

VNIVERSITAT DE VALÈNCIA

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO MERCANTIL “MANUEL BROSETA PONT”

PROGRAMA DE DOCTORADO “DERECHO, EMPRESA Y JUSTICIA”



**EFFECTOS DEL CONCURSO Y DE LOS ACUERDOS EXTRAJUDICIALES DE PAGO SOBRE EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN Y REPRESENTACIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS. ESTUDIO DEL DERECHO ESPAÑOL Y URUGUAYO**

**Tesis doctoral presentada por:**

*Carlos Daniel Germán Florio*

**Director de Tesis:**

*Prof. Dr. Antonio Sotillo Martí*

**Valencia, 2015**







## ÍNDICE

<b>ABREVIATURAS.....</b>	<b>23</b>
<b>INTRODUCCIÓN GENERAL.....</b>	<b>27</b>
<b>METODOLOGÍA.....</b>	<b>33</b>
<b>PRIMERA PARTE: PRESUPUESTOS Y SOLICITUD DEL CONCURSO DE LA PERSONA JURÍDICA.....</b>	<b>39</b>
<i>Capítulo primero: Presupuesto subjetivo.....</i>	<i>41</i>
<b>I.- Régimen jurídico español.....</b>	<b>41</b>
<b>A.- Unidad del presupuesto subjetivo.....</b>	<b>41</b>
<b>B.- El requisito de la naturaleza privada del deudor concursable.....</b>	<b>44</b>
<b>a.- Personas jurídicas privadas.....</b>	<b>44</b>
<b>b.- Personas jurídicas públicas.....</b>	<b>50</b>
<b>c.- El presupuesto subjetivo en el concurso de cooperativas: especificidades.....</b>	<b>53</b>
<b>d.- Grupo de sociedades y confusión de patrimonios.....</b>	<b>56</b>
<b>e.- Concurso de entes sin personalidad jurídica.....</b>	<b>65</b>
<b>II.- Régimen jurídico uruguayo.....</b>	<b>67</b>
<b>A.- Unidad del presupuesto subjetivo.....</b>	<b>67</b>
<b>B.- El requisito de la naturaleza privada del deudor concursable.....</b>	<b>68</b>
<b>a.- Personas jurídicas privadas.....</b>	<b>68</b>
<b>b.- Personas jurídicas públicas.....</b>	<b>71</b>

c.- El presupuesto subjetivo en el concurso de cooperativas: especificidades.....	76
d.- Grupo de sociedades y confusión de patrimonios.....	76
e.- Concurso de entes sin personalidad jurídica.....	81
<i>Capítulo Segundo: Presupuesto objetivo</i> .....	85
I.- Régimen jurídico español. El estado económico de insolvencia.....	85
A.- El requisito de la concurrencia de acreedores.....	85
B.- Los estados de insolvencia.....	90
a.- El presupuesto objetivo del concurso voluntario: La insolvencia actual e inminente.....	95
1.- La insolvencia actual.....	95
2.- La insolvencia inminente.....	100
b.- El presupuesto objetivo del concurso necesario: La insolvencia cualificada.....	101
1.- Hechos reveladores: El embargo infructuoso.....	104
2.- Hechos reveladores: El sobreseimiento general de obligaciones.....	106
3.- Hechos reveladores: La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.....	108
4.- Hechos reveladores: El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinoso de sus bienes por el deudor.....	109
5.- Hechos reveladores: Sobreseimientos sectoriales.....	113

<b>5.1.- Sobreseimiento general de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso y las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período.....</b>	<b>115</b>
<b>5.2.- Sobreseimiento general de obligaciones de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades.....</b>	<b>117</b>
<b>II.- Régimen jurídico uruguayo. El estado de insolvencia y presunciones absolutas de insolvencia.....</b>	<b>118</b>
<b>A.- La no exigencia de la pluralidad de acreedores.....</b>	<b>118</b>
<b>B.- El estado de insolvencia.....</b>	<b>120</b>
<b>C.- Presunciones del estado de insolvencia.....</b>	<b>128</b>
<b>a.- Presunciones relativas del estado de insolvencia.....</b>	<b>129</b>
<b>1.- Existencia de un pasivo superior al activo, determinados de acuerdo con normas contables adecuadas.....</b>	<b>129</b>
<b>2.- Existencia de dos o más embargos por demandas ejecutivas o por ejecuciones contra el deudor por un monto superior a la mitad del valor de sus activos susceptibles de ejecución.....</b>	<b>130</b>
<b>3.- Existencia de una o más obligaciones del deudor, que hubieran vencido hace más de tres meses.....</b>	<b>131</b>
<b>4.- Omisión en el pago de obligaciones tributarias por más de un año.....</b>	<b>131</b>

5.- Cierre permanente de la sede de la administración o del establecimiento donde el deudor desarrolla su actividad.....	132
6.- Suspensión por parte del Banco Central del Uruguay, de una o más cuentas corrientes del deudor o la clausura de las cuentas corrientes del deudor en el sistema bancario.....	133
7.- En caso de acuerdo privado de reorganización, omisión del deudor de presentarse en plazo al Juzgado (artículo 220), no inscripción del auto de admisión (artículo 223), rechazo, anulación o incumplimiento del acuerdo.....	135
b.- Presunciones absolutas del estado de insolvencia.....	138
1.- Solicitud de concurso por el propio deudor.....	139
2.- Declaración de concurso, quiebra o cualquier otra forma de ejecución concursal por Juez competente del país donde el deudor tenga su domicilio principal.....	140
3.- Realización de actos fraudulentos para la obtención de créditos o para sustraer bienes a la persecución de los acreedores.....	141
4.- Ocultación o ausencia del deudor o de los administradores, en su caso, sin dejar representante con facultades y medios suficientes para cumplir con sus obligaciones.....	141
<i>Capítulo Tercero: La solicitud del concurso voluntario por el deudor. Documentación.....</i>	
I.- Régimen jurídico español.....	143
A.- Órgano competente para solicitar el concurso voluntario...	143



<b>B.- Documentación a presentar por las personas jurídicas mercantiles.....</b>	<b>171</b>
<b>a.- El poder especial o apoderamiento <i>apud acta</i> para solicitar el concurso voluntario (art. 6.2.1).....</b>	<b>174</b>
<b>b.- La memoria (art. 6.2.2°, LC).....</b>	<b>175</b>
<b>c.- El inventario (art. 6.2.3°, LC).....</b>	<b>177</b>
<b>d.- La relación de acreedores (art. 6.2.4°, LC).....</b>	<b>177</b>
<b>e.- Plantilla de trabajadores e identidad del órgano de representación de los mismos si lo hubiere (art. 6.2.5°, LC).....</b>	<b>177</b>
<b>f.- Cuentas anuales, informe de gestión e informes de auditoría correspondientes a los tres últimos ejercicios (art. 6.3.1°, LC)...</b>	<b>178</b>
<b>g.- Memoria de los cambios significativos operados en el patrimonio con posterioridad a las últimas cuentas anuales formuladas y depositadas y de las operaciones que por su naturaleza, objeto o cuantía excedan del giro o tráfico ordinario del deudor (art. 6.3.2°, LC).....</b>	<b>181</b>
<b>h.- Estados financieros intermedios elaborados con posterioridad a las últimas cuentas anuales presentadas, en el caso de que el deudor estuviese obligado a comunicarlos o remitirlos a autoridades supervisoras (art. 6.3.2°, LC).....</b>	<b>182</b>
<b>i.- Supuestos en que debe acompañarse cuentas anuales e informe de gestión consolidados (art. 3. 4°, LC).....</b>	<b>183</b>
<b>C.- Documentación a presentar por otras personas jurídicas....</b>	<b>184</b>
<b>II.- Régimen jurídico uruguayo.....</b>	<b>187</b>

A.- Órgano competente para solicitar el concurso voluntario.....	187
B.- Documentación a presentar por las personas jurídicas mercantiles.....	196
a.- Memoria explicativa.....	198
b.- Inventario de bienes y derechos.....	199
c.- Relación de acreedores.....	200
d.- Estados contables, memoria del órgano de administración e informe del órgano de control interno.....	201
e.- Testimonio de estatutos o contrato social.....	203
f.- Testimonio notarial de resolución del órgano de administración.....	204
C.- Documentación a presentar por otras personas jurídicas.....	204
<b>SEGUNDA PARTE: EFECTOS DEL CONCURSO CON RELACIÓN AL FUNCIONAMIENTO DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN Y REPRESENTACIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA CONCURSADA.....</b>	
<b><i>Capítulo Primero: Funcionamiento del órgano de administración y representación.....</i></b>	
<b>I.- Régimen jurídico español.....</b>	
A.- Consideraciones generales.....	207
B.- Sociedades mercantiles.....	215

a.- Convocatoria y celebración de las sesiones del órgano de administración y representación societaria durante el concurso: el derecho del administrador concursal a ser convocado y participar de las mismas.....	215
b.- Asunción de los costes del funcionamiento del órgano de administración y representación societario.....	225
C.- Cooperativas, asociaciones y fundaciones.....	233
a.- Cooperativas.....	233
b.- Asociaciones y fundaciones.....	234
D.- Especificidades con relación al concurso de grupo.....	238
II.- Régimen jurídico uruguayo.....	240
A.- Consideraciones generales.....	240
B.- Sociedades mercantiles.....	253
C.- Cooperativas, asociaciones y fundaciones.....	261
a.- Cooperativas.....	261
b.- Asociaciones y fundaciones.....	263
D.- Especificidades con relación al concurso de grupo.....	268
<i>Capítulo Segundo: Retribución de los administradores societarios.....</i>	<i>271</i>
I.- Régimen jurídico español.....	271
A.- Consideraciones generales.....	271
B.- Sociedades mercantiles.....	276
a.- Sociedades mercantiles en general.....	276
b.- Sociedades anónimas cotizadas.....	290

<b>C.- Cooperativas, asociaciones y fundaciones.....</b>	<b>301</b>
<b>a.- Cooperativas.....</b>	<b>301</b>
<b>b.- Asociaciones y fundaciones.....</b>	<b>306</b>
<b>D.- Especificidades con relación al concurso de grupo.....</b>	<b>308</b>
<b>II.- Régimen jurídico uruguayo.....</b>	<b>310</b>
<b>A.- Consideraciones generales.....</b>	<b>310</b>
<b>B.- Sociedades mercantiles.....</b>	<b>317</b>
<b>a.- Sociedades mercantiles en general.....</b>	<b>317</b>
<b>b.- Sociedades anónimas abiertas.....</b>	<b>319</b>
<b>C.- Cooperativas, asociaciones y fundaciones.....</b>	<b>323</b>
<b>a.- Cooperativas.....</b>	<b>323</b>
<b>b.- Asociaciones y fundaciones.....</b>	<b>324</b>
<b>D.- Especificidades con relación al concurso de grupo de sociedades.....</b>	<b>326</b>
<b><i>Capítulo Tercero: Modificación del órgano de administración y representación societario.....</i></b>	
<b><i>329</i></b>	
<b>I.- Régimen jurídico español.....</b>	<b>329</b>
<b>A.- Consideraciones generales.....</b>	<b>329</b>
<b>a.- Financiación de los gastos necesarios para la adopción y puesta en práctica de modificaciones en el órgano de administración durante el concurso.....</b>	<b>334</b>
<b>b.- Eventual consideración del cese y nombramiento de integrantes del órgano de administración y representación de la</b>	

concurada, como actos sujetos al régimen de intervención o suspensión de las facultades patrimoniales.....	336
c.- Convocatoria de Junta por cese de administradores por inhabilitación derivada de sentencia de calificación del concurso como culpable (arts. 145 y 173, LC).....	341
B.- Especificidades respecto de algunas personas jurídicas y de grupo.....	350
II.- Régimen jurídico uruguayo.....	353
A.- Consideraciones generales.....	353
a.- Financiación de los gastos necesarios para la adopción y puesta en práctica de modificaciones en el órgano de administración durante el concurso.....	357
b.- Eventual consideración del cese y nombramiento de integrantes de los órganos de administración y representación de la concursada, como actos sujetos al régimen de suspensión o limitación de la legitimación de la persona jurídica deudora.....	359
c.- Convocatoria de Junta por cese de administradores por inhabilitación derivada de sentencia de calificación del concurso como culpable (art. 202 párrafo 2º, LCRE) y por aprobación de convenio (art.162, LCRE).....	361
B.- Especificidades respecto de algunas personas jurídicas y de grupo.....	367

<i>Capítulo Cuarto: Otorgamiento, revocación y modificación de poderes.....</i>	<i>371</i>
<b>I.- Régimen jurídico español.....</b>	<b>371</b>
<b>II.- Régimen jurídico uruguayo.....</b>	<b>376</b>
<b>TERCERA PARTE: EFECTOS DEL CONCURSO RESPECTO A LAS COMPETENCIAS DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN Y REPRESENTACIÓN.....</b>	<b>381</b>
<i>Capítulo Primero: La competencia del órgano de administración con relación al ejercicio de derechos y cumplimiento de deberes de la persona jurídica en el procedimiento concursal.....</i>	<i>383</i>
<b>I.- Régimen jurídico español.....</b>	<b>383</b>
<b>A.- Ejercicio de derechos.....</b>	<b>383</b>
<b>a.- En las distintas fases del procedimiento.....</b>	<b>383</b>
<b>1.- En la fase común.....</b>	<b>383</b>
<b>1.1.- Conversión procedimiento abreviado a común y viceversa.....</b>	<b>383</b>
<b>1.2.-Acciones ejercitables por la administración de la persona jurídica concursada con relación a créditos condicionales.....</b>	<b>386</b>
<b>1.3.- Facultades del órgano de administración de la persona jurídica concursada respecto del inventario y relación de acreedores incluidos en el informe de la administración concursal.....</b>	<b>387</b>
<b>2.- En la fase de convenio.....</b>	<b>391</b>

<b>3.- En la fase de liquidación.....</b>	<b>400</b>
<b>3.1.- Solicitud de la liquidación voluntaria.....</b>	<b>400</b>
<b>3.2.- Audiencia o comunicación de la apertura declarada de oficio o a instancia de acreedor o de la administración concursal.....</b>	<b>404</b>
<b>b.- Ejercicio de derechos específicamente relacionados con la administración concursal.....</b>	<b>406</b>
<b>1.- Acciones de responsabilidad promovidas por el deudor persona jurídica contra los administradores concursales y auxiliares delegados.....</b>	<b>406</b>
<b>2.- Promoción por el deudor persona jurídica de recusación a los administradores concursales y recursos contra la resolución que admite o rechaza la recusación.....</b>	<b>416</b>
<b>3.- Promoción por el deudor persona jurídica de la separación de los administradores concursales y auxiliares delegados y recursos contra la resolución por la que se acuerda o rechaza la separación.....</b>	<b>425</b>
<b>4.- Actuación del deudor persona jurídica en relación con la retribución de los administradores concursales.....</b>	<b>432</b>
<b>5.- Actuación del deudor persona jurídica en relación con la rendición de cuentas de los administradores concursales.....</b>	<b>438</b>
<b>B.- Cumplimiento de deberes.....</b>	<b>441</b>
<b>a.- Solicitud de declaración de concurso.....</b>	<b>441</b>
<b>b.- Colaboración con el concurso.....</b>	<b>442</b>

c.- Otros deberes.....	460
I.- Régimen jurídico uruguayo.....	462
A.- Ejercicio de derechos.....	462
a.- En las distintas fases del procedimiento.....	462
1.- En la fase de convenio.....	464
1.1.- Personas jurídicas en general.....	464
1.2.- Especificidades con relación al concurso de grupo.....	475
2.- En la fase de liquidación.....	477
b.- Ejercicio de derechos específicamente relacionados con la administración concursal.....	482
1.- Acciones de responsabilidad promovidas por el deudor persona jurídica contra los administradores concursales y auxiliares delegados.....	483
2.- Promoción por el deudor persona jurídica de recusación a los administradores concursales y recursos contra la resolución que admite la recusación.....	488
3.- Promoción por el deudor persona jurídica de la separación de los administradores concursales y auxiliares delegados y recursos contra la resolución por la que se acuerda o rechaza la separación.....	492
4.- Actuación del deudor persona jurídica en relación con la retribución de los administradores concursales.....	495



<b>5.- Actuación del deudor persona jurídica en relación con la rendición de cuentas de los administradores concursales.....</b>	<b>497</b>
<b>B.- Cumplimiento de deberes.....</b>	<b>501</b>
<b>a.- Solicitud de declaración de concurso.....</b>	<b>501</b>
<b>b.- Colaboración con el concurso.....</b>	<b>507</b>
<b>c.- Otros deberes.....</b>	<b>516</b>
<i>Capítulo Segundo: Efectos del concurso en relación con la competencia para el ejercicio de las facultades de administración y disposición del patrimonio de la persona jurídica concursada.....</i>	<i>517</i>
<b>I.- Régimen jurídico español.....</b>	<b>517</b>
<b>A.- Régimen de intervención.....</b>	<b>517</b>
<b>B.- Régimen de suspensión.....</b>	<b>540</b>
<b>II.- Régimen jurídico uruguayo.....</b>	<b>546</b>
<b>A.- Régimen de intervención.....</b>	<b>546</b>
<b>B.- Régimen de suspensión.....</b>	<b>560</b>
<i>Capítulo Tercero: Efectos del concurso sobre competencias distintas de las de administración y disposición patrimonial en sentido estricto.....</i>	<i>567</i>
<b>I.- Régimen jurídico español.....</b>	<b>567</b>
<b>A.- La competencia del órgano de administración y representación (o liquidación) de la persona jurídica concursada para la convocatoria y presidencia de la junta o asamblea de socios.....</b>	<b>568</b>

<b>B.- Supuestos en que la convocatoria del órgano deliberativo de la persona jurídica concursada corresponde a la administración concursal o al juez del concurso.....</b>	<b>576</b>
<b>C.- La llevanza y custodia de los libros y registros de naturaleza “orgánica” de las entidades concursadas.....</b>	<b>583</b>
<b>D.- El ejercicio de los derechos políticos de la persona jurídica deudora en otras personas jurídicas en cuyo capital participe.....</b>	<b>585</b>
<b>II.- Régimen jurídico uruguayo.....</b>	<b>588</b>
<b>A.- La competencia del órgano de administración y representación (o liquidación) de la persona jurídica concursada para la convocatoria de la reunión de socios o asamblea de accionistas.....</b>	<b>590</b>
<b>B.- Supuestos en que la convocatoria del órgano deliberativo de la persona jurídica concursada corresponde a la administración concursal.....</b>	<b>600</b>
<b>C.- La llevanza y custodia de los libros y registros de naturaleza “orgánica” de las entidades concursadas.....</b>	<b>602</b>
<b>CUARTA PARTE: EFECTOS DE LOS ACUERDOS PRECONCURSALES SOBRE EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN Y REPRESENTACIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.....</b>	<b>605</b>
<b><i>Capítulo Primero: Acuerdos extrajudiciales de pago.....</i></b>	<b><i>607</i></b>

<b>I.- Régimen jurídico español.....</b>	<b>607</b>
<b>A.- Legitimación. Órgano competente para solicitarlo.....</b>	<b>607</b>
<b>B.- Ámbito de aplicación subjetivo.....</b>	<b>607</b>
<b>C.- Ámbito de aplicación objetivo.....</b>	<b>611</b>
<b>D.- Exclusión de ciertos créditos.....</b>	<b>615</b>
<b>E.-Procedimiento.....</b>	<b>616</b>
<b>a.- Solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos.....</b>	<b>616</b>
<b>b.- Nombramiento de mediador concursal.....</b>	<b>619</b>
<b>c.- Publicidad y comunicación del inicio del expediente (art. 233.3, LC).....</b>	<b>621</b>
<b>d.- Comprobación de los créditos y convocatoria a los acreedores.....</b>	<b>622</b>
<b>e.- Efectos de la iniciación del expediente.....</b>	<b>623</b>
<b>f.- Propuesta y plan de pagos.....</b>	<b>626</b>
<b>II.- Régimen jurídico uruguayo. Acuerdos privados de reorganización. Acuerdos puramente privados sin oposición....</b>	<b>631</b>
<b>A.- Regulación legal de los acuerdos privados de reorganización.....</b>	<b>631</b>
<b>a.- Generalidades.....</b>	<b>631</b>
<b>b.- Acuerdos puramente privados sin oposición.....</b>	<b>634</b>
<b>c.- Inconsistencias del régimen.....</b>	<b>637</b>
<b>B.- Imposibilidad de concreción de los acuerdos privados de reorganización.....</b>	<b>640</b>

<i>Capítulo Segundo: Acuerdos de refinanciación y restructuración</i> .....	649
<b>I.- Régimen jurídico español</b> .....	649
<b>A.- Comunicación de negociaciones. Artículo 5 bis</b> .....	649
<b>B.- Régimen especial de determinados acuerdos de refinanciación. Artículo 71 bis</b> .....	655
<b>C.- Homologación de los acuerdos de refinanciación Disposición Adicional Cuarta</b> .....	660
<b>II.- Régimen jurídico uruguayo. Acuerdos puramente privados con oposición. Acuerdos sometidos a homologación judicial</b> ....	663
<b>A.- Acuerdos puramente privados con oposición</b> .....	663
<b>B.- Acuerdos sometidos a homologación judicial</b> .....	666
<b>CONCLUSIONES</b> .....	673
<b>BIBLIOGRAFÍA CITADA</b> .....	695
<b>JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA</b> .....	713
<b>I.- TRIBUNAL SUPREMO</b> .....	713
<b>II.- TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA</b> .....	714
<b>III.- AUDIENCIAS PROVINCIALES</b> .....	714
<b>IV.- JUZGADOS</b> .....	716
<b>RESOLUCIONES Y CONSULTAS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO Y DEL INSTITUTO DE CONTABILIDAD Y AUDITORÍA DE CUENTAS</b> .....	719

<b>I.- DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO.....</b>	<b>719</b>
<b>II.- INSTITUTO DE CONTABILIDAD Y AUDITORÍA DE CUENTAS.....</b>	<b>719</b>
<b>JURISPRUDENCIA URUGUAYA.....</b>	<b>721</b>
<b>I.- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA.....</b>	<b>721</b>
<b>II.- TRIBUNALES DE APELACIONES.....</b>	<b>721</b>
<b>III.- JUZGADOS.....</b>	<b>721</b>



