se dejó sin efecto. Poca discusión admite que las posibles discrepancias entre administradores sociales y concursales acerca de la convocatoria de la Junta se diluciden en un momento previo y con respecto a su preparación, sin obligar a acudir a la compleja y dilatoria impugnación de eventuales acuerdos como expresión de esas mismas discrepancias.

Es precisamente el hecho de que el acto a considerar fuera la inminente celebración de una junta ya convocada el que operaba a favor de la urgente adopción de la medida, argumentando el Juzgado que *“la demora en el tiempo solo agravaría la situación que se pretende solventar e impediría la eficacia de la tutela judicial que pretende*

⁵ SÁNCHEZ CALERO, F., *La Junta general*, p. 104.

la demandante, por lo que se considera plenamente justificada la adopción de la misma (medida cautelar) inaudita parte". A ello ha de añadirse que el concreto cauce incidental previsto en el art. 40.7 LC se caracteriza por su urgente tramitación⁶, sea a iniciativa de la administración concursal o a requerimiento de algún acreedor o de cualquier otro legitimado a tal efecto, de acuerdo con lo que aquella disposición establece.

La adopción de la medida *inaudita parte* estaba justificada. Primero, por razones de urgencia, que derivan de la brevedad del plazo legalmente establecido entre la convocatoria y la celebración de la Junta (art. 732.2 LEC). Además, en segundo término, el propio objeto de la pretensión impugnatoria atenúa la propia utilidad del trámite de audiencia al demandado. Se trata de discutir la validez de la convocatoria de la Junta, lo que plantea esencialmente el problema de la legitimación para acordarla, en el que los demandantes sostenían que carecen de ella los administradores sociales y éstos, por el contrario, alegarían que la tenían. Es la cuestión de fondo. Escuchar a los demandados en la pieza cautelar supondrá con toda probabilidad, anticipar el debate al que debe servir el procedimiento principal, sin que ello implique argumento adicional alguno en cuanto a la idoneidad de la medida y a la concurrencia de los requisitos que a tal efecto establece la norma procesal.

IV. EL DERECHO DISCUTIDO: LA CONVOCATORIA DE LA JUNTA GENERAL DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA EN CONCURSO.

Llegamos así a la cuestión principal afrontada en el Auto y que enlaza con el derecho aparente que invocaban los administradores concursales demandantes como fundamento de su pretensión de impedir la celebración de la Junta de la sociedad concursada que venía promovida por su Consejo de Administración. Creemos que el Juzgado también acertó en su planteamiento preliminar de esta cuestión, al señalar que lo que procedía era analizar el alcance del efecto de la suspensión sobre las facultades de ese órgano.

1. El art. 48.1 LC y los efectos del concurso sobre la persona jurídica.

Toda la reflexión contenida en el Auto comentado parte de la regulación

⁶ v. MARTÍNEZ FLOREZ, en Rojo-Beltrán (dirs) *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, 2004, T. I, pg. 809 y CORDÓN MORENO, *Proceso Concursal*, Cizur Menor, 2003, pg. 222 y ss.

introducida por el art. 48.1 LC, cuyo “*parco contenido*”⁷ se recoge sintéticamente recordando que, con respecto al órgano de administración de una sociedad declarada en concurso, son dos las situaciones posibles, que la Ley vincula, si bien no de una manera inderogable, a la naturaleza voluntaria o necesaria del concurso. Frente a la menor limitación que implica la intervención, la suspensión supone una privación temporal de “*las facultades de administración y disposición*” de quienes son administradores de la sociedad, que pasan a poder ser ejercitadas por los administradores concursales. Hasta aquí, el régimen de ambas medidas reproduce en relación con las sociedades los mismos principios que con carácter general inspiran los efectos del concurso sobre el deudor. Ello lleva a plantear el problema legislativo que resaltábamos al inicio de este comentario y que ahora admite una formulación más precisa. La remisión matizada por el art. 48 LC propone, con respecto a las sociedades mercantiles y en cuanto a las limitaciones de las facultades de administración del deudor que con carácter general establece el art. 40 LC, dos posturas. Una primera, favorable a que una interpretación adecuada y analógica de las normas positivas resultará suficiente para la solución de los problemas que puedan plantearse. y otra segunda partidaria de reconocer una insuficiencia legislativa que deberá traducirse –mediante la oportuna reforma– en un régimen especial más desarrollado en cuanto a lo que implica la suspensión de los administradores sociales.