## ABREVIATURAS

ADCo Anuario de Derecho Concursal  
ADCom Anuario de Derecho Comercial  
AEPJMA Asociación Española de Peritos Judiciales y Mediadores Arbitrales  
AJA Actualidad Jurídica Aranzadi  
AJM Auto del Juzgado de lo Mercantil  
ANCAP Administración Nacional de Combustibles, Alcohol y Portland (Uruguay)  
AND Andalucía  
ANP Administración Nacional de Puertos (Uruguay)  
AP Audiencia Provincial  
APLC Anteproyecto de Ley concursal  
ARN Aragón  
AST Asturias  
BCU Banco Central del Uruguay  
BHU Banco Hipotecario del Uruguay  
BOE Boletín Oficial del Estado (España)  
CAN Canarias  
CANT Cantabria  
CAT *Catalunya*  
CC Código Civil (España)  
CCU Código Civil (Uruguay)  
CCom Código de Comercio (España)  
CComU Código de Comercio (Uruguay)  
CDC Cuadernos de Derecho y Comercio  
CE Constitución española  
CEE Comunidad Económica Europea  
CGP Código General del Proceso (Uruguay)  
CJPPU Caja de Jubilaciones y Pensiones de Profesionales Universitarios  
CLM Castilla - La Mancha  
CNSS Caja Notarial de Seguridad Social  
CONAPROLE Cooperativa Nacional de Productores de Leche  
CND Corporación Nacional para el Desarrollo

CNMV Comisión Nacional del Mercado de Valores  
Cfr. Cónfer  
CU Constitución uruguaya  
CyL Castilla y León  
DA Disposición adicional  
Dec Decreto  
DGRN Dirección General de los Registros y del Notariado  
E de M Exposición de Motivos  
ET Estatutos de los trabajadores  
EXT Extremadura  
FCU Fundación de Cultura Universitaria  
FD Fundamento de Derecho  
FNR Fondo Nacional de Recursos (Uruguay)  
FROB Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (España)  
GAL Galicia  
ICAC Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas  
IMPO Dirección Nacional de Impresiones y Publicaciones Oficiales (Uruguay)  
INAC Instituto Nacional de Carnes (Uruguay)  
INACOOOP Instituto Nacional del Cooperativismo  
INAVI Instituto Nacional de Vitivinicultura (Uruguay)  
IRPF Impuesto a las Rentas de las Personas Físicas (Uruguay)  
IUE Identificación Única de Expedientes (Uruguay)  
LATU Laboratorio Tecnológico del Uruguay  
LC Ley 22, de 9 de julio de 2003, Concursal  
LCoop Ley de Cooperativas  
LCRE Ley 18.387, de 23 de octubre de 2008, de Declaración Judicial del Concurso y Reorganización Empresarial (Uruguay)  
LEC Ley 1, de 7 de enero de 2000, de Enjuiciamiento Civil  
LF Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones  
LGT Ley General Tributaria  
LMV Ley 24, de 28 de julio de 1988, del Mercado de Valores  
LODA Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación  
LOPJ Ley Orgánica del Poder Judicial LPAP Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas



LRJAPPAC Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común  
LSC Ley de Sociedades de Capital, Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital  
LSCU Ley 16.060, de 4 de setiembre de 1989, de Sociedades Comerciales (Uruguay)  
LSGR Sociedad de Garantía Recíproca  
MAD Madrid  
Mdeo. Montevideo  
MUR Murcia  
NAV Navarra  
NIIF Norma Internacional de Información Financiera  
p. Página  
PAC Propuesta Anticipada de Convenio  
pp. Páginas  
PRD M2015 Proyecto de Real Decreto de 11 de Mayo  
PRD J2015 Proyecto de Real Decreto de 15 de julio de 2015  
PV País Vasco  
PYMES Pequeñas y Medianas Empresas  
RAEIE Reglamento (CEE) número 2137/1985, de 25 de julio, de Agrupaciones Europeas de Interés Económico  
RD Real Decreto  
RDGRN Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado  
RIOJ Rioja  
RNMV Recopilación de Normas del Mercado de Valores  
RRM Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil  
RRSC Real Decreto 136/2002, de 1 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Sociedades Cooperativas.  
RSAE Sociedad Anónima Europea  
SAP Sentencia de la Audiencia Provincial  
SCE Sociedad Cooperativa Europea  
ss. Siguietes  
TAC Tribunal de Apelaciones en lo Civil

TRLA Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas

TSJ Tribunal Superior de Justicia

UDELAR Universidad de la República (Uruguay)

UM Universidad de Montevideo (Uruguay)

VAL Comunidad Valenciana

*v.gr.* Verbigracia

*vid.* Véase

*vol.* Volumen

## INTRODUCCIÓN GENERAL

La presente tesis doctoral, titulada “Efectos del concurso y de los acuerdos extrajudiciales de pago sobre el órgano de administración y representación de personas jurídicas. Estudio del derecho español y uruguayo”, se centra principalmente en el ámbito del derecho concursal, sin desconocer el análisis del funcionamiento orgánico de las personas jurídicas.

Esta investigación delimita su campo de estudio en dos niveles. Un primer nivel de investigación se inserta dentro del ámbito concursal, más precisamente, en lo relativo a los efectos que la declaración de concurso provoca en el órgano de administración y representación de las personas jurídicas con especial énfasis en las sociedades mercantiles, cooperativas, asociaciones y fundaciones. Y un segundo nivel, donde se analiza la temática de los efectos de los acuerdos preconcursales con referencia al órgano de administración y representación de las personas jurídicas.

Asimismo, el mencionado objeto de estudio, se circunscribe al ámbito del Derecho español y del Derecho uruguayo. Por tanto, se analiza en profundidad cada nivel temático referido y sus incidencias (especialmente, controversias, imprevisiones, vacíos legales), en base a un estudio minucioso de la legislación, doctrina y jurisprudencia de los países mencionados.

La realización de esta tesis, pretende consumir un trabajo de investigación que explore y describa aspectos de los procedimientos concursales, en particular, aquellos relativos al concurso y a las personas jurídicas (específicamente al órgano de administración y de representación), en cuanto sujetos de derecho alcanzados por los efectos de la declaratoria de concurso y por los efectos de los acuerdos pre concursales.

Se incursiona, igualmente, en una postura explicativa del fenómeno concursal en el ámbito estructural de las personas jurídicas. Por tanto, se intenta ubicar una perspectiva que aclare y solucione diversas y posibles circunstancias fácticas que afectan a los distintos tipos de personas jurídicas, su funcionamiento y competencia orgánica.

Existe particular interés en facilitar la tarea del lector en la interpretación y aplicación de la normativa referente a las personas jurídicas declaradas en concurso o que sin estarlo, se encuentren en estado de insolvencia.

La gestión empresarial es natural e intrínsecamente una actividad de riesgo y las crisis de los agentes económicos son una consecuencia inevitable de la economía de mercado. Los escenarios socio-económicos y culturales de las naciones son fluctuantes, con períodos de prosperidad y de depresión. Estos últimos, suelen impactar - con mayor o menor intensidad - en los diversos actores de la economía, entre otros, aquellos sujetos que desarrollan actividades comerciales o industriales.

El Derecho concursal pretende analizar estos fenómenos de crisis, regulando en forma sistémica determinados aspectos que intentan contribuir a minimizar el impacto de las depresiones económicas, a través de una normativa y procedimiento mediante los cuales transitan los diferentes actores involucrados.

Con ello, se persigue el objetivo de lograr la continuidad de la actividad empresarial, o en su defecto, anquilosar las consecuencias negativas sobre el patrimonio de la empresa, en pro de proteger principalmente, aunque no exclusivamente, el interés de los acreedores.

En el mundo actual, las actividades empresariales son desarrolladas en gran medida, a través de personas jurídicas. Éstas, son sujetos de derecho que expresan su voluntad a través de órganos,

algunos de existencia necesaria y otros de presencia eventual o contingente. Los referidos órganos, tienen atribuciones específicas asignadas legal o contractualmente por el derecho positivo que las regule.

Sin embargo, estas atribuciones, competencias y aún el propio funcionamiento de los órganos de las personas jurídicas sufren determinadas alteraciones o restricciones en el marco de un procedimiento concursal. En este contexto, se procura plasmar una investigación cuidadosa y comprensiva de los aspectos más salientes relacionados con los efectos del concurso sobre el órgano de administración y de representación de las personas jurídicas.

A estos efectos, el presente trabajo se inicia analizando los distintos presupuestos para la declaración judicial de concurso, así como los requerimientos legales para su promoción, de manera de orientar y clarificar aquellas condiciones previas necesarias, para el abordaje de los temas en los cuales se centra esta investigación.

Ello supone transitar por el denominado presupuesto subjetivo del concurso, es decir, determinar la concursabilidad de determinados sujetos de derecho, en particular, determinadas personas jurídicas. Todo, de acuerdo a las previsiones legales de la normativa española y uruguaya. También es objeto de tratamiento, el presupuesto objetivo del concurso, a saber, el estado de insolvencia, analizando su alcance, así como también la posible existencia de otros presupuestos objetivos en los ordenamientos jurídicos estudiados.

Adicionalmente, se ingresa al abordaje de la solicitud de concurso promovido por el deudor persona jurídica (concurso voluntario), con especial énfasis en el órgano competente para resolver la presentación a concurso, así como para efectivizar la solicitud en vía judicial.

La segunda parte del trabajo, está dedicada al estudio de los efectos de la declaración judicial de concurso respecto al

funcionamiento del órgano de administración y representación de la persona jurídica concursada.

Así, se aborda el tratamiento de los efectos del concurso respecto del deudor persona jurídica, y en particular, lo relativo a los efectos sobre el funcionamiento y ejercicio de facultades del órgano de administración y representación.

Se discurre en lo que concierne al funcionamiento del órgano de administración y representación, a la problemática de la retribución de los administradores de la persona jurídica concursada, y a las alteraciones del órgano de administración y representación, como consecuencia de la declaración judicial de concurso.

Se incursiona en el análisis de diversos problemas de aplicación de la legislación concursal en su confluencia con la normativa regulatoria de las sociedades mercantiles, las cooperativas, las asociaciones y las fundaciones.

Asimismo, se estudian las atribuciones del órgano de administración y representación durante la tramitación del concurso, en mérito a que la consecución del interés social o fundacional ya no será la única finalidad perseguida por la persona jurídica concursada, debiendo adecuarse a las condiciones que impone el procedimiento concursal.

En la tercera parte de la investigación, se consideran los efectos de la declaración judicial de concurso con relación a las competencias del órgano de administración y representación.

Específicamente, se analiza el ejercicio de derechos y el cumplimiento de deberes en general, así como el ejercicio de las facultades de administración y disposición y aquellas otras distintas de las administración y disposición patrimonial. Esta consideración, se enmarca en las distintas fases o etapas del procedimiento concursal, analizándose las variantes en cada una de ellas.

En ocasiones, la práctica de la actividad empresarial conlleva la búsqueda de alternativas previas al procedimiento concursal. Para ello, los agentes económicos pueden arribar a la celebración acuerdos de naturaleza pre concursal. Precisamente, la cuarta parte de la tesis doctoral, está dedicada al análisis de los efectos de los acuerdos pre concursales respecto del órgano de administración y representación de las personas jurídicas. En concreto, se estudian los diversos mecanismos legales preventivos del concurso, sus procedimientos, formalidades, bondades, defectos e inconsistencias.

De acuerdo a lo expresado, el objetivo principal del trabajo está enfocado a contribuir a la academia en la búsqueda de alternativas capaces de sustentar y promover el mejor desarrollo posible de la normativa concursal, al reunir en un cuerpo único, aspectos medulares relativos a los concursos y acuerdos pre concursales de las personas jurídicas (consideradas éstas como instrumentos vitales para el crecimiento de la economía de los países), en particular, con relación a los efectos de las fórmulas concursales y pre concursales respecto al órgano de administración y representación del deudor. Pretende auxiliar a los diversos aplicadores del Derecho, en mérito a que, además de recopilar legislación, jurisprudencia y doctrina sobre los tópicos reseñados, las examina y sistematiza de acuerdo a un orden lógico y temático, en lugar de cronológico. Se contemplan, incluso, las modificaciones más recientes de la legislación concursal española.

Estas mutaciones constantes de la legislación concursal española responden en gran medida, a las vicisitudes socio-económicas que ha atravesado la región en general y España en particular, las que requieren del Derecho una rápida adaptación.

Por el contrario, en Uruguay existen muy escasas novedades legislativas en materia concursal, precisamente porque, desde la sanción de la Ley N.º 18.387 en setiembre de 2008, Uruguay no ha experimentado situaciones de recesión económica. Empero, esta tesis doctoral también pretende constituir un incentivo o motivación para

futuras reformas y actualizaciones de la legislación concursal uruguaya.



## METODOLOGÍA

La metodología que se ha empleado para elaborar la presente tesis doctoral, consistió en búsqueda bibliográfica, sistematización de material legislativo, jurisprudencial y doctrinario, a los que se accedió en la Universidad de Valencia, la Universidad de la República Oriental del Uruguay, así como también, en diversas bases de datos electrónicas; y la comparación y análisis de los datos recabados sobre la realidad jurídica mercantil en España y Uruguay.

En el trabajo se llevó a cabo una investigación pormenorizada del Derecho español y uruguayo con el propósito de conocer y ampliar el bagaje intelectual para, posteriormente, iniciar el análisis profundo de los efectos de la declaración de concurso y de los acuerdos extrajudiciales de pago, sobre el órgano de administración y representación de algunas personas jurídicas. En particular, el estudio se centra en los efectos sobre sociedades anónimas y limitadas, cooperativas, asociaciones y fundaciones concursadas.

Se procuró alcanzar los objetivos delineados, a través de una revisión bibliográfica que apuntó a investigar en la literatura actual, los aportes provenientes de la legislación, la jurisprudencia y la doctrina, para lograr una comprensión más acabada y concienzuda de las consecuencias de la declaración judicial de concurso en el funcionamiento orgánico de determinadas personas jurídicas en el Derecho español y uruguayo.

Para ello, fueron consultadas distintas fuentes bibliográficas [libros (temáticos, tratados y manuales)] y artículos de prestigiosas revistas, asignando especial énfasis a la jurisprudencia existente en los ordenamientos jurídicos analizados, y procurando ingresar a las cuestiones objeto del trabajo de la forma más profunda posible. A partir de allí, se articuló la información recabada en doce capítulos organizados lógicamente en cuatro partes, según temáticas, para una mejor comprensión de la realidad jurídica, del análisis expuesto y de las exposiciones de los diferentes ordenamientos. No conforma una

tesis de derecho comparado, pero se pueden apreciar determinadas características específicas de los mencionados ordenamientos jurídicos concursales, así como sus similitudes y diferencias.

La perspectiva de investigación de esta tesis es de destacado carácter documental, incluyendo algunas menciones sobre los alcances de la normativa. Se caracteriza por ser discursiva, incluyendo la interpretación crítica y creativa, privilegiando la descripción de los fenómenos jurídicos que conforman el objeto de estudio de la investigación.

El trabajo pretende ir más allá de una sistematización de otros textos y autores. Busca aproximarse a la temática con una perspectiva organizada, sistemática, reflexiva, interpretativa, crítica y novedosa. La metodología escogida intenta alcanzar una lógica y coherencia tanto en el proceso como en el resultado.

Como se ha explicado en los párrafos precedentes, en el trabajo se analizan las características más salientes de la legislación española y uruguaya en relación con los efectos de la declaración de concurso sobre el órgano de administración y representación de las personas jurídicas. Cabe aclarar, que no se analiza el deber ser de la normativa, no se analiza el Derecho existente con relación a un ideal posible e imaginario, no se realiza filosofía del derecho, ni sugerencias de legislación.

Para la elaboración de la tesis, se recurrió a diversas fuentes de investigación. Se recabó información de fuentes documentales y electrónicas, las cuales fueron consultadas e incorporadas, en lo pertinente, a esta investigación.

Gran parte de la información recabada fue extraída de bases de datos electrónicas, a saber: Aranzadi, Tirant On Line, Insignis, La Ley Online, Dialnet, Google Académico, vLex, Sitio Online de Consultas de Expedientes Judiciales de Uruguay, Centro de información online de la Dirección Nacional de Impresiones y Publicaciones Oficiales de

Uruguay (IMPO), Base de Jurisprudencia Nacional Pública uruguaya, Sentencias de Casación del Poder Judicial de Uruguay y Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial de España.

Las fuentes primarias están constituidas, sin duda alguna, por la legislación tanto española como uruguaya, relativa a los temas objeto de tratamiento. Más también fueron consultadas y sistematizadas, diversas fuentes secundarias; entiéndase por ello: libros de doctrina, libros de carácter enciclopédico didáctico, libros de características similares a la presente investigación, expedientes judiciales, anuarios y revistas sobre jurisprudencia. A modo de ejemplo, fueron consultados: el Boletín Oficial del Estado (España), el Boletín Oficial del Registro Mercantil (España), los boletines autonómicos (España), la Revistas de Derecho Mercantil, y Concursal y Paraconcursal (España) y el Anuario de Derecho Concursal (España), el Anuario de Derecho Comercial (Uruguay), las Semanas Académicas del Instituto de Derecho Comercial (Uruguay), y la Revista de Derecho Comercial (Uruguay).

El proceso de elaboración requirió de un esmero importante en la etapa inicial, donde se recopiló información de manera exhaustiva - por medio de los recursos antes mencionados - para profundizar en las realidades jurídicas concursales de España y Uruguay. Posteriormente, en la etapa de redacción, se procuró ordenar y articular la información recabada, planteada en formato de partes, capítulos y apartados, para dar una estructura más ponderada a la compleja temática abordada. En este sentido, el orden estructural del trabajo está dado por cuatro grandes partes, las cuales se dividen, a su vez, en capítulos específicos, cada uno con sus párrafos y subpárrafos, presentando cronológicamente el análisis primero en la normativa española y posteriormente en la uruguaya.

La primera parte refiere a los presupuestos y solicitud de la declaración judicial de concurso de la persona jurídica, distribuida en tres capítulos. El primer capítulo, plantea el presupuesto subjetivo,

incluyendo diversos apartados. El segundo capítulo, discurre en el presupuesto objetivo. Culmina la parte primera, con un capítulo destinado a la solicitud de declaración voluntaria de concurso por parte del deudor y la documentación que debe acompañar.

La segunda parte de la tesis sistematiza los efectos del concurso con relación al funcionamiento del órgano de administración y representación de la persona jurídica concursada, presentada en cuatro grandes capítulos. El primer capítulo, trata el funcionamiento del órgano de administración y representación. El segundo, debate sobre la retribución de los administradores societarios. El tercer capítulo alude a la modificación del órgano de administración y representación societario. Y, el último capítulo, profundiza en el otorgamiento, revocación y modificación de poderes.

La parte tercera se aboca a los efectos del concurso sobre las competencias del órgano de administración y representación. Se consideró los tipos societarios en las diferentes fases o etapas del concurso, en tanto el mismo esté marcado por un régimen de intervención o de suspensión. Esta tercera parte está dividida en tres capítulos. Un primer capítulo, que ahonda en la competencia del órgano de administración con relación al ejercicio de derechos y cumplimiento de deberes de la persona jurídica en el procedimiento concursal. El segundo, sistematiza los efectos del concurso en relación con la competencia para el ejercicio de las facultades de administración y disposición del patrimonio de la persona jurídica concursada. Y el tercer capítulo, analiza los efectos del concurso sobre el ejercicio de facultades distintas de las de administración y disposición patrimonial.

Finalmente, la cuarta parte del trabajo estudia los efectos de los acuerdos preconcursales sobre el órgano de administración y representación de las personas jurídicas. Consta de dos capítulos: el primero, sobre los acuerdos extrajudiciales de pago, y el segundo, sobre los acuerdos de refinanciación y reestructuración.

Culmina la tesis con un capítulo destinado específicamente a las principales conclusiones a las que se han arribado.

A través de la estructura descrita y nutriéndose de las fuentes y materiales mencionados, se pretende cumplir con los objetivos del trabajo, es decir, la afectación de los procedimientos concursales y de los acuerdos pre concursales de pago sobre el órgano de administración y representación de las personas jurídicas de acuerdo a los ordenamientos jurídicos español y uruguayo.



**PRIMERA PARTE: PRESUPUESTOS Y SOLICITUD DEL  
CONCURSO DE LA PERSONA JURÍDICA**





## ***Capítulo primero: Presupuesto subjetivo***

### **I.- Régimen jurídico español**

#### **A.- Unidad del presupuesto subjetivo**

La Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal, proclama en su Exposición de Motivos (E de M II, párrafo primero) como principio ordenador de todo el régimen concursal, el de unidad de disciplina. En el largo proceso de reforma del régimen concursal, este anhelo unificador se encuentra ya presente en el Anteproyecto de Ley concursal de 1959 y se mantiene en los sucesivos proyectos de reforma hasta su incorporación a la Ley 22/2003 de 9 de julio que dispone la procedencia de la declaración del concurso “...*respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica*” (art.1.1 LC). La Ley concursal dispone así un procedimiento unitario, aplicable a todo deudor con independencia de su condición civil o mercantil, cuya oportunidad el legislador justifica en atención a la desaparición del carácter represivo de la insolvencia mercantil y la existencia de una tendencia a simplificar el procedimiento, reconociéndose, no obstante, la especificidad 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 (E de M II, párrafo tercero).

La reforma del procedimiento concursal español debe asimismo, analizarse en el marco de las opciones legislativas seguidas por las legislaciones nacionales del resto de países europeos y el Derecho comunitario. El principio de unidad de disciplina es acogido en otros ordenamientos jurídicos. Así, es la opción legislativa adoptada en Alemania (la ordenanza de la Insolvencia *Insolvenzordnung* de 1994) <sup>2</sup>,

---

<sup>1</sup>ROJO Á., “De los presupuestos del concurso (art.1)”, en ROJO Á., BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M. (Dir.), *Comentario de la Ley concursal*, vol. 1, 1ª edición, Editorial Civitas, Madrid, 2004, pp. 141 y 142.

en Inglaterra (la *Insolvency Act* de 1986) o en Portugal (*Decreto. Lei n° 53/2004 Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*). Por su parte, en Italia, el Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267 *Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa* en la redacción dada por el Decreto legislativo 12 de septiembre 2007, n. 169 conforme al decreto legislativo 9 enero 2006, n. 5 y la *legge 14 de mayo 2005, n. 80*, acoge un sistema dualista, al igual que el vigente en Francia<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> El artículo 11 de *Insolvenzordnung* define los sujetos a los que puede aplicarse el procedimiento de insolvencia: cualquier persona física o jurídica, además del patrimonio de entes de Derecho privado sin personalidad jurídica, la masa de la herencia, y la comunidad conyugal de bienes. No obstante, en sus artículos 304 y siguientes, la norma alemana establece un procedimiento voluntario de insolvencia especial dirigido a los consumidores, además de normas procedimentales específicamente destinadas al concurso de la herencia y de la sociedad conyugal.

<sup>3</sup> En Derecho francés, el Libro VI del *Code de commerce*, trata de las *difficultés de las empresas*, señalando un procedimiento de conciliación (art. L611-4 y ss., *Code de commerce*), aplicable a los deudores que ejerzan una actividad comercial o artesanal, a las personas de Derecho privado y a las personas físicas que ejerzan una actividad profesional autónoma, incluyendo una profesión liberal, que enfrenten dificultades económicas o financieras no declaradas insolventes (arts. L611-4 y L611-5., *Code de commerce*). El Título II del Libro VI se refiere al llamado *procédure de sauvegarde*, dirigido a los mismos deudores que pueden acogerse al procedimiento de conciliación y que, aún sin encontrarse en estado de insolvencia, se enfrentan a dificultades que no pueden superar (art. L620-1, *Code de commerce*). Instado por el propio deudor, el *procédure de sauvegarde* se orienta a la facilitación de la reorganización de la empresa con el objeto de permitir la actividad económica, el mantenimiento del empleo y la liquidación del pasivo. El Título III por su parte, regula el *redressement judiciaire*, un procedimiento concursal instado por los acreedores de los deudores anteriormente citados, que se encuentren en situación de insolvencia. En paralelo, el *Code de la consommation*, en su Libro III, Título III, trata del sobreendeudamiento (*surendettement*) de las personas físicas y de los empresarios individuales de responsabilidad limitada (*entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, arts. L330-1 y L333-7, *Code de la consommation*). Es definido como la situación caracterizada por la imposibilidad manifiesta para el deudor de buena fe de hacer frente al conjunto de sus deudas no profesionales exigibles y cumplir sus obligaciones, así como al compromiso que ha dado de prestar garantía o de pagar solidariamente la deuda de un empresario individual o de

La regla general que establece como único requisito para poder ser declarado en concurso (obviamente, si se acredita el presupuesto objetivo), el de ser sujeto de derecho, persona física o jurídica, encuentra no obstante, dos excepciones. La primera, comprende a la categoría de personas jurídicas que no pueden ser declaradas en concurso: aquellas que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público (art. 1.3 LC). La segunda, implica la posibilidad de declarar en concurso a entes a los que el Derecho no reconoce personalidad jurídica independiente, tal como señala el propio artículo 1.2 de la Ley concursal, al permitir el concurso de la herencia no aceptada pura y simplemente.

Partiendo del principio de unidad de disciplina, es concursable todo deudor persona física o persona jurídica privada, sin perjuicio de lo que después se puntualizará con relación a la sociedad mercantil con objeto y actividad no privados y con independencia de la legislación especial aplicable a determinados deudores por razón de su actividad u objeto<sup>4</sup>.

Respecto al deudor persona física, cabe señalar que es concursable el deudor persona natural nacido a los efectos civiles (art. 30 CC), en tanto no haya fallecido (art.32.I CC) o no haya sido declarado fallecido (art. 193 y ss. CC), sin que tenga relevancia su edad [actuando en representación del menor insolvente sus padres o tutores (arts. 162 y 169 CC)] o capacidad de obrar. Carece asimismo de importancia, que la persona se encuentre o no casada, así como el

---

una sociedad cuando no hubiera asumido, de derecho o de hecho, funciones de dirección de la misma.

<sup>4</sup> Como por ejemplo, la remisión hecha por la Ley concursal a la legislación especial que regula la insolvencia de entidades de crédito o entidades legalmente asimiladas a ellas, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras, entidades miembros de mercados oficiales de valores y entidades participantes en los sistemas de compensación y liquidación de valores (DA 2ª, LC).

régimen económico del matrimonio<sup>5</sup>. Tampoco se exceptúa del régimen concursal al deudor persona física matriculado como emprendedor de responsabilidad limitada (art. 7, Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización). Ya en el marco del proceso concursal, no prevé la Ley un procedimiento específico para el tratamiento de la insolvencia del deudor persona física, ni por el mero hecho de ser tal, ni, si fuera el caso, por tratarse de un “consumidor”. El procedimiento concursal abreviado (arts. 190 a 191 *quáter*, LC) no es un procedimiento especial destinado a personas físicas o consumidores, ni en la redacción original de la Ley, ni tras las reformas operadas con posterioridad. De igual manera, el conjunto de normas de la Ley concursal que se dirigen específicamente al deudor persona física no conforman un procedimiento especial del tipo regulado en la *Insolvenzordnung* alemana<sup>6</sup>.

## **B.- El requisito de la naturaleza privada del deudor concursable**

### **a.- Personas jurídicas privadas**

Una vez expuesto el principio general básico de unidad de disciplina en que se funda el procedimiento concursal, es conveniente indicar entonces, cuáles personas jurídicas pueden concursar, así como un análisis más detallado de la concursabilidad de determinados entes en algunos supuestos específicos.

Se aplica el procedimiento concursal a las asociaciones (en sentido estricto) y a las federaciones, confederaciones y uniones de asociaciones, de ámbito estatal o autonómico, declaradas o no de utilidad pública, desde el otorgamiento del acta fundacional y con

---

<sup>5</sup> ROJO, Á., “De los presupuestos...”, *op. cit.* p. 145.

<sup>6</sup>SOTILLO MARTÍ, A., “Segunda oportunidad y Derecho concursal”, en *Seminario Interdisciplinar*, Facultad de Derecho, U.V., 30/10/2013, Valencia, 2013, f.c. 31/01/2015,

<http://www.uv.es/seminaridret/sesiones2013/concursal/ponenciasotillo.pdf>.

independencia de su inscripción registral (arts. 5.2 y 5.3, Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación); a las Sociedades Civiles, fuera del supuesto previsto en el artículo 1669 del Código Civil, estén o no inscritas<sup>7</sup>; a las Sociedades Profesionales, desde su inscripción en el Registro Mercantil (art. 8.1 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales); y a las Sociedades Laborales Anónima y Limitada, desde su inscripción en el Registro Mercantil y previa calificación e inscripción en el Registro de Sociedades Laborales (art. 4.2 Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales) . También es concursable la Sociedad Colectiva (arts. 125 a 144, CCom).

De la misma forma, son susceptibles de ser declaradas en concurso la Sociedad Anónima (arts. 1, 19, 20 y 33, LSC) y las sociedades anónimas especiales: la Sociedad Anónima Europea (art. 63, RSAE); la Sociedad Anónima Deportiva, (Real Decreto 1251/1999, de 16 de julio, sobre Sociedades Anónimas Deportivas); La Sociedad de Desarrollo Industrial Regional (art. 20, Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de empresas y de las Sociedades de Desarrollo Industrial Regional); la Sociedad de Inversión de Capital Variable (art. 29, Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva.); la Sociedad de Inversión Inmobiliaria (art. 37, Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva); la Sociedad Gestora de Instituciones de Inversión Colectiva (art. 40, Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva.); la sociedad anónima que realiza la actividad aseguradora (art. 7.1 Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados); la sociedad anónima gestora de planes de pensiones (art. 20, Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y

---

<sup>7</sup> ROJO, Á., “De los presupuestos...”, *op. cit.*, p. 146.

Fondos de Pensiones) y las Sociedades de Capital-Riesgo; de Inversión Colectiva de Tipo Cerrado; y Gestoras de Entidades de Inversión Colectiva de Tipo Cerrado (arts. 26, 38 y 41, Ley 22/2014, de 12 de noviembre, por la que se regulan las entidades de capital-riesgo, otras entidades de inversión colectiva de tipo cerrado y las Sociedades Gestoras de Entidades de Inversión Colectiva de Tipo Cerrado, y por la que se modifica la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva.); todas ellas desde el acto de constitución, coticen o no en mercados de valores y sin que, como en los casos de las Sociedades de Responsabilidad Limitada y Sociedades Limitadas Nueva Empresa, suponga ninguna diferencia el que estén integradas por un socio único.

También concursables son la Sociedad Comanditaria por Acciones (arts. 1, 19, 20 y 33 LSC); la Sociedad Comanditaria Simple (arts. 145 a 150, CCom); la Sociedad de Garantía Recíproca [art. 59. g) LSGR]; las Agrupaciones de Interés Económico (art. 7 de la Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico), y las Agrupaciones Europeas de Interés Económico (art. 36, RAEIE).

Son asimismo susceptibles de ser declaradas en concurso todas las sociedades cooperativas, ya sean estatales, autonómicas o europeas domiciliadas en España <sup>8</sup> en todas sus formas: de trabajo asociado; de

---

<sup>8</sup>Al respecto, MORILLAS señala cómo las leyes de cooperativas autonómicas contienen “disposiciones no coincidentes, ni entre sí, ni con la Ley estatal” en materia societario- concursal. Teniendo en consideración dicha disparidad normativa, y con independencia de que la misma no configure una excepción en ningún caso del principio de unidad de disciplina concursal, la autora cita la previsión contenida en el artículo 72 del Reglamento (CE) 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo al Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea (SCE), que remite a las disposiciones legales aplicables a las cooperativas constituidas con arreglo a la legislación del Estado miembro en que tenga su domicilio social la SCE en lo referente a la disolución, liquidación, insolvencia, suspensión de pagos y procedimientos análogos, subrayando la importancia de determinar si dicha remisión a “la legislación del Estado miembro” debe entenderse hecha exclusivamente a la legislación estatal o también a la autonómica. MORILLAS JARILLO, M. J., “Las sociedades cooperativas, estatales y autonómicas, frente a la Ley concursal”, en *Estudios de Derecho de sociedades y*

consumidores y usuarios; agrarias, de explotación comunitaria de la tierra; de servicios; del mar; de transportistas, de seguros; sanitarias; y de enseñanza y de crédito, (art. 6, Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas). La Ley estatal de Cooperativas y su desarrollo reglamentario parecen vincular a la inscripción en el Registro de Sociedades Cooperativas, el reconocimiento de la personalidad jurídica de estos entes (art. 7, LCoop y art. 7 del Real Decreto 136/2002, de 1 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Sociedades Cooperativas). Sin embargo, ello no impide la declaración del concurso de la cooperativa no inscrita<sup>9</sup>.

Del mismo modo son concursables todos los entes de base fundacional, desde el momento de su inscripción registral (art. 4.1, LF). Como formas jurídicas pertenecientes a este género y con las peculiaridades derivadas de su normativa especial, concursan las fundaciones bancarias y las cajas de ahorro [arts. 2 y 32 Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias]<sup>10</sup>.

También son concursables las Mutuas a Prima Fija y Variable, y las Mutualidades de Previsión Social (arts. 9.1 y 10.1 Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados).

Es concursable asimismo, la Sociedad Profesional, constituida con arreglo a cualquiera de las formas societarias previstas en las leyes (art. 1.2, Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales).

---

*Derecho concursal: Libro Homenaje al Profesor Rafael García Villaverde*, vol. 3, 1, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2007, pp. 2162 y ss., fecha de consulta 16/12/2014, en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3178858>.

<sup>9</sup> Ver *infra* apartado “c”.

<sup>10</sup> Obviamente, las fundaciones no inscritas no pueden concursar al no ser personas jurídicas.

De forma diferente, la sociedad interna (art. 1665 CC), bajo cualquiera de sus formas (consorcios, sociedades de comunicación de ganancias, sociedades de medios, grupos de estructura paritaria, carteles, sindicatos de voto, sociedades de cónyuges, cuentas en participación) y caracterizada por constituir un vínculo jurídico entre los socios, sin trascendencia externa alguna, carece en cuanto tal, de personalidad jurídica, no pudiendo por consiguiente, ser declarada en concurso<sup>11</sup>.

Tampoco son concursables por carecer de personalidad jurídica, las comunidades de bienes (arts. 392 y ss. CC) y los fondos de inversión (art. 3, Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva), de pensiones (arts. 2 y 11, Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones) y cualesquiera otros fondos legalmente reconocidos como patrimonios separados sin personalidad jurídica)<sup>12</sup>. Del mismo modo y por la misma razón, no podrán ser declaradas en concurso las uniones temporales de empresas (art. 7º.2, Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de Empresas y de las Sociedades de desarrollo industrial regional).

Las sociedades mercantiles son, con carácter general, susceptibles de ser declaradas en concurso desde el momento de la celebración del contrato social (art. 116 CCom). No obstante, la declaración de concurso de sociedades que aún no han adoptado un tipo societario (sociedades en formación e irregulares) presenta una problemática específica. La misma, deriva en que ni la Ley concursal ni la societaria, hacen referencia alguna a la concursabilidad de las

---

<sup>11</sup>PULGAR EZQUERRA J., “La declaración del concurso de acreedores”, 1ª edición, Madrid 2005, p. 211.

<sup>12</sup> ROJO, Á., “De los presupuestos...”, *op. cit.* p. 149. No obstante, señala que en caso de que los comuneros no se limiten al uso y disfrute “estático” de los bienes en comunidad y empleen éstos para el ejercicio de una actividad económica, se estará ante una tácita sociedad irregular.



mismas. Mientras las sociedades en formación se encuentran en plazo para la adopción de un tipo social, las sociedades irregulares operan luego de haber vencido el mismo, sin haber cumplido los requisitos formales exigidos por la ley para la adopción de un tipo, ya sea por no haberse otorgado el contrato de sociedad mediante escritura pública o, aún cuando así hubiera sido, por no existir voluntad de inscribir a la sociedad en el Registro Mercantil o haber transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se procediese a tal inscripción (art. 39.1 LSC). Entonces, si bien la Ley concursal no se manifiesta de forma explícita sobre la concursabilidad de las sociedades en formación o irregulares, al menos cabe entender que tales supuestos quedan contemplados a partir de la previsión contenida en su artículo 24.2 y en el art. 322.3 del Reglamento del Registro Mercantil. Lo dicho respecto de las sociedades mercantiles es aplicable a cualesquiera otros entes de base asociativa respecto de los que el ordenamiento señale la necesaria inscripción en un registro público de la forma jurídica por la que se haya optado, así como los elementos de la misma, como requisito para la oponibilidad frente a terceros.

Hasta que no se verifica la declaración de nulidad de una sociedad, la misma no solo realiza actividades, sino que tiene personalidad jurídica, desde la celebración del contrato. Obviamente, implica una contradicción en el mundo jurídico que una sociedad que no llega a ser tal en la medida que no reúne alguno de los requisitos de validez de los contratos, pueda no solo ser considerada como ente societario, sino disponer de personería jurídica pese a la no formación o perfeccionamiento del negocio jurídico. La sentencia declaratoria de nulidad abre la liquidación de la sociedad (art. 57.1, LSC). Por consiguiente, al tener personalidad, la sociedad nula es concursable.

---

<sup>13</sup> Como expresan las normas citadas, recibida la solicitud de declaración de concurso y no constando hoja abierta a la entidad en el Registro Mercantil, se procederá a la inscripción de la sociedad no inscrita y, faltando la escritura de constitución, la inscripción se practicará en virtud de mandamiento judicial que al menos contendrá la denominación y domicilio de la sociedad así como la identidad de los socios de los que el juez tenga conocimiento.

Es posible la declaración del concurso de una sociedad en liquidación, por cuanto ésta conserva su personalidad jurídica en tanto la liquidación se realiza (art. 371.2, LSC). Se discute, no obstante, acerca de la concursabilidad de la sociedad que figure como cancelada en el Registro público, al poder inferirse de la previsión legal contenida en los artículos 398 a 400 de la Ley de sociedades de capital, un posible efecto sanatorio de la cancelación y, con ella, una extinción definitiva de la sociedad cancelada<sup>14</sup>.

De forma diferente, la inscripción registral de la persona jurídica de base fundacional, aparece caracterizada en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones como constitutiva (art. 4.1, LF). Solo las fundaciones que se encuentran debidamente inscritas son concursables<sup>15</sup>.

### **b.- Personas jurídicas públicas**

La exclusión de la organización territorial del Estado y de los organismos y demás entes de derecho público del ámbito de aplicación del procedimiento concursal se ha justificado mediante argumentos muy similares a los que sirven de base al privilegio que deja al margen de los procedimientos de ejecución judicial a los bienes y derechos públicos. La defensa de los intereses generales, a los que por mandato constitucional los entes públicos sirven (art. 103.1 CE), fundamenta la denominada *incapacidad concursal* activa y pasiva de éstos<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> En contra, ROJO, Á., y BELTRÁN, E., "Lección 43. El concurso de acreedores", en MENÉNDEZ, A., y ROJO, Á., (Dir.), APARICIO, M.<sup>a</sup> L., (Coord.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, Volumen II, 10<sup>a</sup> edición, Civitas, Madrid, 2012, p. 424.

<sup>15</sup> LA CASA GARCÍA, R., "Apuntes sobre el concurso de las fundaciones", en *V Congreso de la Asociación Sainz de Andino de Profesores de Derecho Mercantil*, Jaén, 17 de junio de 2005.

La enumeración de entes amparados por la exclusión de concursabilidad del artículo 1.3 de la Ley concursal comprende, en primer lugar, a *las entidades que integran la organización territorial del Estado*. Dichas entidades, conforme lo dispuesto en el Título VIII de la CE son la Administración del Estado, Comunidades y Ciudades Autónomas y las Administraciones locales (municipios y provincias).

No son concursables los *organismos públicos*, entendiéndose por tales las Entidades de Derecho público que desarrollan actividades derivadas de la propia Administración General del Estado (actividades de ejecución o gestión, tanto administrativas de fomento o prestación, como de contenido económico reservadas a la Administración General del Estado), en calidad de organizaciones instrumentales diferenciadas y dependientes de ésta (arts. 1, 2.3 y 41 LOFAGE). Los organismos públicos se clasifican en Organismos autónomos, Entidades públicas empresariales y Agencias Estatales (art. 43.1 LOFAGE).

Se excluye también del presupuesto subjetivo del concurso a los *demás entes de Derecho público*, órganos públicos con personalidad jurídica propia vinculados o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas (art. 2.2 LRJAPPAC). Integran esta categoría las corporaciones sectoriales de base privada tales como las comunidades de usuarios del agua y otros bienes de dominio público hidráulico (arts. 81.1 y 82.1 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas); las cofradías de pescadores (art. 1 RD 670/1978 de 11 de Marzo); los Colegios profesionales (DT 1ª LRJAPPAC); las Cámaras de Comercio; las Cámaras de la Propiedad urbana y las Juntas de Compensación (art. 127.3, RD 1346/1976 de 9 de abril)<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> CARLÓN RUIZ, M., “La falta de capacidad concursal de las administraciones públicas (art. 1)”, en ROJO Á., BELTRÁN E. M. (Dir.) *Comentario de la Ley concursal*, vol. 1, 1ª edición, Editorial Civitas, Madrid, 2004, p. 160.

<sup>17</sup> En este sentido, MORILLAS censura la extensión de este privilegio a entidades de Derecho público cuyo objeto es netamente civil, citando los ejemplos de las

Las sociedades mercantiles estatales y las fundaciones del sector público estatal (con los matices que luego se expondrán) no integran la organización territorial del Estado ni pueden considerarse organismos públicos o entes de Derecho público. El carácter excepcional de la exclusión respecto del principio de unidad del presupuesto subjetivo del concurso hace que la enumeración de entidades públicas del artículo 1.3 de la Ley concursal deba ser interpretada con carácter restrictivo<sup>18</sup> y, en consecuencia, ello conducirá a admitir las legitimaciones concursales activa y pasiva de estas sociedades y fundaciones.

Las sociedades mercantiles estatales, reguladas en el Título VII de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, son aquellas en las que la participación, directa o indirecta, en su capital social de las entidades que integran el sector público estatal, es superior al cincuenta por ciento [art. 166.1.c)]. Revisten la forma de sociedad anónima y es la totalidad de su capital de titularidad, directa o indirecta, de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos. Estas sociedades se rigen por las normas contenidas en el Título VII de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación (art. 162 LPAP), quedando entonces, la gestión de su patrimonio sometida al Derecho privado, sin perjuicio de las normativa especial que les sea aplicable (art. 167.2 LPAP).

Podemos afirmar con razonable certeza que la sociedad mercantil estatal que adopte la forma de sociedad anónima y que tenga por objeto la producción de bienes y servicios con ánimo de objetiva

---

comunidades de regantes, comunidades de aguas o cofradías de pescadores. MORILLAS JARILLO, M. J., El concurso de las sociedades, 1a edición, Portal Derecho S.A. (IUSTEL), Madrid, 2004, p. 64.

<sup>18</sup>CARLÓN RUIZ, M., “La falta...”, *op. cit.*, p. 161.

economicidad con los particulares, puede ser declarada en concurso, cuando concurra el presupuesto objetivo<sup>19</sup>. La exclusión de estos entes del presupuesto subjetivo del concurso supondría en el caso descrito atribuir al empresario público una ventaja competitiva ilegítima (en cuanto no estaría amparada por el fundamento teleológico de la excepción al principio de unidad de disciplina). No obstante, se ha entendido que no parece correcto argumentar a favor de un criterio meramente formalista en función del cual, a la mera adopción de una determinada forma societaria se siga la atribución de legitimación concursal, prescindiendo del objeto y efectivo desarrollo de la actividad de la sociedad mercantil estatal<sup>20</sup>.

### **c.- El presupuesto subjetivo en el concurso de cooperativas: especificidades**

Tal como se ha señalado, las cooperativas, en tanto personas jurídicas de naturaleza privada, son plenamente concursables. No obstante, la regulación normativa de estos entes plantea supuestos complejos respecto a los que es necesario hacer referencia. En primer lugar, surge la cuestión de la posibilidad de la declaración del concurso de una cooperativa no inscrita en el Registro de Sociedades Cooperativas. En este sentido, la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, en su artículo 7 preceptúa, al referirse al procedimiento de constitución de estos entes, la obligatoria inscripción en el Registro

---

<sup>19</sup>En este sentido ver, *ibid.* p. 160.

<sup>20</sup> En esa posición, el AJM N.º 1 de Málaga, de 13 de abril de 2009, admite la solicitud de concurso voluntario instada por una sociedad instrumental cuyo capital es en su totalidad de titularidad pública, subrayando el auto la naturaleza y objeto meramente mercantil “sin intervención pública o de servicio público o de ejercicio de autoridad” (F de D 2ª), Juzgado de lo Mercantil N.º 1 de Málaga, Auto de 13 de abril de 2009, Id Cendoj: 29067470012009200006, FD 2º. Por su parte, el AJM nº 1 de Almería de 22 de junio de 2011, declara la concursabilidad de una Sociedad Mercantil de capital mixto en la que “el capital público es minoritario, y donde las facultades de disolución y liquidación no requieren de ningún tipo de obstáculo administrativo”. Juzgado de lo Mercantil N.º 1 de Almería, Auto de 22 de junio de 2011, Id Cendoj: 04013470012011200001, FD 11.

de Sociedades Cooperativas, señalando en su último inciso que “*con la inscripción* [la cooperativa] *adquirirá personalidad jurídica*”, expresión que reitera el artículo 7 del Real Decreto 136/2002, de 1 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Sociedades Cooperativas. Una interpretación literal y a *sensu contrario* del precepto pudiera sugerir la falta de idoneidad de la cooperativa no inscrita para ser declarada en concurso. Sin embargo, la previsión del artículo 7 de la Ley ha de ser interpretada con arreglo a lo dispuesto en otras normas reguladoras del procedimiento constitutivo de estos entes y del Derecho concursal.

En el caso de la sociedad cooperativa en constitución, los promotores de la sociedad deberán otorgar escritura pública de constitución [art. 10.1 LCoop y art. 11.a) RRSC] y proceder a la solicitud de su inscripción en el Registro de Sociedades Cooperativas en el plazo de un mes desde la fecha de otorgamiento (art. 10.2, inciso primero, LCoop y art. 8.2 del RRSC). Mientras la inscripción no se realice o, transcurrido el plazo, el Registro resuelva denegarla de forma definitiva (art. 10.2, II, LCoop), la sociedad podrá comenzar a desarrollar su actividad realizando actos y celebrando contratos plenamente válidos.