Lo cierto es que estamos ante una medida de suspensión que afecta a las facultades del órgano de administración, pero no a la propia existencia del mismo, puesto que como se encarga de aclarar el propio precepto antes indicado, “*durante el concurso se mantendrán los órganos de la persona jurídica deudora*”, esto es, la junta general y el órgano de administración en el caso de una sociedad anónima⁸. Tal criterio legislativo no puede merecer reproche alguno. Precisa una consecuencia lógica y elemental: los órganos se mantienen porque, a pesar del estado concursal, la persona jurídica –que es el sujeto insolvente– continúa existiendo. La permanencia

⁷ El reproche a la *parquedad* de la norma en ese punto es un lugar común entre los comentaristas de la LC y entre quienes se han aproximado a analizar los efectos del concurso sobre la administración societaria; v. ALONSO UREBA, A./VIERA GONZÁLEZ, A.J., en Pulgar/Alonso Ureba/Alonso Ledesma/Alcover (dirs), *Comentarios a la Legislación Concursal*, Madrid, 2004, T. I, pg. 639. En cualquier caso, la *parquedad* de la resolución legislativa vigente ha supuesto una notable y necesaria superación de las enormes lagunas que en esta materia ofrecía el Derecho derogado; v., por todos, la reseña de BELTRÁN, en Rojo-Beltrán, *ComLC*, T. I, pg. 961.

⁸ v. VICENT CHULIÁ, “El concurso de la persona jurídica”, en *Estudios Olivencia*, T. II, Madrid, 2004, pg. 2426 y ss.

de los órganos sociales es una premisa para el legislador que debe buscar cómo acoplar la misma a la irrupción de "otros" administradores (los concursales), con los que aquellos han de coincidir.

De esta suerte, lo que debemos plantearnos es qué sentido cobra la ya apuntada convivencia –que tarde o temprano derivará en concurrencia- de esa doble administración y, en particular, cómo cabe concebir un órgano que quede privado –aunque sea temporalmente- de sus competencias, cuya determinación concreta también aparece llena de dudas. Tratándose de competencias vinculadas principalmente con la administración de la sociedad y de su patrimonio, la atención se vuelve prioritariamente al impacto que esa suspensión tiene sobre el órgano de administración, quedando la Junta en un segundo plano. Para avanzar en ese planteamiento, convendrá que nos adentremos, en primer lugar, en una breve explicación del sistema legalmente adoptado para limitar las actuaciones de los administradores sociales y, en segundo, en el contenido objetivo de las facultades suspendidas.

2. La suspensión del órgano de administración

Como ya señalamos, resolver la titularidad de determinadas competencias administrativas en una sociedad concursada obliga a revisar el significado de la decisión de suspensión que afecta a las facultades de los administradores sociales. La LC ha diseñado con ese propósito, un sistema cuya adecuada comprensión y aplicación reclama, con carácter previo y de manera incuestionable, una interpretación sistemática de sus preceptos⁹. Pretender que la dicción de un concreto artículo abona una posición favorable a una u otra posición implica un voluntarismo interesado, que pasa por ignorar algunos de los pilares del sistema de administración del concurso (lo que significa también de la administración de la sociedad sometida a ese estado).

Declarado el concurso, la suspensión aparece como una de las posibles opciones para el Juez en relación con la limitación de la actuación del deudor concursado¹⁰. Sabemos que es la solución propuesta por la LC para concursos necesarios,

⁹ Es obligada la referencia a la monografía de MORILLAS JARILLO, M.J., *El concurso de las sociedades*, Madrid 2004, pg. 313 y ss.

¹⁰ v. La exposición general que lleva a cabo MONTÉS PENADES, V.L., "Alteraciones en la administración, gestión y disposición del patrimonio del concursado por efecto de la declaración y la tramitación del concurso", *ADC* 11 (2007), pg. 10 y ss.

modificable judicialmente¹¹, y que tiene un efecto decisivo en relación con la convivencia de administraciones (la corporativa y la concursal) y con la jerarquía establecida entre ambos. Tal efecto es el que enuncia el art. 40.2 LC: la suspensión alcanza al ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, “*siendo sustituido por los administradores concursales*”. La sustitución no es subjetiva, pues no se pone a alguien en lugar de otro, sino que es una medida funcional, que se proyecta sobre “*el ejercicio*” de las funciones de administración. De esa formulación se concluye, con claridad, quién pasa a detentar, por mandato judicial y con carácter temporal, ese poder de administrar y disponer el patrimonio del deudor. Los nuevos titulares son los administradores concursales, a los que además se les reconoce una excepcional y exclusiva legitimación para solicitar la anulación de cualquier acto del deudor que implique una infracción de las limitaciones derivadas de la suspensión. Los efectos de la suspensión suelen resumirse de forma coincidente: con ella, los administradores concursales pasan a ser los únicos legitimados para actuar (disponer) sobre la masa activa¹².