El artículo 9 de la Ley indica, como únicas previsiones, la responsabilidad solidaria por los actos y contratos realizados con anterioridad a la inscripción de aquellos que los celebraron, y la obligatoriedad del empleo del añadido “en constitución” a la denominación de la cooperativa durante este periodo de interinidad. Si bien, como ocurre con las sociedades de capital en constitución, aunque la Ley concursal no se refiere de forma directa a la concursabilidad de la cooperativa en constitución, también en este caso parece contemplar dicho supuesto. Así, en los artículos 24. 2 y 24.3 de la norma reguladora del concurso y en el artículo 14.4 del Reglamento del Registro de Sociedades Cooperativas, se prevé la inscripción de oficio del auto por el que se declara la apertura del

procedimiento, debiéndose practicar “...previamente la inscripción en el Registro” cuando no constase hoja abierta a la entidad<sup>21</sup>.

Admitiéndose la concursabilidad de la cooperativa en constitución, en base a similares razones y argumentos, parece coherente afirmar la concursabilidad de la cooperativa irregular: aquella cuyo acto constitutivo no revistió las solemnidades exigidas por la Ley de forma escrita y elevación a escritura pública del acuerdo adoptado o, aún cuando siendo así, no fue inscrito en el Registro de Sociedades Cooperativas dentro del plazo fijado en la Ley. Pese a que la Ley de Cooperativas estatal, no se refiere expresamente a las consecuencias del incumplimiento de los requisitos formales de constitución y publicidad registral, cabe perfectamente el recurso a la aplicación analógica del régimen aplicable a las sociedades de capital<sup>22</sup>. Por otra parte, si bien no todas las leyes de cooperativas autonómicas mantienen el silencio de la legislación estatal en relación con este supuesto<sup>23</sup>, no se advierten del estudio de la regulación del fenómeno cooperativo en el ámbito autonómico, obstáculos a la interpretación que se sugiere.

---

<sup>21</sup> ROJO, Á., “De los presupuestos...”, *op. cit.* p. 146. PULGAR EZQUERRA J., “La declaración del...”, *op. cit.* p. 241. También, en relación con la sociedad cooperativa de consumidores y usuarios, DOMÍNGUEZ CABRERA, M. del P., “La cooperativa de consumidores y usuarios en concurso”, en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, N.º 54, 2010, 260, fecha de consulta 16 diciembre 2014, en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3621415>.

<sup>22</sup> PULGAR EZQUERRA J., “La declaración del...”, *op.cit.*, p. 244.

<sup>23</sup> Algunas de las leyes de cooperativas autonómicas contemplan de forma expresa el régimen jurídico aplicable a la cooperativa irregular. Las leyes 4/2001, de 2 de julio, de Cooperativas de La Rioja (art. 15.3, II); 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas de Euskadi (art. 10.2); 4/2010, de 29 de junio, de Cooperativas del Principado de Asturias (art. 14.2); 11/2010, de 4 de noviembre, de Cooperativas de Castilla-La Mancha (art. 16.3); 5/1998, de 18 de diciembre, de Cooperativas de Galicia en la redacción dada por la Ley 14/2011, de 16 de diciembre (art. 17.2) y 6/2013, de 6 de noviembre, de Cooperativas de Cantabria (art. 16.3), disponen la aplicación de las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, de la sociedad civil.

Una hipótesis diferente es la relativa a la concursabilidad de la sociedad cooperativa descalificada. Este procedimiento administrativo se aplica a las cooperativas incursas en alguno de los supuestos de disolución contemplados en la Ley [arts. 116.1 a) y 70.1 c), d), e) y g), LCoop], o que hayan cometido infracciones muy graves de normas imperativas o prohibitivas de la propia Ley [arts. 116.1 b) LCoop]. Si de tal procedimiento resulta una resolución firme de descalificación, la misma “(...)...surtirá efectos registrales de oficio e implicará la disolución de la sociedad cooperativa”. La consecuencia jurídica de la descalificación de la cooperativa es la liquidación de la sociedad (art.71.1 LCoop), circunstancia que en nada impide (verificándose el presupuesto objetivo), su concursabilidad<sup>24</sup>.

Respecto de la cooperativa declarada nula, al ser la consecuencia de tal resolución judicial, en lo que aquí respecta, fundamentalmente la misma que la del acto administrativo de descalificación (la disolución y liquidación), es también igualmente concursable.

#### **d.- Grupo de sociedades y confusión de patrimonios**

La Exposición de Motivos de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, señala el reforzamiento “...del régimen de los concursos conexos...”, y

---

<sup>24</sup> En algunos casos la legislación autonómica sobre cooperativas, permite a la cooperativa descalificada eludir la obligatoria disolución, mediante su transformación en otro tipo social: la sociedad civil o la sociedad colectiva, según corresponda. Ley 4/1999, de 30 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid (art. 135.4 párrafo 1º); Ley 8/2006, de 16 de noviembre, de Sociedades Cooperativas, de la Región de Murcia (art. 141.3); Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas de Euskadi (art. 141.4); Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de Sociedades Cooperativas Andaluzas (art. 126.4); Ley 11/2010, de 4 de noviembre, de Cooperativas de Castilla-La Mancha (art. 162.4).



especialmente, del de los *grupos de sociedades* (E de M VIII, II) como uno de los aspectos destacables de la reforma del procedimiento concursal “(...) *a la vista de la práctica acumulada*”.

La reforma de 2011 añade al Título I de la Ley un nuevo Capítulo III dedicado a los concursos conexos. El artículo 25 introduce en su apartado primero, de forma expresa, la posibilidad de la solicitud de la declaración conjunta del concurso por varios deudores cuando los mismos “*sean cónyuges o [...] administradores, socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de una misma persona jurídica, así como cuando formen parte del mismo grupo de sociedades*”. El apartado segundo, por su parte, permite la solicitud por el acreedor de la declaración conjunta de concurso de varios de sus deudores, cuando estos sean cónyuges entre sí, exista entre ellos confusión de patrimonios o pertenezcan al mismo grupo de sociedades. El apartado tercero autoriza al juez a declarar el concurso de la pareja de hecho inscrita, instado por sus miembros o su acreedor, cuando se pruebe la inequívoca voluntad de aquellos de formar un patrimonio común. Por último, el apartado cuarto introduce una regla de atribución de competencia en favor del juez del centro de intereses principales del deudor con mayor pasivo o, en el caso de grupos de sociedades, el de la sociedad dominante o, si no se solicitase su concurso, el de la sociedad miembro del grupo con mayor pasivo. El nuevo artículo 25, da respuesta a las críticas que suscitó la atribución exclusiva al deudor de la legitimación para la solicitud de la declaración conjunta de concurso bajo el derecho derogado<sup>25</sup>.

Dentro del Capítulo dedicado a los concursos conexos se incluye también la regulación de la acumulación de los concursos, voluntarios o necesarios, ya declarados respecto de sociedades pertenecientes a un mismo grupo (art. 25 *bis*.1.1º, LC), de los deudores cuyos patrimonios estén confundidos (art. 25 *bis*.1.2º, LC), de los de administradores, socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de la persona jurídica declarada en

---

<sup>25</sup>MORILLAS JARILLO, M. J., “El concurso de...”, *op.cit.*, p. 114.

concurso (art. 25 bis.1.3º, LC), de los cónyuges (art. 25 bis.1.4º, LC), y de la pareja de hecho (arts. 25 bis.1.4º y 25.3 LC). La acumulación podrá solicitarse por los propios deudores o por cualquiera de los acreedores, mediante escrito razonado. La regla de atribución de competencia en el caso de acumulación de concursos ya declarados, señala competente al juez que estuviera conociendo del concurso del deudor con mayor pasivo. En los grupos de sociedades, será competente el juzgado donde se tramita el concurso de la sociedad dominante y, si no se hubiera instado el concurso de ésta, al que primero hubiera conocido del concurso de cualquiera de las sociedades del grupo (art. 25 bis.3, LC).

Por último, el artículo 25 ter dispone, como regla procedimental, la tramitación coordinada, sin consolidación de masas, de los concursos declarados conjuntamente y de los acumulados (art. 25 ter.1, LC). No obstante, y como posibilidad, en los concursos en que exista confusión de patrimonios, se autoriza la consolidación de inventarios y listas de acreedores a los efectos de elaborar el informe de la administración concursal, cuando el deslinde de la titularidad de activos y pasivos implique gastos o demoras injustificados acumulados (art. 25 ter.2, LC).

Una de las cuestiones que surgen respecto al presupuesto subjetivo del concurso en relación con el grupo de sociedades, es precisamente el de la declaración del concurso de un sujeto empresarial unitario pero desprovisto de personalidad jurídica<sup>26</sup>. A este respecto, se debe adelantar aquí que, si bien el ordenamiento no desconoce la realidad jurídica y económica de los grupos de sociedades, la opción de política legislativa por la que se opta, impide el concurso de tales entes por no concurrir el presupuesto subjetivo. Ello no quiere decir que la Ley concursal no entienda conveniente la declaración o acumulación conjunta de *los concursos* de varias

---

<sup>26</sup> SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Algunas cuestiones concursales relativas a los grupos de sociedades” en *Anuario de Derecho Concursal*, N.º 5, 2005, Documento depositado en el *archivo institucional EPrints Complutense* <http://www.ucm.es/eprints>, consultado el 22 de febrero de 2015, p. 23.

sociedades ligadas por especiales relaciones de jerarquía y subordinación, así como su tramitación coordinada por un mismo órgano jurisdiccional. No obstante, no podrá hablarse, en puridad, de un *concurso del grupo de sociedades*, sino de la tramitación coordinada de *varios concursos* de sociedades pertenecientes a un mismo grupo.

Con anterioridad a la reforma de 2011, la Ley concursal no ofrecía un concepto de “grupo de sociedades”. La Disposición Adicional sexta que añade la Ley 38/2011, de 10 de octubre, remite de forma expresa a la definición contenida en el artículo 42 del Código de Comercio<sup>27</sup>. El precepto define al grupo de sociedades obligado a la presentación de cuentas anuales e informe de gestión consolidados en función de la verificación de un supuesto de hecho: el control ejercido por una sociedad dominante sobre otras dependientes (art. 42.1, CCom). El Código permite presumir tal situación fáctica cuando la sociedad dominante posea la mayoría de los derechos de voto de las dependientes, ya sea por sí o a través de otras sociedades dependientes, o de terceros de cuyos votos disponga “[...] *de forma concertada*” [arts. 42.1.a), y 42.1 inciso final, CCom]. También se presume cuando la sociedad dominante tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración [arts. 42.1.b), CCom] o cuando, a través de acuerdos con terceros,

---

<sup>27</sup> Esta solución ya era defendida por un sector de la doctrina con anterioridad a la reforma, en atención al carácter de normativa general del Código de Comercio. Ver BELLIDO, R., “Acumulación de concursos” (art. 25), en ROJO Á., EMILIO M. BELTRÁN SÁNCHEZ (eds.) *Comentario de la Ley concursal*, vol. 1, 1ª edición, Editorial Civitas, Madrid, 2004, p. 557. J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE entendía preferible la aplicación del más amplio concepto de “grupo” contenido en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores que, en la redacción dada por la 4.1 de la Ley 13/1992, de 1 de junio, partía de la verificación de la existencia de una *unidad de decisión* caracterizada por el control, directo o indirecto, potencial o real de una sociedad sobre las demás (grupo vertical) o cuando dicho control correspondiera a una o varias personas físicas que actuaran sistemáticamente en concierto (grupo horizontal). Ver SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Algunas cuestiones concursales...”, *op. cit.*, p. 29.

disponga de la mayoría de los derechos de voto [arts. 42.1.c), CCom]. Finalmente, cabrá presumir asimismo la existencia del grupo de sociedades, en los casos que no se produzcan los primeros dos supuestos definidos en las letras a) y b) del artículo, y la sociedad dominante designe con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración de las dependientes durante los dos ejercicios inmediatos anteriores. Se presume tal circunstancia, si la mayoría de los miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dependiente, lo son también de la dominante o de otra dominada por ésta.

La compleja casuística que recoge la definición que del grupo de sociedades ofrece el Código de Comercio, no es más que el reflejo de la igualmente compleja realidad económica aludida, a la que el Derecho y en particular, el Derecho concursal, no puede sustraerse, dadas las graves implicancias sociales y económicas de la insolvencia de estos conglomerados empresariales.

La reforma operada en 2011 se ha entendido como un cambio respecto del presupuesto básico sobre el que, hasta entonces, se había venido construyendo el concepto de “grupo”. Si con anterioridad a la remisión expresa de la Ley concursal al artículo 42.1 del Código de Comercio, la noción de grupo se basaba en la existencia de un centro o unidad de decisión común, tras la Ley 38/2011, el grupo se define por la constatación de la existencia de una relación de control, jerárquica y vertical, entre una sociedad que domina y una o varias dominadas. Se excluye así la consideración del grupo de naturaleza horizontal, basado en el ejercicio del control sobre el grupo de sociedades por persona o personas físicas. Tanto el Código de Comercio, (art. 42.1 CCom, en la redacción dada por el artículo 106.2 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre) como la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (art. 4, LMV, en la redacción dada por el artículo 4.1 de la Ley 13/1992, de 1 de junio, definían el grupo de sociedades como aquel cuyas sociedades integrantes constituían una *unidad de decisión*. Sin embargo, la Ley del Mercado de Valores consideraba la existencia de tal unidad de decisión, no solo en los casos en que se daba el

control de una sociedad sobre las demás, sino también cuando el mismo era ejercido por una persona física o varias actuando de forma sistemáticamente coordinada (grupo horizontal). Mediante la Ley 16/2007, de 4 de julio, se modifica el artículo 42.1 del Código reafirmando, de forma inequívoca, la opción por el criterio más restrictivo. Se elimina del párrafo segundo toda mención al concepto de unidad de decisión, posiblemente tratando de evitar con ello dejar abierta la puerta a una interpretación que pudiera tener en cuenta el significado atribuido al término en otros textos legales. Con coherencia, se elimina del párrafo primero la atribución a la sociedad con mayor activo, de la obligación de formular cuentas anuales e informe de gestión consolidados, en los casos en que no pudiera identificarse una sociedad dominante. Esto no puede ser de otro modo si se considera la existencia de una sociedad dominante como el presupuesto y condición necesaria del “grupo”<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup>Véase al respecto, el AJM de Murcia de 25 de mayo de 2012 (Juzgado de lo Mercantil N.º 2 de Murcia, Auto de 25 de mayo de 2012, Id Cendoj: 30030470022012200001); la SAP de Oviedo 114/2014, de 31 de marzo (Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 1ª, Sentencia 114/2014 de 31 de marzo, Id Cendoj: 33044370012014100117, FJ 3º); la SAP de Almería 42/2014 de 25 de febrero (Audiencia Provincial de Almería, Sección 2ª, Sentencia 42/2014, de 25 de febrero, Referencia Thomson Reuters Aranzadi JUR\2014\128291, FJ 2º), o el AJM de Alicante 22/2014, de 20 de enero (Juzgado de lo Mercantil N.º 1 de Alicante, Auto 22/2014, de 20 de enero, Id Cendoj: 03014470012014200001, FJ 2º). Esta opción legislativa ha sido seguida, con posterioridad, tanto por la propia Ley del Mercado de Valores (art. 4 LMV, en la redacción dada por el art. único. 3 de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre), como en el ámbito concursal (DA 6ª LC introducida por la Ley 38/2011, de 10 de octubre). Ambas normas, al emplear el concepto de grupo de sociedades, se remiten al previsto en el Código de Comercio. En contra de la exclusión del grupo de coordinación, R. BELLIDO, entiende que el supuesto contemplado en la norma de atribución de competencia del art. 25 bis.3 de la Ley (cuando la sociedad dominante no haya sido declarada en concurso) “[...] comprende los diversos casos en los que, habiéndose declarado el concurso de varias sociedades pertenecientes al mismo grupo, no se haya declarado el concurso de una sociedad dominante, ya sea porque ésta no existe, al tratarse de un grupo de sociedades por coordinación, ya sea porque existiendo aquélla, al ser un grupo jerarquizado, solo se haya declarado el concurso de distintas sociedades dominadas” BELLIDO, R. “Acumulación de concursos y grupos de sociedades” en

La principal consecuencia, tanto de la acumulación de los concursos ya declarados de sociedades pertenecientes a un mismo grupo, como de la declaración conjunta del concurso de varias sociedades parte de una estructura de control jerárquica es, como ya se ha apuntado, su tramitación coordinada y no la consolidación de masas (art. 25 *ter*.1, LC). Esta tramitación coordinada es, como se desprende de los artículos 25 y 25 *bis* de la Ley concursal, facultad discrecional del juez que conoce del concurso de la sociedad dominante [o, si no se hubiera instado el concurso de ésta, del que primero hubiera conocido del concurso de cualquiera de las sociedades del grupo (art. 25 *bis*.3, LC)]. En este sentido, la tramitación coordinada de varios concursos, no se configura como un fin en sí mismo, sino un instrumento dirigido a la mejor consecución de los fines del concurso, por lo que deberá ser necesario acreditar no ya la mera existencia del grupo, sino también las ventajas que supondría la acumulación o declaración conjunta<sup>29</sup>.

La confusión de patrimonios aparece configurada en la Ley concursal como supuesto de hecho que faculta al juez a aceptar la declaración conjunta de varios deudores o la acumulación de varios concursos (arts. 25.2 y 25 *bis*.1.2º, LC). No obstante, mediante la Ley 38/2011, de 10 de octubre, la confusión de patrimonios adquiere también la condición de supuesto de hecho necesario, aunque no suficiente, de la consolidación de inventarios y listas de acreedores de concursos declarados conjuntamente o acumulados (art. 25 *ter*.2, LC).

El artículo 25 *ter*.2 de la Ley, otorga al juez del concurso la posibilidad (excepcional, respecto de la regla general de la tramitación coordinada establecida en el numeral 1 del mismo precepto), de

---

*Revista General del Derecho Procesal*, versión electrónica, en [www.iustel.com](http://www.iustel.com) consultada el 24/02/2015, septiembre 2014, nº 34.

<sup>29</sup> Doctrina reiterada por la Sala 1ª del Tribunal Supremo. Por todas, ver ATS de 22 de diciembre de 2011 (Tribunal Supremo, Sección 1ª, Auto de 22 de diciembre de 2011, Id Cendoj: 28079110012011203841, F de D, II 2º).

disponer la consolidación de inventarios y listas de acreedores “[...] cuando exista confusión de patrimonios y no sea posible deslindar la titularidad de activos y pasivos sin incurrir en un gasto o en una demora injustificados”. La norma establece una modalidad de tramitación concursal que, si bien no afecta al mantenimiento de la personalidad jurídica de los deudores concursados, ni al mantenimiento y funcionamiento de sus órganos, cuando se trate de personas jurídicas, tiene, como trascendental consecuencia, el que los acreedores de cada concurso “[...] extiendan su expectativa de cobro sobre la masa activa de todos y cada uno de los concursos con masa consolidada [...]”<sup>30</sup>.

La consolidación de inventarios y listas de acreedores supone desconocer la autonomía patrimonial de los diferentes concursados. En ese sentido, cabe identificar cierta semejanza con la doctrina del levantamiento del velo societario. No obstante, las diferencias entre ambas figuras son significativas. La doctrina del levantamiento del velo, producto de una construcción jurisprudencial sostenida por abundante y consolidada doctrina del Tribunal Supremo, “[...] trata de evitar que el abuso de la personalidad jurídica pueda perjudicar intereses públicos o privados, causar daño ajeno, o burlar los derechos de los demás...” impidiendo “... que se utilice la personalidad jurídica societaria como un medio o instrumento defraudatorio, o con un fin fraudulento<sup>31</sup>”. El artículo 25ter.2 de la Ley, por el contrario, no requiere para la consolidación de inventarios y listas de acreedores, un abuso de la personalidad jurídica societaria ni un actuar fraudulento del deudor. Ni siquiera se precisa la constatación de un daño a intereses públicos o privados.

---

<sup>30</sup> Juzgado de lo Mercantil N.º 1 de Palma de Mallorca. Auto de 16 de diciembre de 2014, Referencia Thomson Reuters Aranzadi JUR\2015\8273, FJ 2º, v.

<sup>31</sup> STS, Sala 1ª N.º 83/2011, de 1 de marzo, citando las SSTS, 17 de diciembre de 2002, 22 y 25 de abril de 2003, 6 de abril de 2005 y 10 de febrero de 2006, 17 de octubre de 2000, 3 de junio y 19 de septiembre de 2004 y 16 de marzo y 30 de mayo de 2005 (Tribunal Supremo, Sala 1ª, Sentencia 83/2011, de 1 de marzo, Id Cendoj: 28079110012011100082, FJ 2º).

Tampoco es posible entender que la Ley prevea una especie de *extensión* de responsabilidad a los diferentes deudores en concursos conexos. El carácter facultativo de la consolidación o no de inventarios y listas de acreedores, que solo procede cuando el juez lo determina, en cada caso concreto y de acuerdo a específicos parámetros, permite descartar la hipótesis planteada.

El supuesto habilitador de la consolidación en el procedimiento concursal no es otro que la constatación de la existencia de la confusión patrimonial entre las masas de los concursos, “confusión” que el Auto de 25 de febrero del Juzgado de lo Mercantil de Palma de Mallorca define como “[...] *la conmixión de los elementos típicos patrimoniales, esto es, los conjuntos de activos y pasivos, de modo que se afecta la generalidad o mayoría muy principal de dicho conjunto, de dichas masas de los distintos concursos, aún cuando algunos activos o pasivos aislados sean individualizables para cada concurso[...]*”<sup>32</sup>.

A la verificación de la situación fáctica anterior, añade la Ley el requisito de la imposibilidad del deslindamiento de activos y pasivos “[...] *sin incurrir en un gasto o en una demora injustificados*”. Este último inciso del artículo 25 *ter*.2 pone de manifiesto la naturaleza eminentemente funcional de la consolidación. Los deudores, acreedores, terceros legitimados y, muy especialmente la administración concursal, deberán acreditar, al solicitar del órgano jurisdiccional la consolidación de inventarios y lista de acreedores, la especial dificultad, en términos de recursos y tiempo requeridos, que la tarea del deslinde de los distintos patrimonios concursales supone, así como su falta de justificación atendiendo a las concretas circunstancias del caso y, creemos obvio, la satisfacción de los intereses del concurso. Por tanto, la consolidación de inventarios y lista de acreedores respecto a concursos conexos, se fundamenta en el

---

<sup>32</sup> Juzgado de lo Mercantil N.º 1 de Palma de Mallorca, Auto de 16 de diciembre de 2014, Referencia Thomson Reuters Aranzadi JUR\2015\8273, FJ 2º, vi.



desconocimiento por la Ley de la autonomía patrimonial de los diferentes concursados, siempre que se demuestre la confusión patrimonial existente entre los mismos, y las ventajas (temporales y económicas), en cada caso concreto, de la referida consolidación.

### **e.- Concurso de entes sin personalidad jurídica**

La regla que exige la necesaria condición de persona natural o jurídica del deudor concursable se exceptúa en forma expresa, respecto del concurso de la herencia “[...] *no aceptada pura y simplemente*” (art. 1.2, LC). Bajo dicha excepción se engloban en realidad dos supuestos diferentes: la herencia yacente y la herencia aceptada a beneficio de inventario, debiendo a su vez, distinguirse ambos supuestos de la muerte o declaración de fallecimiento del concursado persona física.<sup>33</sup>

El artículo 182.1 se refiere al fallecimiento del concursado, disponiendo que su “[...] *muerte o declaración de fallecimiento [...] no será causa de conclusión del concurso, que continuará su tramitación como concurso de la herencia, correspondiendo a la administración concursal el ejercicio de las facultades patrimoniales de administración y disposición del caudal relicto*”. La hipótesis contemplada por la norma no es la declaración del concurso de un patrimonio carente de personalidad jurídica sino, diferentemente, el efecto de la muerte o fallecimiento del deudor persona física en el concurso ya declarado. Al respecto, la Ley considera que tal hecho no pone fin al procedimiento, y dispone que el mismo continúe tramitándose como concurso de la herencia.

Se entiende por herencia yacente el patrimonio hereditario vacante de titularidad, fase que se extiende desde la muerte del causante, hasta la aceptación, y que incluye la denominada vocación o llamamiento a todos los posibles herederos<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> ROJO Á., “De los presupuestos...”, *op. cit.* p. 155.

Habiéndose producido la aceptación pura y simple de la herencia por heredero único o, existiendo varios, por todos ellos o sólo por algunos, aceptando el resto a beneficio de inventario, respecto de los que la hubiesen aceptado pura y simplemente se producirá “[...] una extensión de la responsabilidad del heredero”<sup>35</sup>, que responderá de todas las deudas y cargas de la herencia, “[...] no sólo con los bienes de ésta, sino también con los suyos propios” (art. 1003, CC). Siendo incapaz de hacer frente a estas obligaciones, procederá la declaración de concurso del heredero aceptante a título puro y simple.

Cabe que la herencia se acepte por el heredero a beneficio de inventario en cuyo caso, los bienes y derechos que constituyen la masa hereditaria entran en el patrimonio del heredero. No obstante, conforman una esfera patrimonial separada con un régimen de responsabilidad especial. El heredero que así acepta, no queda obligado a pagar las deudas y demás cargas de la herencia sino hasta donde alcancen los bienes de la misma (art. 1023.1, CC). Incluso, conserva contra el caudal hereditario los derechos y acciones que tuviera frente al difunto (art. 1023.2, CC). En este caso, los acreedores del causante y el propio heredero quedan legitimados a solicitar la declaración del concurso de la masa hereditaria.

En la hipótesis de que algunos herederos aceptasen la herencia a título puro y simple y otros lo hiciesen a beneficio de inventario, cabrá a los acreedores del causante solicitar la declaración del concurso de los herederos aceptantes de la herencia a título puro y simple que fueran insolventes y, simultáneamente, solicitar la declaración del concurso de la herencia<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> Audiencia Provincial de Toledo, Sección 2ª, Sentencia 83/2003 de 14 de febrero, Id Cendoj: 45168370022003100244, FD 2º.

<sup>35</sup> ROJO Á., “De los presupuestos...”, *op. cit.*, p. 156.

<sup>36</sup> ROJO Á., “De los presupuestos...”, *ib.*, p. 158.

## II.- Régimen jurídico uruguayo

### A.- Unidad del presupuesto subjetivo

La Ley de Concursos y Reorganización Empresarial uruguaya N.º 18.387/2008, de 23 de octubre (LCRE), contó entre sus principales fuentes, con la Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal, y al igual que ésta, proclamó como principio ordenador de todo el régimen concursal el de unidad de disciplina.

En su Exposición de Motivos, luego de recordar que en Uruguay el régimen concursal había permanecido prácticamente incambiado desde finales del siglo XX, se propone la aprobación de una Ley general de concursos que sustituya todos los procedimientos concursales vigentes: “quiebra, liquidación judicial, concurso civil, concordatos preventivos y resolutorios, y moratorias”, instrumentando un “procedimiento único” al que se le dio el nombre de “concurso”<sup>37</sup>.

La regla general también en la normativa uruguaya tiene excepciones. Por tanto, se encuentran excluidos del régimen de la LCRE las personas físicas que no realicen actividad empresaria (las que pueden concursar de acuerdo al régimen dispuesto por el CGP)<sup>38</sup>, el Estado, los entes autónomos, los servicios descentralizados, los

---

<sup>37</sup> LCRE, Exposición de Motivos. Empero, más allá de lo manifestado en la Exposición de Motivos, la propia ley concursal uruguaya se remite expresamente en su artículo 2 al procedimiento concursal civil regulado en el Código General del Proceso, para el supuesto de concurso de persona natural que no realiza actividad empresarial.

<sup>38</sup> El artículo 2 (“presupuesto subjetivo”) de la Ley concursal uruguaya preceptúa que la declaración judicial de concurso procederá respecto de cualquier deudor, persona física que realice actividad empresaria o persona jurídica civil o comercial. Incluso, a texto seguido, define a la actividad empresaria como la actividad profesional, económica y organizada con finalidad de producción o de intercambios de bienes o servicios. Finalmente, la norma uruguaya dispone que las personas físicas no comprendidas en la LCRE, se seguirán regulando por el CGP (Título VII del Libro II del Código General del Proceso [Concurso civil] y normas concordantes).

Gobiernos Departamentales (estos cuatro últimos, no concursan) <sup>39</sup>, y las entidades de intermediación financiera, en este último caso con excepción de las normas relativas a la calificación del concurso<sup>40</sup>.

Por consiguiente, más allá de lo expresado por el legislador uruguayo en la Exposición de Motivos, en nuestra opinión, no quedó consagrado en el texto legal el principio de unidad de disciplina, ya que no todo deudor es concursable<sup>41</sup>. No todo deudor persona física es concursable bajo el régimen de la LCRE; tampoco lo es todo deudor persona jurídica.

Asimismo, cabe consignar que la legislación uruguaya admite la procedencia del concurso de la herencia del deudor fallecido cuando la misma hubiera sido aceptada a beneficio de inventario o cuando fallece un deudor concursado (art. 3, LCRE).

## **B.- El requisito de la naturaleza privada del deudor concursable**

### **a.- Personas jurídicas privadas**

La Ley concursal uruguaya con buen criterio, por lo menos ha establecido un régimen concursal único (a excepción de las entidades

---

<sup>39</sup> Quedan excluidos del régimen de la LCRE “el Estado, los entes autónomos, los servicios descentralizados, los Gobiernos Departamentales y las entidades de intermediación financiera, en este último caso con excepción de las normas relativas a la calificación del concurso...”. LCRE, art. 2, párrafo 3º.

<sup>40</sup> La ley 18.401 en su artículo 15. A) y C), regula el régimen concursal de las instituciones de intermediación financiera.

<sup>41</sup> Expresan HOLZ, E. y RIPPE, S., Reorganización Empresarial y Concursos, Ley 18.387, F.C.U., 1ª edición, Montevideo, 2009, p. 91, que el texto legal refleja una “Solución diferente y criticada por los autores del original anteproyecto de ley elevado por los Profs. Creimer, Olivera García y Rippe al Ministerio de Economía y Finanzas, en función del cual todas las personas físicas quedaban incluidas en el régimen general del concurso, con lo que se plasmaba íntegramente la finalidad de unificación procedimental.

de intermediación financiera), para todas las personas jurídicas privadas, sean ellas sociedades comerciales, cooperativas, asociaciones civiles, fundaciones, etc. El artículo 2 de la LCRE se vale de dos categorías de sujetos que pueden concursar: en primer lugar, el deudor persona jurídica, civil o comercial, y en segundo lugar, el deudor persona física que realice actividad empresarial.

El régimen legal dispuesto por la LCRE, no se aplica solamente a los comerciantes, como en el régimen anterior, sino a todas las personas jurídicas de derecho privado, con la única excepción - como se expresó - de las entidades de intermediación financiera (art. 2, párrafo 2º, Ley 18.387).

La exclusión del régimen de la LCRE respecto a las entidades de intermediación financiera [el Decreto Ley 15.322 define en su artículo 1, la actividad de intermediación (párrafo 2º) y los entes que la desarrollan (párrafo 1º)], implica mantener el concepto ya tradicional en el Derecho uruguayo, de que dichas entidades <sup>42</sup> se rigen por disposiciones diferentes, por las cuales se dispone que las situaciones de crisis de las mismas, sean reguladas, tramitadas y resueltas en la órbita administrativa y no en la judicial. La Corporación de Protección del Ahorro Bancario, es la institución a la que se encomienda la aplicación de los *procedimientos de solución* o el *pago de la cobertura* de los depósitos en Bancos y Cooperativas de Intermediación Financiera en situaciones de crisis de las entidades depositarias, actuando como liquidadora en sede administrativa de las empresas integrantes del sistema de intermediación financiera y de sus respectivas colaterales [art. 15. A) y C), Ley 18.401].

De todas formas, la LCRE impone sobre estas entidades la aplicación de las disposiciones en materia de calificación del concurso contenidas en el Título IX de la misma (art. 2, párrafo 2º, Ley 18.387). Por tal razón, las gravosas consecuencias que la culpabilidad del concurso puede aparejar para el deudor y sus cómplices, y para los

---

<sup>42</sup> Las Entidades de Intermediación Financiera deben adoptar la forma de sociedad anónima con objeto específico (art. 17, Decreto Ley 15.322).

administradores, liquidadores de derecho o de hecho e integrantes del órgano de control interno de las personas jurídicas, también se aplicarán a quienes ocupen cargos análogos en las entidades de intermediación financiera.

Entonces, son concursables de acuerdo al régimen dispuesto por la LCRE, las personas jurídicas civiles, a saber: todas aquellas sociedades civiles que tienen personería jurídica [las sociedades constituidas de acuerdo a lo previsto por el CCU, que se constituyesen con el objeto de construir un edificio bajo el régimen de propiedad horizontal (art. 1, Decreto Ley N° 14.804), las sociedades agrarias de riego (art. 15, Ley 16.858), y las sociedades civiles con objeto agrario (art. 21, Ley 17.777)]; asociaciones civiles (art. 21, CCU), asociaciones y sociedades agrarias (arts. 1 y 4, Ley 17.777), fundaciones (art. 1, Ley 17.163), y cooperativas de vivienda no comerciales (art. 117, Ley 18.407).

Entre los deudores que pueden ser calificados como personas jurídicas comerciales se encuentran las sociedades comerciales: sociedades anónimas cerradas y abiertas (arts. 244, 247 y 248, Ley 16.060), sociedades anónimas especiales como las sociedades administradoras de fondos de ahorro previsional (art. 92, Ley 16.713), las sociedades administradoras de fondos de inversión (art. 5, Ley 16.774), las sociedades anónimas administradoras de fondos fiduciarios (art. 12, párrafo 1°, Ley 17.703), las sociedades anónimas titulares de inmuebles rurales y explotaciones agropecuarias (art. 1, párrafo 3°, Ley 18.092), las sociedades anónimas deportivas [art. 67 B) Ley 17.292] y las sociedades anónimas de usuarios de zonas francas (art. 17, Ley 15.921); sociedades colectivas (art. 199, Ley 16.060), sociedades de responsabilidad limitada (art. 223, Ley 16.060), sociedades en comandita simple (art. 223, Ley 16.060) y por acciones (art. 474, Ley 16.060), sociedades de capital e industria (art. 218, Ley 16.060), sociedades en formación (arts. 2 y 19, Ley 16.060), sociedades irregulares y de hecho (arts. 2 y 36, Ley 16.060). También pueden concursar los grupos de interés económico (art. 489, Ley 16.060) y las cooperativas (arts. 1 y 4, Ley 18.407).

No son concursables por carecer de personalidad jurídica, entre otros, la mayoría de las sociedades civiles, los consorcios (art. 501, Ley 16.060), los convenios de sindicación de accionistas (art. 331, Ley 16.060), la sociedad conyugal (art. 1938 del CCU), ni las denominadas sociedades accidentales o en participación (art. 483, Ley 16.060)<sup>43</sup>.

Tampoco son concursables, por el mismo motivo, los fondos de inversión y cualesquiera otros fondos legalmente reconocidos como patrimonios separados sin personalidad jurídica.

### **b.- Personas jurídicas públicas**

Por su parte, en Uruguay las personas jurídicas excluidas de la Ley son el Estado (persona pública mayor, Estado en sentido restringido), los Entes Autónomos, Servicios Descentralizados (art. 185 y ss., CU), los Gobiernos Departamentales (arts. 262 y ss., CU) y las entidades de intermediación financiera (éstas últimas, con el alcance ya explicitado).

La solución legal con relación al Estado y demás reparticiones públicas, se vincula directamente a la inalienabilidad e inembargabilidad de los bienes estatales, de lo que resulta la imposibilidad de la aplicación de procedimientos concursales respecto del patrimonio del Estado y demás personas públicas estatales.

El Estado persona pública mayor, expresa su voluntad mediante los Poderes Ejecutivo (art. 149 y ss., CU), Legislativo (art. 83 y ss., CU) y Judicial (art. 233 y ss., CU), y los tres órganos de creación constitucional, a saber: Tribunal de Cuentas (art. 208 y ss., CU), Corte

---

<sup>43</sup> Estrictamente, las llamadas por la ley uruguaya sociedades accidentales o en participación, no son sociedades, ya que no cuentan con los elementos jurídicos como para poder considerárselas tales: dos o más partes que se obligan a realizar aportes para aplicarlos al ejercicio de una actividad comercial organizada, con la finalidad de participar en las ganancias que ella produzca.

Electoral (art. 322 y ss., CU) y Tribunal de lo Contencioso Administrativo (art. 307 y ss., CU)

El Poder Ejecutivo (Administración Central) constituye un sistema orgánico centralizado compuesto por el órgano jerarca que lleva la misma denominación, los Ministerios y sus dependencias (art. 174 y ss., CU)<sup>44</sup>.

Los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, constituyen la denominada *descentralización funcional o por servicios*. Tanto unos como los otros, son personas jurídicas públicas estatales menores ya que, se encuentran reguladas principalmente por el Derecho público y pertenecen a la organización jurídica de la colectividad denominada Estado en sentido amplio. La diferencia principal entre los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados radica en que mientras los primeros poseen la generalidad de los poderes de administración actuando con autonomía bajo escaso control de la Administración Central, los segundos tienen también poderes de administración, pero dichos poderes son menos amplios y el control tutelar de la Administración Central es más intenso<sup>45</sup>.

Por otra parte, los Gobiernos Departamentales expresan institucionalmente la denominada *descentralización territorial*. Al igual que los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados, son personas jurídicas públicas estatales menores, que ejercen su competencia en el ámbito espacial denominado Departamento.

Dentro del marco de la organización de la Administración pública en Uruguay, se encuentran las personas públicas no estatales. Éstas, son creadas por ley, desarrollan actividades de interés público, sus empleados no son funcionarios públicos, proyectan y aprueban su propio presupuesto, su contratación no está regulada por las normas

---

<sup>44</sup> DELPIAZZO, C. E., Derecho Administrativo Especial, A.M.F., Vol. 1, 2ª edición, Montevideo, 2009, p. 35.

<sup>45</sup> DELPIAZZO, C. E., *ibid.*, p. 103.



generales que rigen a las Administraciones públicas. Poseen controles estatales más o menos intensos según los casos, un patrimonio propio, sus bienes no son estatales y sus fondos tienen doble origen (público y privado)<sup>46</sup>.

En este ordenamiento jurídico existe una gran diversidad de personas públicas no estatales, las que fueron creadas en distintas épocas, con la finalidad de atender diversos cometidos, en disímiles áreas<sup>47</sup>.

En el presupuesto subjetivo contemplado en la Ley concursal, en el caso de personas jurídicas están comprendidas solamente las civiles y comerciales, ambas de Derecho privado, excluyéndose entonces, a las públicas no estatales.

Según dispone el artículo 616 de la Ley 17.296, le son aplicables a las personas públicas no estatales, las normas concursales del Código General del Proceso (arts. 452 a 471CGP, en la redacción dada por la Ley 19.090/2013).

También en el marco de la organización de la Administración pública, se encuentran las denominadas “sociedades de economía mixta”. No existe en Derecho, una regulación legal sistemática, relacionada con las sociedades de economía mixta. Su escasa

---

<sup>46</sup>DELPIAZZO, C.E., *ibidem*, pp. 166 y 167.

<sup>47</sup> A título de ejemplos, en el área seguridad social, se encuentran la Caja Notarial de Seguridad Social (CNSS) y la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Profesionales Universitarios (CJPPU); en el área agropecuaria, la Cooperativa Nacional de Productores de Leche (CONAPROLE), el Instituto Nacional de Carnes (INAC) y el Instituto Nacional de Vitivinicultura (INAVI); en el área económica y de fomento, la Corporación Nacional para el Desarrollo (CND) y el Laboratorio Tecnológico del Uruguay (LATU); en el área cultural y de enseñanza, la Dirección Nacional de Impresiones y Publicaciones Oficiales (IMPO) y el Fondo de Solidaridad; y en el área de la salud, la Comisión Honoraria de Lucha contra el Cáncer y el Fondo Nacional de Recursos (FNR).

regulación está recogida en el artículo 188 de la Constitución de la República<sup>48</sup> y en algunas normas aisladas que habilitan a entes públicos a asociarse con personas de derecho privado<sup>49</sup>. Sería posible distinguir las sociedades de economía mixta de Derecho público (art. 188, párrafos primero y segundo, CU), de las sociedades de economía mixta de Derecho privado (art. 188, párrafos tercero y cuarto, CU).

Las primeras, conforman una entidad estatal descentralizada, con participación minoritaria de capital privado. De modo que, ni el aporte de capitales privados, ni la representación en el órgano de administración de la entidad, podrán ser superiores a los del Estado. De esta forma, ni los Entes Autónomos ni los Servicios Descentralizados modifican su naturaleza jurídica, la que continuará siendo pública y estatal.

Por su parte, las segundas, se encuentran sometidas al régimen jurídico en sede de sociedades comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 188 de la Constitución uruguaya. En éstas, no se exige preponderancia del capital público respecto del privado, y la

---

<sup>48</sup> El texto constitucional (art. 108, CU) requiere mayorías especialmente cualificadas (tres quintos) para la aprobación de leyes que permitan la admisión de capitales privados en la constitución o ampliación del patrimonio de los Entes Autónomos o de los Servicios Descentralizados, así como para reglamentar la intervención que en tales casos pueda corresponder a los respectivos accionistas en los Directorios. Dichos aportes y participación, en ningún caso se permite sean superiores a los del Estado. Por otra parte, se exige el voto afirmativo de al menos la mayoría absoluta de los componentes de cada Cámara para la aprobación de leyes que permitan al Estado participar en actividades industriales, agropecuarias o comerciales con empresas formadas por aportes obreros, cooperativos o capitales privados, bajo las condiciones que se convengan previamente entre las partes, debiéndose asegurar la intervención del Estado en la dirección de la empresa y quedando sometidos sus representantes, a las mismas normas que los Directores de los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados.

<sup>49</sup>Vgr.: Decreto Ley 15.100 y Leyes 15.903 y 16.246, por los que se facultó al Banco Hipotecario del Uruguay (BHU), a la Administración Nacional de Combustibles, Alcohol y Portland (ANCAP) y a la Administración Nacional de Puertos (ANP) respectivamente, a asociarse con entidades privadas.

intensidad de la intervención estatal dependerá de las convenciones que en cada caso se celebren con los particulares<sup>50</sup>. La persona jurídica privada con participación de capital estatal, no cambia su naturaleza, por lo que continuará regulándose, esencialmente, por el Derecho privado.

En lo que refiere a la concursabilidad de las sociedades de economía mixta, la respuesta no puede ser unívoca. Como la Constitución de la República contempla dos modalidades - las que fueron expuestas precedentemente - es menester efectuar una distinción: las sociedades de economía mixta de derecho público, regidas por el Derecho público, no son personas jurídicas civiles ni comerciales; ergo, no son concursables. Las sociedades de economía mixta de Derecho privado, rigen su actuación por las normas vigentes en materia de sociedades comerciales. Al asumir la calidad de personas jurídicas de derecho privado, serían concursables, o lo que es lo mismo, quedarían abarcadas en el presupuesto subjetivo regulado en la LCRE.

Asimismo, en las últimas décadas, irrumpieron en el marco normativo uruguayo diferentes organizaciones con personalidad jurídica creadas por la Administración pública, generalmente bajo la forma de sociedad anónima, a quienes se encarga la gestión de algunas competencias propias de entidades estatales: los denominados “entes instrumentales”. Éstos, constituyen el proceso que se ha dado en llamar “la huida del Derecho Administrativo<sup>51</sup>”. Con estos entes, se persigue la neutralización del aparato burocrático estatal con el propósito declarado de lograr mayor eficiencia en la gestión.

Concretamente, se trata de la creación de entidades con personalidad jurídica propia, distinta a la personalidad jurídica de la de la Administración Pública que le ha dado nacimiento. Pero dada su

---

<sup>50</sup>Cfr., DELPIAZZO, C. E., Derecho Administrativo Especial, *ob. cit.*, pp. 189 a 193.

<sup>51</sup>DELPIAZZO, C. E., Estudios sobre Responsabilidad de la Administración, Ed. UM, Montevideo, 2009, pp. 75 y 76.

instrumentalidad, responde - desde el punto de vista sustancial - a la Administración Pública creadora, para cumplir una finalidad o un servicio propio de ésta.

En nuestra opinión, los entes instrumentales, por ser personas jurídicas privadas (comerciales), con personalidad jurídica propia y patrimonio propio e independiente del patrimonio de la Administración Pública que les dio origen, son concursables de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 2 de la LCRE.

### **c.- El presupuesto subjetivo en el concurso de cooperativas: especificidades**

En el caso uruguayo, la personalidad jurídica de las sociedades cooperativas se adquiere con la inscripción del contrato en el Registro de Persona Jurídicas, Sección Registro Nacional de Cooperativas (arts. 12 y 13, Ley 18.407). A diferencia de las sociedades comerciales, las cooperativas en formación no tienen personalidad jurídica, y por tanto, no son concursables.

### **d.- Grupo de sociedades y confusión de patrimonios**

En Uruguay, el grupo económico no ha sido objeto de una regulación sistemática. Existen disposiciones aisladas, algunas de las cuales ocasionan a los aplicadores del Derecho, importantes dificultades de interpretación. En particular, el Derecho concursal no ha sido ajeno a esta cuestión.