La claridad de la regla general que hemos citado se ve atenuada cuando vemos que, siendo el deudor una persona jurídica, se acuerda el mantenimiento de sus órganos, “*sin perjuicio de los efectos que sobre su mantenimiento produzca la ...suspensión de sus facultades de administración y disposición*” (art. 48.1 LC), de forma que a los mismos asistirán los administradores concursales, a los que se les reconoce un derecho de voz. De esa solución sí que surgen dudas y preguntas de sencilla formulación. ¿Por qué debe seguir funcionando un órgano de administración cuyas facultades de administración y disposición se han suspendido? ¿Por qué debe hacerlo si, en caso de suspensión, se *sustituye* al órgano de administración por los administradores concursales? ¿Acaso queda, a pesar de la suspensión, algún

¹¹ La opción viene siendo utilizada en algunas resoluciones con acierto en atención a las circunstancias particulares de cada concurso, que pueden hacer aconsejable romper la vinculación legislativa entre el carácter necesario o voluntario del concurso y la suspensión o intervención, respectivamente, de las facultades del deudor. Un buen ejemplo de ello lo tenemos en el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid, de 11 de enero de 2007 (AC 2007\249), que a pesar de declarar en concurso necesario a una línea aérea, optó por la intervención. Razona su fundamento jurídico sexto que la sociedad presentó una solicitud de concurso voluntario antes de ser emplazada a raíz de la correspondiente solicitud de concurso necesario, que la complejidad del negocio podría dar lugar a que la suspensión del órgano de administración conllevara una “*paralización o interrupción*” no sólo de la actividad, sino de las iniciativas en marcha para solucionar el concurso y, por último, que el presidente y consejero delegado controlaba la práctica totalidad del capital social y había anunciado el apoyo financiero a la sociedad.

¹² BELTRÁN, en Rojo-Beltrán *ComLC*, pg. 968 y MONTÉS PENADES, *ADC* 11, pg. 14.

tipo de facultad en manos de los administradores sociales? ¿De ser así, no se está abonando un conflicto derivado del previsible ejercicio contradictorio entre las facultades de administración y disposición atribuidas a los administradores concursales y las demás facultades (que podemos enunciar como residuales) que retendrían en todo caso los órganos societarios?

El reconocimiento a los administradores concursales de un derecho de asistir y de intervenir en los órganos de la sociedad en concurso es, desde un punto de vista general, una solución prudente y coherente con el sistema general que la norma diseña pensando en la apuntada pervivencia de la persona jurídica (y por lo tanto de sus órganos) y en la continuidad de su actividad. Ahora bien, puede cuestionarse con fundamento su operatividad en el marco del Consejo de Administración. En procedimientos concursales, al igual que en procedimientos administrativos en los que cabe adoptar medidas distintas sobre la composición y el fundamento de los órganos administrativos, las posiciones respectivas de los administradores sociales y concursales (o los nombrados por un acto administrativo) se caracterizan por una previsible contradicción. En el concurso, los administradores nombrados por el Juez deben orientar todos sus actos a la defensa del interés del concurso, sin estar vinculados por el interés social al que se deben los administradores sociales (art. 127 bis LSA)¹³. En el marco del procedimiento son varias las ocasiones en que aquella contradicción aflorará pero, por resumir las hipótesis más claras, fijémonos en algunas en las que a los concursales se reconoce la legitimidad para actuar contra los sociales.

Sin salir del art. 48 LC, su apartado 2 atribuye a los primeros una legitimación extraordinaria y autónoma (*“sin necesidad de previo acuerdo de la junta”*) para ejercitar acciones de responsabilidad contra los segundos, y el apartado 3 hace lo propio en cuanto a la posibilidad de instar el embargo de los bienes de estos últimos. Si a ello añadimos que es también a los administradores concursales a quienes compete *“valorar”* aspectos diversos de la gestión social (v.fr., al elaborar su informe, cfr. art. 75 LC) y, además, pronunciarse sobre la eventual calificación culpable del concurso (cfr. art. 169 LC), se aprecia con toda nitidez que entre ambas clases de administradores existirá una previsible desconfianza, cuando no criterios absolutamente divergentes en relación con las cuestiones fundamentales (p. e., causa de la insolvencia, valoración del patrimonio social, viabilidad futura, etc.). Por eso, en la práctica, los administradores concursales renuncian de hecho a asistir a las reuniones del Consejo de Administración y canalizan sus contactos con los administradores sociales a través del genérico deber de colaboración e

¹³ v., en igual sentido, MORILLAS, *El concurso de las sociedades*, pgs. 339-340.

información que establece el art. 42.1 LC. En suma, puede decirse que el concurso suele constituir, en la práctica y en la mayoría de las ocasiones, un conflicto latente entre el órgano de administración afectado por la suspensión, y los administradores concursales.

3. ¿Qué entendemos por facultades de administración y disposición?

Quizás el punto más complejo dentro del régimen limitador que establece el art. 48.1 LC sea el del significado del término “*facultades de administración y disposición*” que proviene del art. 40.2 LC¹⁴. Es un concepto atípico, pues ni la legislación societaria ni la concursal explican cuál es ese elenco de facultades susceptibles de quedar en suspenso o afectadas por la intervención. Esa falta de definición posibilita varias interpretaciones, que son las que subyacen en el conflicto analizado por el Auto comentado.

Es esa imprecisión de uno de los conceptos esenciales de la norma aplicable la que llevó al Auto comentado a detenerse en lo que cabe entender por “administrar la sociedad”, estableciendo una distinción entre tres clases de facultades: “*La expresión administrar constituye, a estos efectos, un término complejo que incluye un haz de facultades que se concretan en: Deberes de gestión en sentido estricto, que se refiere al desarrollo de los actos en los que se concreta la gestión de la empresa que constituye el objeto social; la representación de la sociedad, en juicio y fuera de él en los términos de los arts. 128 y 129 de la Ley de Sociedades Anónimas y los deberes que le corresponden en la administración de la sociedad que, respecto a la Junta general incluye la facultad de iniciativa, ya que pueden convocar la Junta y fijar el orden del día, tal y como disponen los arts. 94, 97, 98 y 100 de la Ley de Sociedades Anónimas*”¹⁵.

Al respecto, se hace necesario partir de que, con carácter general, la suspensión de esas facultades en el marco de un procedimiento concursal alcanza únicamente a aquellas que tienen un contenido patrimonial. Puesto que el concurso tiene la gestión y conservación de ese patrimonio como una de sus finalidades esenciales, es razonable entender que para su satisfacción se priva de ese poder a los administradores sociales y se atribuye a los concursales. La suspensión de los primeros tiene por finalidad la conservación del patrimonio del deudor

¹⁴ v. al respecto, DIAZ MORENO, A., “La ineficacia de los actos del deudor concursado”, en *Estudios Olivoencina*, T. II, pg. 1853 y ss.

¹⁵ FJ Primero del Auto.

insolvente¹⁶. Esta posición, como recuerda el Auto que analizamos, tiene en la propia LC respaldos inequívocos como el plasmado en el art. 40.2 y 6 (v. razonamiento jurídico primero). El segundo de esos preceptos tiene un contenido más preciso, pues nos subraya que la suspensión de tales facultades alcanza a “*los bienes, derechos y obligaciones que hayan de integrarse en el concurso*”. La consecuencia de ello sería así como en relación con su patrimonio la suspensión conlleva, de facto, una genuina prohibición de disponer para el deudor¹⁷, que quedarían fuera del ámbito de la suspensión aquellas facultades del órgano de administración carentes de esa trascendencia patrimonial-concursal. Se trata de una regla general, es decir pensada para cualquier deudor, persona natural o jurídica.

El problema con el que nos encontramos es que esa clasificación patrimonial de facultades de administración resulta dificultada tanto por la ya apuntada ausencia de una referencia normativa que la precise como, sobre todo, por los varios efectos que una decisión adoptada en ejercicio de esas facultades puede tener. Esto se detecta de manera especialmente intensa en relación con personas jurídicas, en las que resulta notoria la dificultad de establecer acuerdos sociales con un contenido específicamente patrimonial o económico, frente a aquellos que por carecer del mismo podemos calificar como “*políticos*” o meramente institucionales. El mejor ejemplo de ello era el que el Juzgado afrontaba. Una decisión que aparentemente se produce en el plano corporativo-institucional, indirectamente conlleva una decisión de trascendencia patrimonial, al proponer a la Junta que analice y apruebe las cuentas anuales del ejercicio. A ese ejemplo podrían seguir muchos otros posibles acuerdos de los administradores sociales de la sociedad en concurso que, aún careciendo de un marcado contenido patrimonial, sí pueden implicar en un momento previsible o en otro posterior e incierto, efectos precisos sobre el patrimonio de la sociedad. Esa argumentación precisa abunda en la complejidad del tema si, volviendo a consideraciones generales, nos detenemos en el objeto de la suspensión. El Derecho de sociedades no acoge el concepto de facultades de administración ni de la propia persona jurídica, ni de sus órganos sociales. No sólo carece de una formulación similar que pudiese utilizarse para “*integrar*” el concepto concursal, sino que su propia contribución abunda en la amplitud de lo que resulta el objeto del acuerdo de suspensión. La administración social, integrada por la gestión y representación de la sociedad (arts. 128 y 129 LSA), se dice que es una noción “*elástica e indeterminada*”, de alcance muy amplio y que

¹⁶ v., por todos, MARTÍNEZ FLÓREZ, A., en Rojo-Beltrán *ComLC* T. I, pg. 777.

¹⁷ MARTÍNEZ FLÓREZ, A., en Rojo-Beltrán *ComLC* T. I, pg. 784.

puede calificarse como “general”¹⁸.