Con anterioridad a la sanción de la LCRE, Uruguay contaba con un sistema concursal conformado por una pluralidad de procedimientos complejos aplicables a los momentos de dificultades económicas<sup>52</sup>.

---

<sup>52</sup> En clasificación realizada por OLIVERA GARCÍA, R., “Principios y bases de la nueva Ley de Concursos y Reorganización Empresarial”, FCU, 1ª edición, Montevideo, 2008, p. 10, el antiguo régimen concursal estaba compuesto por

Hasta la aprobación de la Ley 18.387 no existía en el ámbito del Derecho concursal, disposición normativa alguna que brindara una noción de grupo económico, ni el alcance de su actuación. Sin embargo, estos aspectos fueron igualmente abordados por la doctrina y la jurisprudencia. A partir de 1995, en algún caso se admitió por parte de órganos jurisdiccionales, el concurso voluntario de concentraciones económicas<sup>53</sup>.

Luego de la sanción de la referida norma legal, tampoco existe en materia concursal una regulación orgánica de grupo económico, sino únicamente la referencia a “sociedades que formen parte de un mismo grupo de sociedades” (art. 112, literal C., numeral 2, LCRE <sup>54</sup>),

---

procedimientos preventivos de la ejecución concursal (concordatos preventivos para comerciantes y sociedades comerciales, concordatos preventivos de sociedades anónimas, concordatos privados, concordatos de liquidación, moratorias y concursos voluntarios); procedimientos de ejecución concursal (quiebras, liquidaciones judiciales y concurso necesario); y procedimientos resolutorios del estado de ejecución concursal (concordatos en la quiebra y en la liquidación judicial de sociedades anónimas).

<sup>53</sup> Al respecto, ver: CREIMER, I. y GERMÁN, D., “Inoponibilidad de la personalidad jurídica en caso de concurso o quiebra”, en *III Congreso Argentino de Derecho Concursal y I Congreso Iberoamericano sobre la insolvencia*, Mar del Plata, 1997; RIPPE, S. y GERMÁN D., “Aplicabilidad de las soluciones concursales a los grupos económicos en el marco de la legislación uruguaya”, en *VII Congreso Argentino de Derecho Societario y III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, La sociedad comercial ante el Tercer Milenio*, UADE, Lara Producciones Editoriales, Tomo II, Buenos Aires, 1998, pp. 591 a 602; y RIPPE, S. y GERMÁN, D., “Concursos de conjuntos económicos”, en *Revista de la Facultad de Derecho* N.º 14, UDELAR, FCU, Montevideo, 1999, pp. 86 y 87.

<sup>54</sup> “Se entenderá que existe un grupo de sociedades cuando una sociedad se encuentre sometida al poder de dirección de otra o cuando varias sociedades resulten sometidas al poder de dirección de una misma persona física o jurídica o de varias personas que actúen sistemáticamente en concierto”. Adviértase que el concepto guarda similitud con lo que disponía el artículo 4 de la LMV en la redacción dada por el artículo 4.1 de la Ley 13/1992, de 1 de junio y con lo que establecía el artículo 42.1 del CCom en la redacción que le daba el artículo 106.2 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre; es más, la exigencia de la actuación

así como dos hipótesis de *solicitudes conjuntas* de la declaración judicial de concurso. La primera, corresponde al caso en que dos o más deudores formen parte de un mismo grupo (concurso voluntario); se exige la presentación de estados contables en forma consolidada (arts. 9 párrafo primero y 7.4, LCRE). La segunda, es el supuesto en el que un acreedor solicite la declaración judicial del concurso de varios de sus deudores (concursos necesarios), cuando respecto de todos ellos existan presunciones de insolvencia (presupuesto objetivo para la declaración del concurso) y ocurra alguna de las siguientes circunstancias: existencia de confusión patrimonial entre los deudores, o integración en un mismo grupo (art. 9, párrafo segundo, LCRE).

El artículo 13 de la Ley 18.387, prevé como regla general de carácter procedimental, que en caso de solicitudes conjuntas, las mismas deben tramitarse ante la misma Sede judicial y en expedientes separados. Esta disposición legal está complementada por el artículo 19 *in fine* de la LCRE, al regular que en caso de solicitudes conjuntas de concurso, el juez deberá designar al mismo síndico o interventor (según corresponda) en todos los procedimientos.

Las disposiciones normativas relacionadas precedentemente no consideran, en cuanto al presupuesto subjetivo, la posibilidad de concursar a un grupo económico, pues el mismo se encuentra desprovisto de personalidad jurídica. Es decir, si bien la LCRE reconoce expresamente la existencia del fenómeno de la concentración empresarial, no admite la viabilidad de concursar al ente como tal, lo que se infiere del contenido de la regulación legislativa.

---

“sistemáticamente en concierto” es una transcripción literal de la disposición referida de la LMV. La noción prevista en la LCRE se enmarca en lo previsto en sede de “personas especialmente relacionadas con el deudor”, con las consecuencias que la ley indica. El legislador uruguayo ha optado por conceptualizar al grupo de sociedades en función del “poder de dirección” o control, recogiendo - en líneas generales - lo sustancial del concepto de “sociedad controlada” del artículo 49 de la Ley 16.060 de Sociedades Comerciales.

No es posible la existencia del concurso de grupo, sino únicamente la tramitación de varios concursos de forma simultánea y coordinada, respecto a los integrantes de un mismo grupo de sociedades. De esta forma, el tratamiento previsto por el legislador en materia concursal para el grupo económico, no difiere de la solicitud individual del concurso de cada uno de los miembros del grupo por separado, sino en cuanto a las especificidades indicadas.

Según lo explicitado y en cualquiera de las hipótesis de solicitudes conjuntas, sería perfectamente posible que un Juez declarara el concurso de un integrante del grupo y no de otro, solución que es acorde con las previsiones legales mencionadas.

En lo relativo a *solicitudes conjuntas*, bajo el régimen de la LCRE, se desconoce la existencia en Uruguay de concursos promovidos por un acreedor con relación a varios de sus deudores. Tanto la exigencia de acreditar ser acreedor de todos, así como la verificación de alguna presunción de insolvencia para cada deudor, explican la no promoción de solicitudes conjuntas de concursos necesarios.

Empero, se han registrado casos de solicitudes de declaración judicial de concurso voluntario, en el supuesto que dos o más deudores formen parte de un mismo grupo de sociedades. Al respecto, cabe destacar que el requerimiento legal relativo a la presentación de estados contables en forma consolidada, ha resultado de utilidad a la hora del dictado de la sentencia que declara el concurso. En particular, los estados consolidados permiten conocer la relación activo - pasivo de todos los integrantes del grupo, y por consiguiente, decidir si corresponde aplicar la limitación o la suspensión de la legitimación de los deudores concursados para disponer y obligar a la masa del concurso (en cuyos casos, se designará un interventor co-administrador o un síndico, según corresponda). Si bien este aspecto es medular para los deudores concursados integrantes del grupo, ello no implica atribuir personalidad jurídica al ente empresarial. Cada miembro del grupo mantiene su personalidad jurídica, habiendo tantos

procedimientos concursales como deudores concursados integrantes del grupo existan. Como consecuencia de ello, el acreedor específico de uno de los integrantes del grupo, no podrá presentarse insinuando su crédito para la verificación, en el concurso de otro de los integrantes del grupo, pues no está prevista legalmente la consolidación patrimonial.

Los acreedores en un concurso, no podrán extender su expectativa en la percepción de sus créditos sobre la masa activa de los concursos de otros miembros del grupo. Cada concurso tendrá su lista de acreedores (masa pasiva) y su masa activa (bienes y derechos de los que sea titular a la fecha de declaración del concurso, así como los que adquiera hasta la conclusión del procedimiento concursal)<sup>55</sup>.

De todos modos, la jurisprudencia concursal uruguaya ha homologado propuestas de convenio idénticas en cada caso, presentadas por parte de los deudores concursados integrantes de un grupo de sociedades. En las mismas, se ofreció abonar un porcentaje de los créditos de todos los concursos de las sociedades del grupo,

---

<sup>55</sup> Desde la sanción de la LCRE, se declararon concursos en los que dos o más deudores integrantes de un mismo grupo de sociedades, han promovido su declaración en forma conjunta. Es interesante mencionar los de la Compañía de Ómnibus de Pando S.A., Alom S.A. y Lake Blue S.A., tramitados ante el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Concursos de 2º Turno, expedientes IUE 2-26856/2013, 41-14/2014 y 41-15/2014, respectivamente (ver en base de datos de expedientes judiciales del Poder Judicial, Uruguay, [www.expedientesjudiciales.gub.uy](http://www.expedientesjudiciales.gub.uy)). No existe en la normativa uruguaya una disposición idéntica o similar a la del artículo 40.3 de la LC. En los concursos mencionados, sin perjuicio que, como se explicitó, no es posible que un acreedor perciba su crédito con el pasivo de todas las sociedades concursadas del grupo, sino solo de aquella contra la cual es titular de un crédito, la exigencia legal de la presentación de balances consolidados podría explicar que, pese a que una de las sociedades en el caso referenciado, presentó un pasivo superior al activo, al ser el activo consolidado superior al pasivo total, se limitó la legitimación de los deudores concursados para disponer y obligar a la masa activa, designándose en los tres casos al mismo interventor.



habiendo conseguido la adhesión favorable de acreedores, así como la aprobación judicial en cada uno de los concursos<sup>56</sup>.

El legislador uruguayo optó por un tratamiento individual de los distintos miembros del grupo, no consagrando ni la extensión del concurso, ni la extensión de la responsabilidad de manera objetiva.

### **e.- Concurso de entes sin personalidad jurídica**

En Uruguay, la declaración judicial de concurso procede, por regla general, sobre un sujeto de derecho, persona jurídica - civil o comercial - o física, siendo esta última, un deudor que realice actividad empresarial. La excepción a esta regla se encuentra en el artículo 3 de la LCRE, el cual prevé el concurso de la herencia del deudor fallecido, en dos supuestos: cuando la herencia hubiera sido aceptada a beneficio de inventario, y cuando declarado en concurso, el deudor fallece durante su tramitación.

La primera hipótesis consagra una excepción legal, que permite que sea concursable la masa hereditaria, no siendo ésta un sujeto de derecho, que pueda ser sometido al proceso concursal.

Debe interpretarse que el artículo 3.1 de la LCRE contempla al deudor persona física que desarrollaba actividad empresarial al momento de fallecer, pues de lo contrario, sería incongruente con el contenido de las disposiciones legales. Si durante la vida del deudor no podía concursar bajo la regulación de la LCRE por no desarrollar actividad empresarial, no es posible sostener que por el hecho de fallecer, proceda el concurso de la herencia<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup>Concursos de ROGU LTDA., AEROPUERTO LTDA., FLOPI S.C y ATIMAN S.A., tramitados ante el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Concursos de 1º Turno, expedientes IUE 2-2-61707/2012, 40-16/2013, 40-17/2013 y 2-5148/2008, respectivamente (ver en [www.expedientesjudiciales.gub.uy](http://www.expedientesjudiciales.gub.uy)).

<sup>57</sup> Como se explicitó *supra* (nota al pie de página N.º 42), en el anteproyecto original todo deudor persona física era concursable bajo un único régimen. Al modificarse el artículo 2 del anteproyecto y prever solo la concursabilidad, en el marco de esta Ley,

La ley uruguaya no contempla los supuestos de la declaración de concurso de la herencia aceptada pura y simple, como de la herencia yacente.

Resulta lógico excluir el concurso de la herencia, si la misma llega a ser aceptada pura y simplemente por el heredero, pues en esta hipótesis procede una confusión de patrimonios (del deudor y del heredero), conformando un patrimonio único, y como establece el artículo 1069 del Código Civil uruguayo, *“por la aceptación pura y simple queda el heredero responsable de todas las obligaciones de la herencia, no sólo con los bienes de ésta, sino también con los suyos propios”*.

Puede acontecer que el heredero en virtud de que exista insolvencia del patrimonio único, no satisfaga el crédito de los acreedores, pero en este caso, no podrá hacer caer en concurso al heredero bajo el régimen de la LCRE, si éste no reviste los requisitos legales exigidos (ser deudor que realice actividad empresarial).

Como se advierte, la legislación uruguaya no hace referencia alguna al concurso de la herencia yacente. O se entiende que la misma podría concursar en la medida que no existe norma expresa que la excluya, o bien, considerar que el concurso de la herencia es una excepción al principio general de que solamente los sujetos de derecho personas físicas o jurídicas son concursables, y por tanto, solo es posible la declaración de concurso de la herencia en los casos expresamente previstos por la legislación. Dado la especificidad y la especialidad del Derecho concursal, en nuestra opinión, entendemos que la última interpretación es la más adecuada<sup>58</sup>.

---

del deudor persona física que realiza actividad empresarial, no se advirtió que el mantenimiento del texto del artículo 3 no abordaba la diferencia establecida por el cambio de redacción en el artículo precedente.

<sup>58</sup> El tema planteado ha sido absolutamente obviado en la doctrina uruguaya, tanto la concursalista como la más recibida en Derecho sucesorio.

La segunda posibilidad prevista en la LCRE respecto a la procedencia del concurso de la herencia, consiste en que el deudor hubiera fallecido luego de declarado su concurso y durante la tramitación del mismo. Siendo así, el concurso “*continuará de pleno derecho como concurso de la herencia, sin retrotraer las actuaciones*” (art. 3.2, LCRE).

En esta segunda hipótesis, la solución adoptada por el legislador uruguayo es similar a la opción legislativa seguida en Derecho español.



## ***Capítulo Segundo: Presupuesto objetivo***

### **I.- Régimen jurídico español. El estado económico de insolvencia**

#### **A.- El requisito de la concurrencia de acreedores**

El artículo 2.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, señala la procedencia de la declaración del concurso en caso de insolvencia del “*deudor común*”. El adjetivo “común” no alude aquí, a una clase particular de deudor sino que califica la insolvencia del deudor que lo es simultáneamente de varios acreedores al tiempo de solicitarse su concurso. Por ello, el requisito de la necesaria concurrencia de una pluralidad de acreedores deba tratarse en sede de presupuesto objetivo<sup>59</sup>.

Efectivamente, la existencia de una pluralidad de acreedores constituye una condición necesaria de la declaración del concurso<sup>60</sup>. Empero, esto se deduce no solamente de la expresa alusión de la Ley a la insolvencia del deudor “común” (art. 2.1, LC) <sup>61</sup>. El legislador elige

---

<sup>59</sup> Juzgado de lo Mercantil N.º 2 de Bilbao, Auto de 28 junio de 2007, LA LEY 344094/2007, FD 2º.

<sup>60</sup> Requisito respaldado por una abundantísima y consolidada jurisprudencia. Ver en este sentido, el Auto 7/2010, de 27 de enero de la Audiencia Provincial de Illes Balears (Audiencia Provincial de Illes Balears, Sección 5ª, Auto 7/2010, de 27 de enero, Id Cendoj: 07040370052010200003, FD 1º).

<sup>61</sup> Pese a ello, la mayoría de la doctrina y jurisprudencia, entienden que el requisito de la existencia de una pluralidad de acreedores no se establece de forma explícita en la Ley, y ello a pesar de que, generalmente, se reconoce el inequívoco sentido del término “común” del artículo 2.1 de la Ley concursal. Ver, por todos, PULGAR EZQUERRA, J., “La declaración del...”, *op. cit.* p. 181 y OLIVENCIA, M., “El presupuesto objetivo”, en Antonio Fernández Rodríguez, José Antonio Rodríguez, Rafael Sebastián (eds.) *La Ley concursal y su aplicación*, Fundación de Estudios Financieros, 2009, pp. 71-90, fecha de consulta 15 enero 2015, en [http://fef.es/new/publicaciones/papeles-de-la-fundacion/item/download/452\\_556a05f4826c85b11b64d1a713fc1c01.html](http://fef.es/new/publicaciones/papeles-de-la-fundacion/item/download/452_556a05f4826c85b11b64d1a713fc1c01.html), p. 81. Se comparte tal parecer, en tanto se entienda limitado al hecho de no contemplar el texto de la Ley concursal un precepto como el que incluía el artículo 4 del

denominar al procedimiento como “concurso”, denominación etimológicamente derivada del latín “*concursum*”, “encuentro” o “coincidencia”. La propia Exposición de Motivos de la Ley (E de M II, párrafo quinto) se ocupa de aclarar como este término enlaza con la tradición jurídica representada por los tratadistas españoles del siglo XVII Amador Rodríguez (*Tractatus de concursu*, 1616) y Francisco Salgado de Somoza (*Labyrinthus creditorum concurrentium*, 1646). También refiere a la necesaria pluralidad de acreedores el artículo 4 de la Ley el cual, en su párrafo primero, dispone que en actuaciones por delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico en las que se pongan de manifiesto indicios de estado de insolvencia de algún presunto responsable penal y de “*la existencia de una pluralidad de acreedores*”, el Ministerio Fiscal “*instará del juez que esté conociendo de la causa la comunicación de los hechos al juez de lo mercantil con competencia territorial para conocer del concurso del deudor*”.

Pero, además, es la concurrencia de acreedores lo que da carta de naturaleza y justifica la existencia del concurso como procedimiento especial respecto del régimen general recogido en el Libro III de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Las medidas convencionales y liquidatorias de tratamiento de la insolvencia que contempla el procedimiento concursal suponen una excepción a la ejecución forzosa integrada dentro del derecho a la tutela efectiva (art. 5.1, LEC) que la Constitución recoge y ampara en su artículo 24. La flexibilización o relajamiento del régimen general que el concurso supone, solo se justifica ante la presencia de razones “*constitucionalmente relevantes, provenientes de la insolvencia con respecto a una pluralidad de acreedores: la axiología del crédito, que implica preferencias de cobro, y la supletoria comunidad de pérdidas o «ley del dividendo.»*”<sup>62</sup>. El acreedor único del deudor insolvente,

---

Anteproyecto de Ley concursal de 1959: “*el concurso supone la pluralidad de acreedores*”. No es, sin embargo, menos explícita la Ley por no reiterar más allá de lo necesario, el requisito de la pluralidad de acreedores para la configuración del presupuesto objetivo del concurso.

dispondrá de ejecuciones singulares “*más sencillas y menos costosas*”<sup>63</sup>.

No deberá el juez admitir a trámite la solicitud de concurso voluntario, cuando de la documentación presentada por el deudor que alegue su insolvencia actual, se desprenda la existencia de un único acreedor<sup>64</sup>. Sin embargo, de la presentación de relación de acreedores que identifique a solo uno de ellos (art. 6.2.4º, LC), no se sigue necesariamente la inadmisión a trámite de la solicitud. Podrá el juez, en ese caso, emplazar al deudor solicitante para que justifique o subsane este extremo en el plazo máximo de 5 días (art. 13.2, párrafo 1º, LC)<sup>65</sup>. “Justificar” no equivale aquí a acreditar fehaciente e indubitablemente la existencia de varios acreedores. Bastará, en nuestra opinión, con que en la propia relación de acreedores, el deudor identifique a más de uno y que el resto de la documentación presentada (art. 6.2.2º a 4º, LC), no contradiga la aparente veracidad de la declaración del deudor. No subsanándose el defecto en el plazo señalado, no cabrá otra solución que rechazar de plano la admisión a trámite de la solicitud por no acreditarse el presupuesto objetivo del concurso.

Del mismo modo, con buen criterio, la Ley no exige - ya que no será posible en muchos casos - que el legitimado distinto del deudor que inste el concurso necesario, acredite plenamente que la persona o la masa hereditaria cuyo concurso se solicita, sea deudor común de varios acreedores, pudiendo, cuando lo anterior no sea posible, señalar los hechos de los que quepa racionalmente suponer tal circunstancia<sup>66</sup>.

---

<sup>62</sup>Juzgado de lo Mercantil N.º 2 de Bilbao, Auto de 28 Jun. 2007, *op. cit.*, FD 2º.

<sup>63</sup> PULGAR EZQUERRA, J., “La declaración del...”, *op. cit.*, p. 180.

<sup>64</sup> OLIVENCIA, M., “El presupuesto objetivo”, *ibid.*, p. 81. Ver también, Juzgado de lo Mercantil N.º 7 de Almería, Auto de 21 de octubre de 2008, Id. Cendoj 04013420072008200001, FD. 3.

<sup>65</sup>Juzgado de lo Mercantil N.º 2 de Bilbao, Auto de 28 junio de 2007, *op. cit.*, FD 3º.

Podrá oponerse el deudor a la pretensión de quien solicita su concurso, alegando la no concurrencia del presupuesto objetivo por falta de pluralidad de acreedores. En tal caso, el deudor deberá comparecer a la vista que el juez señalará dentro de los diez días siguientes a aquel en que se haya formulado (art. 19.1, LC), y consignar los importes de los créditos vencidos de los acreedores instantes, o justificar haberlo hecho con anterioridad o manifestar la causa por la que no lo hizo (art. 19.2, LC). Faltando la consignación (o en su caso, realizada ésta, ratificándose en su solicitud el acreedor instante), en nuestra opinión, el deudor, aún admitiendo la exigibilidad de los créditos que se le reclaman, e incluso manifestando ser causa de la no consignación su incapacidad para cumplir, podrá oponerse a ser declarado en concurso argumentado la inexistencia de pluralidad de acreedores y, por consiguiente, la no concurrencia del presupuesto objetivo, correspondiendo la carga probatoria al deudor (arts. 18.2, párrafo 1º y 217.3 y 7 LEC). Entendemos que esto resulta de una interpretación integradora de los artículos 18.2 y 2.1 de la Ley concursal.

En todo caso, la plena constatación de la concurrencia de una pluralidad de acreedores, generalmente sólo será posible en un momento procesal posterior al auto que declare el concurso. En concreto, la existencia o no de la pluralidad de acreedores, se comprobará fehacientemente en sede concursal, cuando formada la sección segunda (art. 26, LC) y nombrada la administración concursal (arts. 27 y ss, LC), los acreedores comuniquen (art. 85, LC) y la administración concursal reconozca (arts. 86 y ss., LC) y clasifique (arts. 89 y ss., LC) sus créditos, incluyéndolos en el listado de acreedores que debe contener el informe de la administración concursal (art. 75.2.2º, LC).

---

<sup>66</sup> Deberá rechazarse a trámite, sin embargo, la solicitud que no alegue la existencia de una pluralidad de acreedores o, haciéndolo no proporcione prueba o indicio razonable alguno de tal hecho. Es preciso una *“diligente búsqueda de otros acreedores”* de la que resulte al menos una racional apariencia de pluralidad. Ver Auto del Juzgado de lo Mercantil N.º 7 de Almería, 21 de octubre de 2008, Id. Cendoj 04013420072008200001, FD. 3.