De ahí que una aproximación distinta al problema pueda ser la que, en lugar de en el objeto de la suspensión y en el “reparto de competencias” que se afirma que conlleva¹⁹, se centra en la titularidad del mismo. La suspensión supone una sustitución en la competencia de la administración de la sociedad. Conforme a esa orientación, la suspensión implicaría una decisión jurisdiccional con efectos globales para el ejercicio de las facultades de administración y disposición, de forma que una vez acordada, el órgano de administración quedaría privado de cualquiera de las facultades que legalmente le corresponden, quedando éstas en manos exclusivas de la administración concursal²⁰. En apoyo de esta solución opera la inviabilidad de una convivencia de dos órganos administrativos que, con funciones claramente diferenciadas, no es que compartan las mismas facultades, sino que se les permite que ejerzan las mismas libremente, de lo que tarde o temprano resultarán las previsibles discrepancias. Añadamos que se trata de una convivencia sometida a una clara regla de jerarquía como consecuencia de la regla de sustitución²¹ ya citada (cfr. art. 40.2) que, además, se ve complementada por la regla funcional especial que para el supuesto de suspensión aporta el art. 44.3 LC y conforme a la que “corresponderá a la administración concursal adoptar las medidas necesarias para la continuación de la actividad profesional o empresarial”. Lo hasta aquí expuesto obliga a compartir la posición del Juzgado cuando, en la resolución que nos ocupa, concluye que, en caso de suspensión, “los administradores sociales sean sustituidos por los administradores concursales (con lo que) éstos asumen todas esas funciones (de administrar la sociedad), de las que quedan desposeídos los administradores de la sociedad.” En definitiva, desde un punto de vista sustantivo, prima en la suspensión el efecto sustitutivo de los administradores sociales por los concursales en el poder de decisión de la sociedad. La permanencia o continuidad de los primeros y su convivencia con los segundos es una solución esencialmente formal, al limitarse la actuación del órgano de administración a aquellos aspectos que no inciden de manera directa o indirecta sobre el patrimonio de la sociedad en

¹⁸ SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores de las sociedades de capital*, Pamplona, 2005, pgs. 41 y 42 y la doctrina allí citada.

¹⁹ Cfr. GARCÍA RUBIO, M.P., en Bercovitz, R. (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid, 2004, T. I, pg. 431.

²⁰ Así, MORILLAS JARILLO, M.J., “Sociedades en situación concursal y normas de conducta de sus administradores”, en *Estudios Olivencia*, T. II, pgs. 2164-2165.

²¹ V., MARTÍNEZ FLÓREZ, A., en Rojo-Beltrán, *ComLC*, T. I, pg. 780.

concurso.

Esta solución parece clarificadora, como consecuencia de su contundencia, pero no deja de provocar reservas, pues podrá argüirse que negar toda competencia administrativa a los administradores resulta incompatible con el mantenimiento de los órganos sociales. ¿Qué sentido puede tener que sigan existiendo los administradores y la junta general, si se les niega toda competencia sustantiva? Sin perjuicio de que esa pregunta presente una solidez derivada de su entronque con el sistema normativo, su formulación enmascara un error de planteamiento, al vincular dos aspectos que se plantean por la Ley desde perspectivas diversas, que permiten una radical compatibilidad entre ambos. La continuidad orgánica debe contemplarse como una regla lógica y proporcionada a lo que implica la declaración o extinción de concurso. Éste no implica una alteración de la persona jurídica que obligue a la modificación de su estructura orgánica, siendo además el mantenimiento de ésta una premisa para continuar con el desarrollo de las actividades que integran el objeto social. Como indica la Exposición de Motivos de la LC "*la declaración de concurso, por sí sola, no interrumpe el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor*" (lo que precisa el art. 44 LC), que deberá seguir en manos de sus administradores, o que, ante la suspensión, desplaza hacia los administradores concursales la adopción de las medidas necesarias al efecto²². Esa es la regla, que apunta a la permanencia en la configuración y en la actividad de la sociedad insolvente, frente a la que la suspensión aparece como algo ocasional y transitorio²³, puesto que su adopción no es siempre necesaria y, además, puede ser revisada dentro del concurso dando lugar a una intervención, si el juez considera que con ello se obtienen especiales ventajas (art. 40.3 LC), sin perjuicio, por supuesto, de que cesarán sus efectos tan pronto como adquiera eficacia el convenio correspondiente (art. 133.1 LC).

En suma, la convivencia entre administradores de la sociedad y concursales es una solución correcta. Los problemas los provoca la atribución de competencias o facultades de administración cuando la declaración de concurso implica la suspensión. En el caso que comentamos, el nudo del problema radicaba en quién es el órgano competente para, habiéndose acordado la suspensión, formular las cuentas anuales y convocar la junta general ordinaria.

²² v. CONTRERAS, I., "Efectos básicos de la declaración del concurso", en *Estudios Olivencia*, T. II, pg. 1841.

²³ Sobre esa temporalidad, v., MARTÍNEZ FLÓREZ, A., pg. 780 y BELTRÁN, pg. 964, ambos en Rojo-Beltrán, *ComLC T. I.*

4. ¿Quién debe formular las cuentas anuales?

La formulación de las cuentas anuales de una sociedad concursada y cuyo órgano de administración se encuentra afectado por la suspensión prevista por el art. 40 LC es el primero de los problemas centrales del debate. Con carácter general, estamos ante una competencia de los administradores, que se expresa en términos imperativos en el art. 171 LSA, al indicar que "*los administradores están obligados a formular*" tales cuentas o el de auditarlas (art. 46.1 LC). Resulta notorio que se trata además de la atribución de un deber que se enmarca en la actividad ordinaria de la sociedad, sin que la iniciación de un concurso implique que se suspenda o interrumpa el deber de formulación de las cuentas. Lo que procede analizar, en relación con el art. 48.1. LC, es si estamos ante una facultad de administración y disposición de las delimitadas por el art. 40.6 o si, en otro caso, se trata de un deber de los administradores sociales que queda al margen de la suspensión. La primera previsión legislativa al respecto la formula el art. 46.2 LC, que al regular los efectos de la declaración del concurso tiene para el deudor, en relación con las cuentas anuales dispone que "*durante la tramitación del concurso ... en caso de suspensión*", la formulación de las cuentas "*corresponderá*" a los administradores concursales. De esa regla, el único elemento dudoso es el temporal. La formulación contable pendiente el concurso, puede referirse tanto a la correspondiente a ejercicios anteriores a la declaración concursal, como a aquellos ejercicios que de forma parcial o total, coincidían con el desarrollo del concurso. El "*conflicto de competencias*" entre los administradores sociales y concursales cobra especial relieve en el primer caso.

Si partimos de que en el vigente modelo jurídico contable la finalidad de las cuentas anuales es la de "*mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad*" (art. 172.2 LSA) resulta claro que estamos ante un acto al que no se le puede negar una manifiesta repercusión patrimonial²⁴. Formular las cuentas implica, entre otros criterios expresados por los administradores, valorar los elementos integrantes de las distintas partidas de las cuentas anuales y, en especial, los elementos integrantes del activo y del pasivo (art. 38.1 CCo.). No es menor el relieve patrimonial que, dentro de la formulación contable, adquiere la propuesta de resultados, en donde la Junta deberá de

²⁴ v., por todos, VICENT CHULIÁ, en Uría/Menéndez/Olivencia (dirs.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Madrid, 2000, T. VIII, vol. 1º, pg. 102 y ss.

pronunciarse entre una gran variedad de alternativas que a los administradores compete proponer a partir de una notable discrecionalidad²⁵. Por otro lado, la formulación contable es una actuación que, además, está directamente vinculada con el futuro de la sociedad, puesto que se parte de la presunción de que la empresa continúa en funcionamiento. Y aún cuando los términos “formular” y “firmar” las cuentas expresan que estamos ante un acto formal y temporalmente preciso (integrado en una reunión del correspondiente acuerdo del Consejo), al producirse se convalidan todos los actos que, producidos durante el ejercicio en cuestión, reciben de esa forma su expresión contable.

Bastan esas consideraciones básicas para advertir que entre la formulación de las cuentas anuales de una sociedad en concurso y el informe de la administración concursal existen elementos coincidentes, pues en dicho informe sus redactores deben proceder a la valoración de elementos patrimoniales y a pronunciarse sobre el futuro de la sociedad, tal y como éste se esboce en las propuestas de convenio que se hubiesen presentado. Esa coincidencia objetiva descarta la posibilidad de que entre las cuentas anuales a formular y el preceptivo informe se puedan producir divergencias, que resultan previsibles si la elaboración de aquéllas y de éste se dejaran, por un lado, en manos de los administradores sociales y, por otro, en las de los administradores concursales. Es por eso que el art. 75.1, 2º LC zanja esa posibilidad encomendando, en todo caso (es decir, al margen de que se hubiese acordado la intervención o la suspensión), que serán los administradores concursales quienes, cuando *"el deudor no hubiese presentado las cuentas anuales correspondientes al ejercicio anterior a la declaración de concurso"*, deberán formularlas²⁶. Siendo tan clara la adjudicación de esa competencia a los administradores concursales, la discusión sobre los efectos que la suspensión decretada conforme al art. 40 LC tiene al respecto resulta innecesaria. Porque iniciado el concurso, serán siempre los administradores concursales quienes deberán formular las cuentas del ejercicio anterior al concurso cuando no lo hubiesen hecho los administradores sociales. También será responsabilidad de los administradores concursales formular las cuentas de los ejercicios posteriores hasta la conclusión del concurso.

²⁵ v. la contribución reciente de, ORTEGA PARRA, S., *La aplicación del resultado en las sociedades de capital*, Valencia, 2006, pg. 17.