Si bien es clara la improcedencia de la declaración de concurso cuando no existe una pluralidad de acreedores, cabe preguntarse respecto de los efectos de la no concurrencia de este requisito cuando la misma se aprecia una vez dictado el auto declaratorio del concurso. En tal supuesto, será preciso distinguir el caso de la falta de pluralidad de acreedores del deudor, *preexistente* a la declaración de concurso y de la que el juez toma conocimiento con posterioridad, de aquella otra falta de pluralidad de acreedores *sobrevenida* que se produce después de la declaración. En el primer escenario entendemos que si durante la tramitación del concurso, surgen evidencias que desmientan la aparente pluralidad de acreedores al tiempo de instarse su solicitud, el juez deberá dictar auto de conclusión basado en la improcedencia del auto de declaración por no concurrir el presupuesto objetivo. Ello, a pesar de no contemplar explícitamente la Ley tal causa entre las que dan lugar a la conclusión del concurso y el archivo de las actuaciones (arts. 176 y 176 *bis*, LC)<sup>67</sup>.

Por otra parte, una hipótesis diferente se plantea cuando más allá de existir pluralidad de acreedores a la fecha de declaración de concurso, luego de declarado el mismo, desapareciera la mencionada pluralidad y, por la razón que fuese, solamente quedase un solo acreedor ¿Debe ser la consecuencia (conclusión del concurso) la misma que la de la no concurrencia del presupuesto objetivo preexistente a la declaración?

Cuando la reducción a un solo acreedor tiene por causa el pago ordenado de todos los demás hasta que solo resta uno por satisfacer, parece claro que ello no será causa de conclusión del concurso <sup>68</sup>. Sin embargo, alguna jurisprudencia menor ha distinguido la circunstancia en la que los acreedores se vean reducidos a uno por “[...] *la reunión en una misma mano de todos los créditos*” con posterioridad a la

---

<sup>67</sup> Juzgado de lo Mercantil N.º 1 de Madrid, Auto de 13 Oct. 2006, LA LEY 207613/2006, FD 1º.3.

<sup>68</sup> Juzgado de lo Mercantil N.º 1 de Madrid, Auto de 13 Oct. 2006, *ibid.*, FD 1º.5

declaración<sup>69</sup>. Con base en criterios de economía procesal, se ha considerado posible dictar la conclusión del concurso, si la adquisición de los créditos se produjese durante la tramitación de la fase común. Por el contrario, una vez abierta la fase de convenio o liquidación, no se justificaría, tan avanzado el procedimiento, retrotraer todo lo actuado al momento previo a la declaración, sin una razón de suficiente peso que justificara los gastos y dilaciones que de ello se derivaría. No compartimos la interpretación propuesta. La concurrencia de varios acreedores debe ser examinada de oficio por el juez, tanto al resolver la aceptación a trámite de la solicitud de concurso, como al dictar el auto declarativo. Si a lo largo de la tramitación, el órgano jurisdiccional toma conocimiento de hechos que desmientan la aparente existencia de más de un acreedor en el momento en que se adoptó la resolución por la que se hizo lugar al mismo, deberá dictar la conclusión del procedimiento. En la situación planteada, por el contrario, no se cuestiona la corrección del auto por el que se declara el concurso, sino la eventual conveniencia de proseguir con su tramitación, cuando ningún precepto en la Ley concursal fundamenta tal interpretación ni aún de forma implícita.

## **B.- Los estados de insolvencia**

En su Exposición de Motivos, la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, afirma la unidad del presupuesto objetivo del concurso, consecuencia y corolario del proclamado principio de unidad de procedimiento, (E de M II, párrafo sexto, LC). No obstante, la propia Exposición de Motivos matiza, al señalar que la unidad del presupuesto objetivo es “flexible” en cuanto “[...] opera de manera distinta según se trate de concurso necesario o voluntario.” (E de M II, párrafo sexto, LC). En este sentido, la Ley no ofrece un único concepto de “insolvencia” sino tres: un “estado de insolvencia actual”, un “estado de insolvencia inminente” y un “estado de insolvencia agravada”. ROJO entiende que en realidad no nos encontramos ante un único presupuesto objetivo operando de forma flexible, sino ante tres

---

<sup>69</sup> Juzgado de lo Mercantil N.º 1 de Madrid, Auto de 13 Oct. 2006, *ibid.*.FD 1º.5

genuinamente distintos presupuestos objetivos <sup>70</sup>. Compartimos en un todo esta posición. Como se verá, es difícilmente conciliable la noción de un presupuesto único con los diferentes hechos reveladores que permiten fundar la declaración de concurso necesario que operan con independencia de la verificación o no del estado de insolvencia en el caso de allanamiento del deudor. Es especialmente difícil sostener tal unidad cuando, constatada la existencia del hecho manifestativo de insolvencia del artículo 2.4, párrafo primero, se debe declarar el concurso, no ya sin proceder el juez a examinar si el deudor se encuentra efectivamente imposibilitado de cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles, sino incluso *inaudita parte debitoris*. Del mismo modo, difiere sustancialmente el juicio probabilístico en que se basa la solicitud de concurso inminente del presupuesto objetivo del artículo 2.2 de la Ley. Lo anterior, unido al carácter de taxatividad (para legitimados distintos del deudor) o no (para el deudor) de los hechos reveladores recogidos por la Ley en su artículo 2.4, hace difícilmente sostenible la declaración contenida en la Exposición de Motivos de la Ley en lo relativo a la unidad del presupuesto objetivo. No es lo mismo la insolvencia actual, la inminente y la cualificada. En caso de concurso voluntario, el juez deberá analizar la existencia de la insolvencia actual o, en su caso, la verosimilitud de la probabilidad de un estado de insolvencia en un futuro cercano (insolvencia inminente). Además, en este último caso, la insolvencia que se prevé sufrir en un futuro próximo, no coincide con el concepto de insolvencia actual ya que si este último es conceptualizado como la imposibilidad de cumplir regularmente con las obligaciones exigibles, en la hipótesis de la insolvencia inminente lo que es necesario prever es específicamente, la imposibilidad de cumplir regular y *puntualmente* con tales obligaciones. En el caso de concurso necesario, lo que debe probarse es la ocurrencia de alguno de los hechos reveladores de insolvencia cualificada. No oponiéndose el deudor a la pretensión de quien insta su concurso, el juez deberá de forma inmediata (no automática) declarar el concurso. En tal caso, el hecho manifestativo

---

<sup>70</sup>ROJO, Á., “Presupuesto objetivo (art. 2)” en ROJO, Á., BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M. (Dir.), *Comentario de la Ley concursal*, vol. 1, 1ª edición, Editorial Civitas, Madrid, 2004, pp. 167 y 168.

alegado y probado opera como presupuesto objetivo, independientemente de la posibilidad o no de hacer frente a las obligaciones. Esto es más evidente aún, en el supuesto de la insolvencia que se funda en el título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resulten bienes libres bastantes para el pago (art. 2.4 párrafo primero, LC), en cuyo caso, el juez dictará auto de declaración de concurso *el primer día hábil siguiente inaudita parte debitoris* (art. 15.1, LC).

Por lo mencionado, la ley concursal más allá de declarar un presupuesto objetivo único, al flexibilizar el mismo en determinadas circunstancias, termina configurando nuevos presupuestos objetivos.

El estado de *insolvencia actual* se define en el artículo 2.2 de la Ley como aquel en que se encuentra el deudor “[...] *que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles*”, incapacidad que debe haberse manifestado a través de algún hecho revelador, ya sea en alguno de los contemplados en el artículo 2.4 de la Ley o en otros cualesquiera que evidencien la concurrencia del presupuesto objetivo (art. 18.2 párrafo 1º, LC). Sólo el deudor en estado de insolvencia actual está legitimado para instar su concurso.

La declaración de concurso fundada en el estado de *insolvencia agravada o cualificada*, por el contrario, es instada por los acreedores u otros legitimados distintos del deudor. Se diferencia de la insolvencia actual por la exigencia de que la solicitud de declaración de concurso (necesario) se funda en alguno de los supuestos de insolvencia cualificada que, con carácter taxativo, se relacionan en el artículo 2.4 de la Ley (art. 7.1, LC). Dichos supuestos tienen en común la especial entidad del deterioro de la capacidad de pago del deudor: la existencia de un título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago (art. 2.4 LC); el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor (art. 2.4, 1º, LC); la existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor (art. 2.4, 2º, LC); el

alzamiento o la liquidación apresurada o ruinoso de sus bienes por el deudor (art. 2.4, 3º, LC); y el incumplimiento generalizado de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso, las de pago de cuotas de la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período, o las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades (art. 2.4, 4º, LC).

Por último, el artículo 2.3 de la Ley define un estado de *insolvencia inminente*, para cuya solicitud se legitima únicamente al deudor que insta su propio concurso. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones. El presupuesto objetivo aquí no refiere, a diferencia del que se configura en los estados de insolvencia actual y agravada, a insolvencia manifestada a través de la verificación del incumplimiento o cumplimiento irregular de obligaciones exigibles, sino a la razonabilidad de la probable imposibilidad de cumplimiento futuro de sus obligaciones por el deudor.

La propia Exposición de Motivos de la Ley indica cómo la flexibilidad del presupuesto objetivo trata de “[...] *combinar las garantías del deudor con la conveniencia de adelantar en el tiempo la declaración de concurso, a fin de evitar que el deterioro del estado patrimonial impida o dificulte las soluciones más adecuadas para satisfacer a los acreedores*” [E de M, II párrafo noveno, LC]<sup>71</sup>. Los

---

<sup>71</sup> La valoración de la definición de presupuesto objetivo que ofrece el legislador no es pacífica en la doctrina. ROJO, Á., señala el pobre resultado alcanzado al tratar de conciliar objetivos de política legislativa contrapuestos, dando lugar a “[...] *un sistema incoherente e ineficiente*”. ROJO, Á., “Presupuesto objetivo”, *op. cit.*, p. 166. Diferentemente, OLIVENCIA, M., si bien no niega las “[...] *dificultades en la solicitud de declaración de concursos necesarios, demora en las de concursos voluntarios o tardanza en los trámites previos a la declaración*”, achaca la responsabilidad, no a la ley, sino a los deudores que aún “[...] *no han asimilado la «nueva cultura del concurso»*”, a los acreedores “[...] *que procuran evitar las provisiones exigidas en caso del concurso del deudor*”, al supervisor o al “[...]”

acreedores legitimados para solicitar el concurso, solo podrán hacerlo cuando la incapacidad de su deudor para cumplir regularmente sus obligaciones exigibles se haya producido y manifestado por medio de hechos reveladores de un deterioro patrimonial difícilmente

---

*colapso de los juzgados*". OLIVENCIA, M., "El presupuesto objetivo", *op.cit.*, p. 91.

No parece sencillo evaluar la eficacia de la opción legislativa seguida por el legislador, al menos en términos de su contribución a la consecución del fin explicitado en la Exposición de Motivos de la Ley: "[...] evitar que el deterioro del estado patrimonial impida o dificulte las soluciones más adecuadas para satisfacer a los acreedores" (E de M II, párrafo noveno); mucho menos en el convulso escenario de crisis económica por el que la economía española atraviesa durante los últimos años. Son, por supuesto, entendibles las reticencias del legislador. Pese a la voluntad declarada de despojar de su carácter represivo a la insolvencia mercantil (E de M II, párrafo 3º), lo cierto es que la declaración de concurso continuaría siendo generalmente percibida como un estigma (Tal como la propia Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. reconoce en su preámbulo). Sin embargo, la restricción desproporcionada de los supuestos manifestativos de estado de insolvencia en el caso del concurso necesario, no hace, en última instancia, sino reforzar el prejuicio corroborándolo. La detección y tratamiento temprano de la insolvencia suele tenerse como condición para la eficaz preservación de los emprendimientos viables y la necesaria protección de las legítimas expectativas de los acreedores de ver satisfechos sus créditos. No se puede pedir a proveedores, clientes y acreedores en general, que confíen en el buen fin del procedimiento concursal, cuando la experiencia refuta esa expectativa en un porcentaje muy elevado de los casos.

Los concursos voluntarios declarados anualmente en España, desde la entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio, vienen representando una abrumadora mayoría. Si durante los primeros años de vigencia de la Ley (2005 a 2007), el porcentaje de concursos voluntarios rondaba el 85%, desde 2008 hasta enero de 2015, éste osciló entre el 93% y el 97%. Instituto Nacional de Estadística, Estadística del Procedimiento Concursal, <http://www.ine.es>, consultada el 05/02/2015. Empero, ello no se ha traducido en una tendencia consolidada de mejora en el estado patrimonial de los deudores al momento de declarar su concurso. "En 2013 un 62,61% de las empresas que iniciaron el concurso no generaron recursos positivos [mientras que] en 2007 más del 50% no tenía capacidad para generar flujos positivos de recursos, cifra que en 2008 se redujo a cerca del 40%, descendiendo en 2009 al 30%, para luego ascender al 51,1% en 2010, al 55,84% en 2011, y al 56,9% en 2012.". vAN HEMMEN ALMAZOR, E., *Estadística concursal. Anuario 2013*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España, Madrid, 2014, p. 5.

conciliable con el principal (aunque, ciertamente, no único) interés presente en el concurso: la satisfacción de la legítima expectativa de los acreedores de ver satisfechos sus créditos en la mayor cuantía y en el menor tiempo posibles. Para disminuir o mitigar el sesgo garantista del procedimiento, la Ley trata de estimular la solicitud de concurso voluntario (E de M II, párrafo noveno), ya sea mediante incentivos como la posibilidad de que el juez señale un régimen más benigno de limitación del ejercicio de las facultades patrimoniales del deudor (art. 40.1, LC), ya sea a través de la imposición al deudor de la carga de solicitar su concurso desde que tuvo o debió tener conocimiento de su estado de insolvencia, aparejando a su incumplimiento determinadas consecuencias negativas como, por ejemplo, la presunción, en sede de calificación, de la existencia de dolo o culpa grave del deudor en la generación o agravamiento del estado de insolvencia (art. 165.1º LC en relación con el art. 164.1 LC). Por la misma razón, se trata en la Ley de evitar que el deudor solvente se valga del procedimiento concursal como un medio para retrasar el pago de sus deudas u obtener ventajas ilegítimas de sus acreedores. La solicitud de concurso del deudor no implica su automática declaración. Ni siquiera supone una presunción de insolvencia que sirva para invertir el principio general probatorio. Quien alega la propia incapacidad para cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles o prevé será incapaz de cumplir regular y puntualmente en el futuro, deberá probarlo (art. 2.3, LC).

El estudio del presupuesto objetivo del concurso de acreedores requiere, por lo ya expuesto, del análisis de los diferentes supuestos de insolvencia que la Ley contempla.

## **a.- El presupuesto objetivo del concurso voluntario: La insolvencia actual e inminente**

### **1.- La insolvencia actual**

El deudor que insta su declaración de concurso deberá justificar “su endeudamiento y estado de insolvencia” (art. 2.3, inciso 1º, LC)

acreditando los hechos que evidencian su incapacidad para cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. Estos hechos podrán ser los que la nómina de supuestos presuntivos del artículo 2.4 de la Ley menciona o cualesquiera otros. Sin embargo, cuando el concurso del deudor es instado por sus acreedores u otros legitimados, la declaración únicamente podrá solicitarse alegando alguna de las presunciones de *insolvencia agravada* contenidas en el artículo 2.4 de la Ley, presunciones que, tan solo cuando la solicitud de concurso es instada por legitimado distinto del deudor, tienen carácter taxativo.

Como se mencionó, en *estado de insolvencia actual* se encuentra el deudor “[...] que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles” (art. 2.2 LC). Por más que pueda resultar obvio, conviene señalar que es insolvente el deudor que no puede cumplir, no el que pudiendo cumplir no lo hace, independientemente de la razón, ya sea por falta de voluntad o porque discrepe respecto de la exigibilidad de la obligación o por cualquier otro motivo.

La Ley contempla la insolvencia como un *estado*. Debe, por tanto, tratarse de una situación dotada de una cierta permanencia temporal. No es insolvente quien, debido a circunstancias puntuales, no puede pagar en un momento dado sus obligaciones exigibles pero dispone de bienes o crédito que le permitirán hacerlo en un corto lapso. Empero, ningún precepto de la norma permite identificar una referencia temporal que distinga la transitoria iliquidez de la definitiva insolvencia, debiendo ser el juez que conozca de la solicitud de concurso quien lo determine atendiendo a las circunstancias del caso concreto<sup>72</sup>. Además, si se compara la definición de insolvencia inminente (art. 2.3, LC) con la insolvencia actual (art. 2.2, LC) se observará como la mención al cumplimiento *puntual* de las

---

<sup>72</sup> En este sentido, ROJO, Á., sugiere como criterio orientador un retraso superior a tres meses, tomando como referencia “[...] el único periodo temporal al que ha recurrido el legislador [...]”: el señalado en relación al hecho manifestativo de insolvencia recogido en el artículo 2.2.4º de la Ley que refiere al incumplimiento por un periodo mayor de tres meses de “determinados créditos públicos o sociales”. ROJO, Á., “Presupuesto objetivo”, *op. cit.*, p. 173.



obligaciones que se señala en la primera, falta en esta última. Ello ha conducido a la doctrina a debatir si puede verificarse el supuesto fáctico del estado de insolvencia actual cuando el deudor es sistemáticamente incapaz de cumplir con sus obligaciones sin retrasarse en el pago<sup>73</sup>. No encontramos razón que justifique que mientras en la insolvencia inminente se califica el cumplimiento como regular y puntual (art. 2.3 LC), en la insolvencia actual solo se contempla el cumplimiento regular (art. 2.2, LC). Sería posible comprender que el legislador optara por otorgar un amplio margen al juez que conoce de la solicitud del concurso para valorar la existencia y gravedad del retraso en el cumplimiento de las obligaciones por el deudor y estimar si dicho retraso es uno transitorio o definitivo en función de las circunstancias concretas. Pero, ¿por qué en un caso sí y no en ambos? ¿Existe alguna razón o aspecto que obligue a considerar un supuesto fáctico disímil en la insolvencia inminente y en la actual? Entendemos que no. Estando solo legitimado (y no obligado) el deudor para solicitar su concurso en caso de insolvencia inminente, se puede excluir, sin género de dudas, una motivación garantista. Si lo que se pretende es adelantar la solicitud de concurso de forma que el deterioro patrimonial del deudor sea el menor posible, no parece coherente configurar un supuesto de insolvencia menos riguroso para el deudor que ya incumplió que para aquel que probablemente lo haga

---

<sup>73</sup> GONZÁLEZ NAVARRO, B., entiende que la deliberada omisión del término “puntual” en la definición del estado de insolvencia actual permite precisamente excluir la extensión del régimen concursal a supuestos de mera insolvencia. Para dicho autor, el retraso en el cumplimiento es una señal “[...] de que algo falla en la empresa, y de que es preciso intervenir, pero no necesariamente mediante un proceso concursal”. De todos modos, no alude a la razón por la cual sí se contempla la puntualidad dentro de la definición del estado de insolvencia anticipada. GONZÁLEZ NAVARRO, B., “Los presupuestos del Concurso”, en *Diario La Ley*, No 6250, Sección Doctrina, 11 de Mayo 2005, p. 13. ROJO, A., por su parte, rechaza que la mera ausencia de la referencia a la “puntualidad” suponga que no pueda ser calificado de insolvente el deudor que no puede cumplir en tiempo sus obligaciones. De lo contrario, señala el jurista, ese deudor no podría presentarse a concurso por no encontrarse en estado de insolvencia inminente, dado que ya incumplió, ni en estado de insolvencia actual pues el retraso no se consideraría incumplimiento. ROJO, A., “Presupuesto objetivo”, *op. cit.*, p. 173.

en el futuro. Sin embargo, por más paradójico que ello resulte, *de lege lata*, la normativa vigente no parece dejar mucho lugar a la discusión ya que el texto legal (art. 2.3 *in fine*, LC) hace referencia expresa a que el estado de insolvencia inminente se encuentra cuando el deudor “prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones”, y no, cuando el deudor prevea que no podrá cumplir regular o puntualmente sus obligaciones. Los retrasos, esporádicos o sistemáticos, no excluyen el cumplimiento regular. En el caso de la insolvencia inminente, el deudor deberá prever su incapacidad de cumplir regular y *puntualmente* con sus obligaciones a medida que éstas sean exigibles. En nuestra opinión, no bastará ser probable la imposibilidad futura de cumplir si probablemente se pueda cumplir con retraso y de forma regular. Tampoco alcanzará a configurarse el presupuesto objetivo en la hipótesis de la insolvencia inminente, si fuere previsible el poder cumplir de forma irregular pero en tiempo. Solo cuando el deudor pueda acreditar la razonabilidad de la previsión de la incapacidad de cumplimiento por medios regulares y (acumulativamente) de forma puntual, podrá instar su concurso<sup>74</sup>.

El legislador desvincula el presupuesto objetivo del concurso, de la verificación de un desequilibrio en la relación de activos y pasivos del patrimonio del deudor<sup>75</sup>. El acento en materia concursal se sitúa en la posibilidad de cumplimiento de obligaciones exigibles y no en el estado patrimonial del deudor. Tan insolvente es quien carece de bienes con que pagar a sus acreedores como el deudor cuyo patrimonio está integrado por activos de incuestionable valor pero

---

<sup>74</sup> En el mismo sentido, OLIVENCIA, M., “El presupuesto objetivo”, *op. cit.*, p. 83. También el Auto del Juzgado de lo Mercantil N.º 7 de Madrid de 22 de marzo de 2012 (Juzgado de lo Mercantil N.º 7 de Madrid, Auto N.º 107/2012 de 22 de marzo, Id Cendoj: 28079470072012200001, FD 3º). En contra, señalando el carácter alternativo de los requisitos, Juzgado de lo Mercantil N.º 2 de Bilbao, Auto de 17 de marzo de 2006, ref. LA LEY 497/2006, FD 3º y Juzgado de lo Mercantil N.º 5 de Madrid, Auto de 8 de septiembre de 2008, Id. CENDOJ 28079470052008200002, RJ. 3º.

<sup>75</sup> Tribunal Supremo, Sala 1, Sentencia N.º 1368/2014 de 1 de abril de 2014, Id CENDOJ: 28079110012014100165, FD, 13º.

difícilmente realizables, o realizables a un ritmo que no permite el pago regular de las obligaciones a medida en que éstas devienen exigibles o, permitiéndolo su liquidación, supone condiciones tan gravosas que aun siendo posible la satisfacción de algunas obligaciones exigibles, excluye la satisfacción de todas ellas. Téngase además en cuenta que determinados elementos del balance pueden, debido a un error o simplemente como consecuencia de la aplicación de criterios de prudencia, haber sido contabilizados por un importe inferior al de su valor real, de forma tal que ante un significativo aumento del gasto, la cuenta de resultados arroje fuertes pérdidas sin que ello implique la insolvencia del deudor. Por otra parte, conviene recordar que mientras las obligaciones cuyo incumplimiento es relevante para la definición del supuesto de insolvencia actual o agravada son las exigibles, la contabilidad emplea el diferente criterio del devengo, registrándose dichas obligaciones desde el momento en que se contraen, independientemente de su vencimiento, siendo así que el patrimonio neto “no tiene porqué ser equiparable a su valor razonable”<sup>76</sup>. Bastará que sea imposible cumplir, sin importar si ello trae por causa la inexistencia de un activo suficiente o la falta de acceso al crédito<sup>77</sup>.