²⁶ La solución adoptada ha merecido algunas críticas por quienes consideran que, salvo en los supuestos de suspensión, deberían ser los administradores sociales quienes formulen esas cuentas: v. LÓPEZ COMBARROS, J.L., “Las obligaciones contables y de auditoría del suspenso”, en *Estudios Olivencia*, T. I, pgs. 1094-1096, donde cita los trabajos de GÓMEZ MARTÍN.

No en el plano jurídico, pero sí en el de la vida de la sociedad concursada, la solución legislativa apuntada no está exenta de incertidumbres acerca de la posición en la que, en relación con la formulación contable, queda el órgano de administración. Éste no puede ignorar que el citado art. 75.1, 2º LC desplaza esa labor a los administradores concursales, derogando de forma implícita el mandato que el art. 171 LSA hace a los administradores sociales. Pero éstos podrán cuestionarse cuál debe ser su comportamiento ante la formulación de las nuevas cuentas por los administradores concursales. En especial, cuando en el concurso no se hubiese acordado la suspensión de sus facultades de administración y disposición. En ese supuesto, el órgano de administración sigue siendo el responsable de la gestión de la sociedad, quedando sometida su actuación "*a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad*". Bajo esas circunstancias pudiera criticarse que sean quienes supervisan o ratifican la administración de la sociedad en concurso, quienes deban formular las cuentas anuales. En especial porque tal formulación es una asunción de responsabilidad por la administración de la sociedad durante el periodo que las cuentas anuales toman en consideración (cfr. art. 171.2 LSA y las referencias a la necesaria firma de los administradores). Resultará que la responsabilidad contable la asumen quienes no son responsables directos de la administración social en el período al que se refieren las cuentas anuales. Esa situación contradictoria se supera a partir de la consideración ya apuntada y que inspira el art. 75.1, 2º LC antes citado, conforme a la cual también en materia de formulación de cuentas prima el interés del concurso, que es el que fundamenta la atribución general de esa competencia a favor de los administradores concursales.

5. La competencia de convocar la Junta general ordinaria.

Llegamos así al que, en apariencia, era el núcleo del debate: la competencia en cuanto a la convocatoria de la junta general de la sociedad concursada que debía aprobar las cuentas anuales del ejercicio. Decimos que era la cuestión que aparecía como principal, puesto que, como acabamos de exponer, su adecuada resolución reclamaba la previa de otros problemas societarios y concursales de no menor alcance. Existe entre la formulación de las cuentas y la llamada a los accionistas para su asistencia a la junta que debe aprobarlas una incuestionable conexión que justifica la solución adoptada en el Auto examinado: siendo los administradores concursales los competentes para la formulación contable, también habrán de serlo para convocar la junta. Entre la convocatoria necesaria de la junta y los actos preparatorios debe de existir una coherencia, de manera que quien realiza los segundos estará legitimado para aprobar la primera. Porque convocar a la Junta no

supone sólo anunciarla e informar de que se va a celebrar, sino sobre todo, determinar el contenido de los asuntos a tratar y los acuerdos a adoptar.

El Auto recurre, sin perjuicio de esa conexión lógica y funcional entre ambos actos, a otros argumentos. El primero es el que incardina la convocatoria de la junta en la tensión de competencias que plantea la convivencia en el concurso de las dos administraciones. Tal convocatoria es un “acto propio de administración”, pues no en vano es a los administradores a los que con carácter general y preferente se reconoce en la legislación societaria (art. 171 LSA) esa competencia. Ahora bien, iniciado el concurso no debería reconocerse la simultánea capacidad de unos y otros -administradores sociales y concursales- para convocar la junta: “razones de seguridad jurídica imponen la necesidad de que solo exista un órgano que ejecute dichos actos”. En suma, el efecto sustitutivo y de desapoderamiento que conlleva la suspensión acordada al amparo del art. 48.1 LC obligaría a atribuir exclusivamente esa competencia a los administradores concursales²⁷.

Al anterior argumento se añade otro a partir de la consideración de la convocatoria como un acto que desde el punto de vista patrimonial es relevante pues comporta gastos indudables: “Es también de señalar que la mera convocatoria de la Junta general genera gastos que deben ser autorizados por la administración y también la ejecución de los hipotéticos acuerdos que en su caso se acordaran generaría gastos que no han sido autorizados”. Sin duda, la generación de gastos que acarrea la convocatoria y la celebración de cualquier Junta facilita su vinculación en el patrimonio de la sociedad concursada. En especial, cuando se trata de sociedades de mediana o gran dimensión, en las que no son desdeñables los costes que ocasiona preparar y celebrar la junta. Podrá objetarse que en otros muchos casos tales gastos son irrelevantes y con nimia incidencia patrimonial, pero este argumento no parece consistente. La mayor o menor trascendencia del gasto que acarrea la Junta no es un criterio cierto a la hora de atribuir la competencia de convocarla. Conforme a la opinión del Auto, es la mera generación de esos gastos la que confirma – junto a los anteriores argumentos expuestos- la atribución exclusiva de esa competencia a favor de los administradores concursales²⁸.

6. La “regla de prudencia” y la censura de la unilateralidad

²⁷ Conforme con MORILLAS, en *Estudios Olivencia*, T. II, pg. 2165.

²⁸ El argumento ya lo apuntó MORILLAS, en *Estudios Olivencia*, T. II, pg. 2165.

El razonamiento jurídico primero del Auto comentado contiene un argumento final que nos parece interesante y merecedor de un apunte por cuanto formula una apreciación concretamente referida al supuesto enjuiciado, pero que enlaza, de nuevo, con principios generales del concurso. En ese lugar se reprocha al Consejo de Administración de la sociedad concursada que habría *“actuado unilateralmente en una actuación que aparentemente infringe las limitaciones acordadas en el auto de declaración del concurso”*. En los apartados anteriores ya hemos abordado de manera amplia lo que implica la suspensión de las facultades del deudor en relación con una sociedad anónima y su compatibilidad con la convocatoria de la junta por los administradores sociales. Lo que ahora debe ocuparnos es la censura que el auto contiene a la actuación unilateral de esos administradores.

Ese reproche encuentra fundamentos sólidos en la configuración legal del concurso como un ámbito de establecimiento de diversos deberes que el deudor (si es una sociedad, sus administradores) han de observar y en donde su comportamiento queda sometido al interés concursal. Por su parte, la conducta de los administradores concursales está igualmente orientada a la tutela de ese interés, que se perfila así como el punto de necesario encuentro entre unos y otros, lo que conlleva un deber de colaboración. No es tanto una relación recíproca, sino una imposición clara a los administradores de la sociedad en concurso *“de colaborar (con la administración concursal) ... en todo lo necesario o conveniente para el interés del concurso”* (art. 42.1 LC). La traducción de ese deber es variadísima, puesto que son muchas las situaciones que, previstas o no por la ley, obligan a los administradores concursales a recabar la colaboración de los administradores de la sociedad. Pero más allá de cómo opere ese deber en la enorme variedad de supuestos concursales que cabe imaginar, no resulta dudoso que los administradores sociales, afectados por la suspensión de sus facultades pero que mantienen esa condición, deben actuar con razonable prudencia al ejercitar ese cargo. Si estiman que determinados aspectos de su actividad no están claros por cuanto la ley no ofrece una solución adecuada, lo procedente es que consulten a los administradores concursales y compartan con éstos la solución posible. Tal es la conducta colaboradora leal y diligente.

Aunque se admitiera que la convocatoria de la junta es una facultad que escapa a los efectos de la suspensión decretada con ocasión de la declaración concursal y que, por lo tanto, permanece en poder de los administradores sociales, lo que no puede aceptarse es que tal potestad pueda ser ejercitada de manera unilateral por los administradores sociales, ignorando el parecer de los administradores concursales y la propia evolución del concurso. Por su propia significación, la

convocatoria de una Junta general de accionistas es una ocasión de notable trascendencia que no puede entenderse que depende del exclusivo arbitrio de los administradores sociales.

V. CONCLUSIÓN

El Auto que comentamos ofrece, por encima de las circunstancias particulares del supuesto resuelto, un interés evidente al adentrarse en los efectos que la suspensión de las facultades del deudor como efecto del concurso tiene en relación con el Consejo de Administración de una sociedad anónima. En concreto, se debatía cómo afecta la suspensión a la facultad de convocar la junta general que debe aprobar las cuentas anuales.

Como se ha razonado, la solución dada por la LC en materia de suspensión no es satisfactoria. La simple traslación a las sociedades mercantiles de lo previsto para cualquier deudor no es suficiente, sobre todo por cuanto no resulta posible determinar qué facultades de administración y disposición del Consejo se ven alcanzadas por la suspensión y qué otras competencias quedan al margen de ella. Por eso creemos que el Juzgado acertó al fijarse en que la suspensión es, por así establecerlo la propia norma, una sustitución en la titularidad del poder de administrar la sociedad. Esto supondría atribuir a los administradores concursales, entre otras competencias, la de convocar la junta de accionistas en todo caso. Esa atribución resulta aún más razonable cuando la junta debe tratar la aprobación de las cuentas anuales. Ello porque la LC establece de manera rotunda que la formulación de esas cuentas compete a los administradores concursales, de lo que resulta claro que quien tiene la competencia de preparar ese acuerdo debe ser el que decida, dentro de los términos y condiciones legales, cuándo se convoca la junta.

En todo caso, ni el interés del concurso, ni el deber de colaborar se ven respetados por unos administradores sociales que, encontrándose afectados por la medida de suspensión, deciden unilateralmente proceder a la convocatoria de la junta. De ahí que la censura judicial a esa decisión deba ser compartida.