La solicitud de concurso voluntario fundado en insolvencia actual demandará del deudor que alegue y fundamente tanto su estado de insolvencia como la materialización del mismo hacia terceros a través de un hecho manifestativo<sup>78</sup>, ya sea “[...] alguno de los [...] previstos en el apartado 4 del artículo 2, u otros que acrediten la insolvencia alegada por el deudor” (art. 14.1, LC). La Ley, de todos modos, no se limita a exigir del deudor que insta su concurso la

---

<sup>76</sup> MARTÍN A., SACRISTÁN BERGIA F. y MUÑOZ GARCÍA, A. “La relación entre el concurso y la situación de pérdidas patrimoniales graves como causa disolutiva en la sociedad anónima”, en *Diario La Ley*, N.º 6610, Sección Doctrina, 15 Dic. 2006, Año XXVII, Ref. D-272, Editorial LA LEY LA LEY 4327/2006.

<sup>77</sup> ROJO, Á., “Presupuesto objetivo”, *op. cit.*, p. 170.

<sup>78</sup> ROJO, Á., “Presupuesto objetivo”, *op. cit.*, p. 175.

acreditación de su estado de insolvencia, sino que exige también “*justificar su endeudamiento*” (art. 2.3, LC).

Es tan insolvente quien no paga como quien no puede pagar regularmente. En este sentido, la Ley concursal no ofrece un concepto de pago *regular*. En la doctrina se ha señalado la mención al cumplimiento regular como una excepción a la regla general que exige el incumplimiento de obligaciones para la apreciación del estado de insolvencia actual, equiparando a aquél el cumplimiento por medios anormales<sup>79</sup>. Se cita como ejemplo el supuesto definido en el hecho manifestativo de insolvencia cualificada que recoge el último inciso del artículo 2.4.3º de la Ley: “la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor”<sup>80</sup>. El cumplimiento irregular es aquel que sólo permite cumplir con una o algunas de las obligaciones exigibles a costa de excluir la posibilidad del cumplimiento del resto.

## **2.- La insolvencia inminente**

La Ley concursal, por otra parte, permite al deudor, y solo a éste, solicitar su propio concurso también cuando se encuentre en estado de “insolvencia inminente” (art. 2.3, LC, inciso 1º). Este estado se verifica cuando el deudor “[...] *prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones*”. La concurrencia del presupuesto objetivo, en el caso de la insolvencia inminente, se produce, no ya mediante la acreditación de alguna manifestación del incumplimiento de las obligaciones del deudor (pues dicho incumplimiento aún no se constata y mal puede haberse exteriorizado), sino a través de la prueba de la objetiva razonabilidad de la estimación del deudor de que tal hecho pueda darse en un futuro cercano. Ni siquiera el incumplimiento que se pronostica como probable, en el caso de la insolvencia inminente, coincide con el que

---

<sup>79</sup> Se mencionan como medios irregulares de pago en la jurisprudencia “*la venta apresurada de activos*” (Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sentencia 14/2015 de 22 de enero, Id Cendoj: 07040370052015100026, FD 4º).

<sup>80</sup> ROJO, Á., “Presupuesto objetivo”, *op. cit.*, p. 172.

constituye el presupuesto básico de la insolvencia actual. En ésta última, el deudor debe ser incapaz de cumplir *regularmente* sus obligaciones exigibles, mientras que en el caso de la insolvencia inminente, el deudor debe prever como probable el incumplimiento *regular y puntual* de sus obligaciones.

En relación con el concurso voluntario solicitado por el deudor en estado de insolvencia inminente, surge la cuestión de la admisibilidad a trámite de la solicitud que, fundada en la insolvencia inminente, en realidad acredita un estado de insolvencia actual y, más en concreto, la posibilidad de su subsanación de acuerdo con lo previsto por el artículo 13.2 de la Ley. Más allá de acreditar un estado de insolvencia (actual), al ser fundada la solicitud en la insistencia de insolvencia inminente, el juez actuante no podría, en nuestra opinión, admitir a trámite la solicitud. Empero, la importancia práctica del rechazo es muy limitada, ya que nada impide al deudor presentarse inmediatamente fundando de forma correcta su solicitud.

#### **b.- El presupuesto objetivo del concurso necesario: La insolvencia cualificada**

Cuando la solicitud del concurso la realiza cualquier legitimado distinto del deudor<sup>81</sup>, éste deberá fundarla en el título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago, o en alguno de los supuestos manifestativos de insolvencia previstos en el artículo 2.4 de la Ley y

---

<sup>81</sup> La Ley menciona únicamente al acreedor (art. 2.4, LC), no obstante cabe entender dicha mención extensible a los demás legitimados distintos del deudor. La omisión de la norma es aclarada en la propia Exposición de Motivos al señalar que “*Los legitimados para solicitar el concurso del deudor (sus acreedores y, si se trata de una persona jurídica, quienes respondan personalmente de sus deudas) han de basarse en alguno de los hechos que como presuntos reveladores de la insolvencia enuncia la ley: desde la ejecución singular infructuosa hasta el sobreseimiento, general o sectorial, según afecte al conjunto de las obligaciones o a alguna de las clases que la ley considera especialmente sensibles en el pasivo del deudor; entre otros hechos tasados*” (Ver. ROJO, Á., “Presupuesto objetivo”, *op. cit.*, p. 180).

que la Exposición de Motivos denomina “presuntos reveladores de la insolvencia” (E de M II, párrafo 6º, LC).

La alegación y acreditación de uno o varios de los hechos presuntivos constituye presupuesto de admisibilidad a trámite de la solicitud (art. 15.2, LC). En su redacción original, la Ley concursal no atribuía a ninguno de los supuestos de hecho del artículo 2.4 *eficacia presuntiva* para la declaración del concurso. Sin embargo, a raíz de la reforma operada mediante la Ley 38/2011, es distinto el tratamiento procesal de la solicitud de concurso necesario fundada en título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resulten bienes libres bastantes para el pago (art. 2.4, LC), de la que se basa en alguno de los otros motivos contemplados en los ordinales primero a cuarto del mismo artículo. Este hecho manifestativo genera una presunción de insolvencia al que la Ley atribuye una mayor verosimilitud que al resto, evidenciándose lo anterior en el mandato, dirigido al juez que conoce de la solicitud, de dictar “*auto de declaración de concurso el primer día hábil siguiente [al de la presentación de la demanda]*” (art. 15.1, inciso primero, LC) *inaudita parte debitoris*. Al deudor y otros interesados opuestos al auto de declaración la Ley (art. 15.1 inciso segundo, LC) les concede recurso de apelación que solo tendrá efectos suspensivos con carácter excepcional (art. 20.2, LC)<sup>82</sup>.

En el resto de casos, el juez deberá dictar auto, admitiendo a trámite la solicitud y emplazando al deudor a comparecer en el plazo de cinco días, pudiendo éste formular oposición a la misma, proponiendo los medios de prueba de que intente valerse (art. 15.2, LC) y basando su oposición, tanto en la inexistencia del hecho en que

---

<sup>82</sup> El artículo 15.1 no introduce, pese a ello, una presunción *iuris et de iure* de insolvencia. Entendemos que, pese a no mencionarlo la Ley de forma expresa, una interpretación integradora de sus artículos 15, 18.2 y 20, permiten que el recurso de apelación contra el auto que declara el concurso necesario por concurrir el primero de los supuestos del artículo 2.4, pueda fundarse no sólo en la refutación del hecho presuntivo en sí, sino también en la inexistencia de estado de insolvencia actual y en la no concurrencia del requisito de pluralidad de acreedores.

se fundamenta la solicitud como en que, aun existiendo, no se encuentra en estado de insolvencia. En este último caso, incumbirá al deudor la prueba de su solvencia y, si estuviera obligado legalmente a llevar contabilidad, esta prueba habrá de basarse en los libros y documentos contables que estuviese obligado a llevar conforme a derecho (art. 18.2, LC).

Cuando en la solicitud de declaración de concurso solo se alegan una o varias de las manifestaciones de insolvencia contempladas en los numerales 1 a 4 del artículo 2.4 de la Ley, los efectos varían radicalmente en función de la actitud procesal que adopte el deudor. Si éste se allana, no formula oposición en plazo a la pretensión del legitimado instante o, tras la solicitud de su concurso por persona legitimada y antes de ser emplazado, insta su propio concurso, el juez deberá dictar auto de declaración del concurso (art. 18.1, LC). Se prevé idéntica consecuencia cuando el deudor, tras formular oposición en plazo, no comparece a la vista convocada por el juez (art. 19.2, párrafo primero, inciso primero, LC)<sup>83</sup>.

---

<sup>83</sup> La declaración automática del concurso necesario en el supuesto presuntivo del párrafo primero del artículo 2.4, y en todos los casos de allanamiento - o conductas equivalentes - del deudor, sin que el juez pueda apreciar la efectiva concurrencia o no del estado de insolvencia, es incoherente con el principio de unidad del presupuesto objetivo del concurso. Se aparta así la Ley del llamado modelo anglosajón, basado en una situación económica objetiva única como es la insolvencia, y se aproxima al modelo francés en el que la declaración de concurso se vincula a la verificación de hechos externos. (Ver PULGAR EZQUERRA, J., “La declaración del...”, *op. cit.*, p. 402). La necesidad de acelerar la declaración no debería excluir el examen de oficio por el juez de la existencia del estado de insolvencia en el concurso necesario por la misma exigencia de seguridad jurídica por la que la Ley no excluye dicho examen en la solicitud del concurso voluntario (art. 2.3, LC). ROJO, sin embargo, matiza que, si bien el presupuesto objetivo se consideraría probado por el solicitante tras producido el allanamiento - o conducta equiparable - del deudor, la declaración del concurso será *inmediata* pero no *automática*, debiendo el juez examinar de oficio la existencia del presupuesto subjetivo y la legitimación del instante, así como si de la solicitud presentada se deduce la adquisición *inter vivos* ya título singular del crédito en que se fundamenta, ya vencido, durante los seis meses anteriores a la presentación de la solicitud. Del mismo modo, el autor no encuentra obstáculos para que el juez dicte

Considerando sobre todo el diferente tratamiento procesal que la Ley otorga, por un lado, a la solicitud fundada en título por el que se haya despachado ejecución o apremio de los que resultase un embargo infructuoso y, por otro, a los demás supuestos presuntivos de insolvencia (art. 2.4, 1º a 4º), cabe preguntarse acerca de las consecuencias de que el legitimado instante funde su solicitud en un embargo infructuoso y, al mismo tiempo, en otro u otros hechos presuntivos. En nuestra opinión, acreditada la primera, deberá declararse el concurso de forma inmediata. En caso de que el deudor no comparta la declaración de concurso, deberá al recurrir presentar conjuntamente las argumentaciones y medios probatorios que rechacen todos los hechos presuntivos en los que se fundó la petición de concurso del acreedor o, el hecho mismo de su estado de insolvencia.

### **1.- Hechos reveladores: El embargo infructuoso**

El primero de los hechos reveladores de insolvencia en los que la Ley exige se base la declaración de concurso necesario figura en el primer párrafo del artículo 2.4: *“Si la solicitud de declaración de concurso la presenta un acreedor, deberá fundarla en título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago”*.

---

auto desestimatorio cuando compruebe que “[...] el allanamiento o las conductas afines se han realizado en fraude de ley”. ROJO, Á., “Presupuesto objetivo”, *op. cit.*, p. 182. En el mismo sentido, CALDERÓN entiende que no procederá la admisión a trámite cuando el juez aprecie “[...] el incumplimiento de los requisitos subjetivos que han de concurrir en la persona del deudor: capacidad para ser parte, procesal, legitimación o de postulación [o cuando estime] vulnerados los límites objetivos legalmente establecidos: el allanamiento va en contra del interés público, perjudica a terceros o se realiza en fraude de ley”, CALDERÓN CUADRADO, M. P., “Perspectiva procesal del concurso necesario (Tres cuestiones en torno a su tramitación)”, en *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, N.º 11, 2004, pp. 35-52. Referencia <http://www.tirantonline.com> TOL446.294, consultada el 24/03/2015.



Podrá ser el título tanto judicial como extrajudicial pero, necesariamente ejecutivo<sup>84</sup>. La Ley de Enjuiciamiento Civil relaciona en su artículo 517.2 los títulos que revisten tal cualidad: La sentencia de condena firme (art. 517.2.1º, LEC); laudos o resoluciones arbitrales y acuerdos de mediación elevados a escritura pública (arts. 517.2.2º, LEC y 25.1, Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.); resoluciones judiciales que aprueben u homologuen transacciones judiciales y acuerdos logrados en el proceso (art. 517.2.3º, LEC); escrituras públicas, con determinados requisitos (art. 517.2.4º, LEC); pólizas de contratos mercantiles firmadas por las partes y por corredor de comercio colegiado (art. 517.2.5º, LEC); títulos al portador o nominativos, legítimamente emitidos, que representen obligaciones vencidas y los cupones, también vencidos, de dichos títulos (art. 517.2.6º, LEC); certificados no caducados de valores representados mediante anotaciones en cuenta cuando se acompañen de copia de la escritura pública de representación de los valores o, en su caso, de la emisión (arts. 517.2.7º LEC y 12 Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores); autos que establezcan la cantidad máxima reclamable en concepto de indemnización, dictados en casos de rebeldía del acusado o de sentencia absolutoria o sobreseimiento en procesos penales incoados por hechos cubiertos por el Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil derivada del uso y circulación de vehículos de motor (art. 517.2.8º LEC). Por último, la Ley de Enjuiciamiento refiere a *“las demás resoluciones procesales y documentos que, por disposición de esta u otra ley, lleven aparejada ejecución”* (art. 517.2.9º LEC). El título normalmente corresponderá al propio acreedor instante, pero igualmente podrá fundar la solicitud de legitimado distinto de aquel.

---

<sup>84</sup> ROJO, Á., “Presupuesto objetivo”, *ibid.*, p. 183; AZNAR GINER, E., “El presupuesto objetivo. Hechos externos acreditativos de la insolvencia (IV)”, en *El procedimiento de declaración del concurso necesario del deudor. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 85-144, Referencia <http://www.tirantonline.com>, TOL1.869.059, consultada el 24/03/2015.

Del título ejecutivo deberá haberse despachado orden general de *ejecución* (art. 551.1, LC) o *apremio*, como resultado de la demanda ejecutiva (art. 549.1, LC) o simple solicitud (art. 549.2 y 3, LC) presentada a instancia de parte (art. 549.1, LC) que reúnan los presupuestos y requisitos procesales y siempre que el título ejecutivo no adolezca de ninguna irregularidad formal y los actos de ejecución que se solicitan sean conformes con la naturaleza y contenido del mismo (art. 551.1, LC). Cumple igualmente el requisito, el acto administrativo que, previo apercibimiento (art. 95, LRJAPPAC), se trató infructuosamente de ejecutar forzosamente por los órganos de las Administraciones Públicas mediante apremio sobre el patrimonio del administrado (art. 97.1, LRJAPPAC) por no resultar bienes libres suficientes. Sirve para fundar la solicitud de concurso necesario la orden general de ejecución o apremio dictada en ejecución ordinaria, provisional (art. 524, LC); o como medida cautelar (art. 727, 1ª, LC)<sup>85</sup>.

Se requiere por último, que la traba del embargo resultado de la ejecución forzosa haya resultado infructuosa, no resultando bienes libres en la cuantía suficiente para el pago. La jurisprudencia ha entendido no ser necesario que se haya ultimado el apremio<sup>86</sup>, bastando el mero despacho de ejecución y que del embargo no resulten bienes libres bastantes para el pago. Sí, será preciso en todo caso, que se acredite dicha inexistencia de bienes libres suficientes<sup>87</sup>.

## **2.- Hechos reveladores: El sobreseimiento general de obligaciones**

El segundo de los hechos reveladores de la insolvencia del deudor es el que recoge la Ley en su artículo 2.4. 1º: el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones.

---

<sup>85</sup> ROJO, Á., “Presupuesto objetivo”, *op. cit.*, pp. 183 y 184.

<sup>86</sup> Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, Auto 106/2008, de 27 de marzo, Id Cendoj: 28079370282008200086. FD 5º.

<sup>87</sup> Juzgado de lo Mercantil N.º 3 de Vigo, Auto de 18 de julio de 2011, Id Cendoj: 36057470032011200003, FD 3º.

“Sobreseimiento” supone el impago de las obligaciones. La jurisprudencia ha interpretado que este impago “[...] *debe ser actual y generalizado, lo que no equivale a esporádico, simple o aislado, sino a definitivo, general y completo*”<sup>88</sup>. No obstante ROJO, en opinión que compartimos, matiza el alcance de la jurisprudencia elaborada sobre la base del derogado artículo 874 del Código de Comercio. Para el autor es indiferente, a la hora de considerar la concurrencia del hecho manifestativo el carácter definitivo o no del impago generalizado. Constatado el sobreseimiento general, corresponderá al deudor acreditar su solvencia<sup>89</sup>.

El carácter *general* del sobreseimiento, requiere interrelacionar las obligaciones incumplidas por el deudor con el total de las contraídas, ponderando, al mismo tiempo, su relevancia o importe. Por ello, la cabal calificación como *general* del incumplimiento precisaría, en puridad, conocer el listado completo de acreedores y el patrimonio de la persona cuyo concurso se solicita. No obstante, la falta de acceso a los registros contables del deudor, en el caso de la solicitud de concurso necesario, tornaría inoperable este supuesto manifestativo si al solicitante se le requiriese acreditar el concreto volumen de incumplimientos respecto del total de las obligaciones exigibles asumidas por el deudor al tiempo de instar su concurso. De lo anterior, se sigue que el legitimado instante de concurso necesario deberá probar incumplimientos de un volumen y relevancia suficientes, como para que el juez de la causa pueda advertir indicios bastantes, de que el sobreseimiento general se ha efectivamente producido. Será, por el contrario, sencillo para el deudor, presentar los elementos probatorios

---

<sup>88</sup> Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, Auto 26/2008, de 11 de febrero, Id Cendoj: 36038370012008200010 RJ 2 y Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, Auto 38/2006, de 27 de enero, Id Cendoj: 08019370152006200299; FJ 3º, citando STS de 27 de febrero de 1965; Juzgado de lo Mercantil N.º 1 de Cádiz, Auto de 15 de abril de 2011, Id Cendoj: 11012470012011200010, FD 4º, citando SSTS 29 diciembre 1927, 12 julio 1940, 12 marzo 1986 y 7 octubre 1989.

<sup>89</sup> ROJO, Á., “Presupuesto objetivo”, *op. cit.*, pp. 187 y 188.

que permitan refutar los incumplimientos alegados o, alternativamente, su estado de insolvencia (art. 18.2, LC).

La jurisprudencia ha interpretado el requisito de impago generalizado también referido a la regularidad o habitualidad de las obligaciones incumplidas<sup>90</sup>. No se requiere para la concurrencia del supuesto que el incumplimiento sea total<sup>91</sup>. El incumplimiento de una obligación, sin importar su relevancia, no configura necesariamente el sobreseimiento general, sobre todo cuando al tiempo se atienden puntual y regularmente las obligaciones habituales<sup>92</sup>.

### **3.- Hechos reveladores: La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor**

Para la configuración del hecho presuntivo de insolvencia contemplado en el artículo 2.4.2º de la Ley concursal, el ordenamiento requiere la constatación de una pluralidad de embargos que recaigan sobre la generalidad de los bienes que integran el patrimonio del deudor. Si bien la Ley exige que, con anterioridad a la presentación de la solicitud, se hayan trabado una pluralidad de embargos, estos pueden haberse producido a instancia de un único acreedor ejecutante (que podrá coincidir con la persona que solicita el concurso del deudor o ser otro legitimado distinto) e incluso, en el marco de un único procedimiento ejecutivo<sup>93</sup>, siendo indiferente, en este caso, que los

---

<sup>90</sup> Juzgado de lo Mercantil N.º 3 de Vigo, Auto de 18 de julio de 2011, Id Cendoj: 36057470032011200003, FD 4.

<sup>91</sup> Juzgado de lo Mercantil N.º 1 de Cádiz, Auto de 15 de abril de 2011 Id Cendoj: 11012470012011200010, FD 3º.

<sup>92</sup> Juzgado de lo Mercantil N.º 3 de Vigo, Auto de 18 de julio de 2011, Id Cendoj: 36057470032011200003, FD 4; España, Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8ª, *op. cit.*, FJ 4º.

<sup>93</sup> ROJO, Á., “Presupuesto objetivo”, *op. cit.*, p. 186.

embargos hayan resultado infructuosos. Lo que sí se requiere es que los embargos tengan por origen deudas que “[...] *hayan alcanzado un cierto grado de fijeza y estabilidad*”<sup>94</sup>, debiendo por ello excluirse aquellos que tengan su fundamento en medidas preventivas.

Como se mencionó respecto del sobreseimiento, es el requisito de *generalidad* de la afectación del patrimonio del deudor el que genera mayores dificultades a la hora de fundar la solicitud de concurso necesario en la insolvencia manifestada en la existencia de embargos. De nuevo habrá que ponderar aquí, a la hora de apreciar si en el caso concreto se configuró o no el hecho presuntivo, el importe y relevancia de los embargos respecto del total del patrimonio del deudor, información a la que con mucha dificultad accederá el legitimado instante. El juez que conozca de la solicitud deberá valorar, la concretas circunstancias presentes y acreditados los embargos, admitirá a trámite la solicitud<sup>95</sup> y emplazará al deudor. Cuando éste se oponga a la pretensión del solicitante, podrá rebatir la existencia de embargos, admitirlos pero señalar que tienen su origen en una medida cautelar, argumentar que los mismos no afectan sino de forma parcial y menor a su patrimonio o, como en los demás hechos presuntivos del artículo 2.4, admitir su concurrencia pero acreditar pese a ello, no ser insolvente.

#### **4.- Hechos reveladores: El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor**

Bajo un mismo epígrafe, el numeral 3º del artículo 2.4 de la Ley concursal define dos distintos hechos presuntivos de insolvencia: el alzamiento de bienes y la liquidación apresurada y ruinosa.

La Ley concursal no ofrece un concepto de *alzamiento de bienes*. Tampoco el Derecho penal, en sede de insolvencias punibles,

---

<sup>94</sup> Juzgado de lo Mercantil N.º 2 de Madrid, Auto de 18 de marzo de 2008, Referencia LA LEY 8220/2008.

<sup>95</sup> Juzgado de lo Mercantil N.º 3 de Vigo, Auto de 18 de julio de 2011, *op. cit.*, FD 5.

define el alzamiento (art. 257.1, CP). La vigésimo segunda edición del Diccionario de la Real Academia incluye la voz “alzamiento de bienes” con el significado de “*desaparición u ocultación que de su fortuna hace el deudor para eludir el pago a sus acreedores*”, acepción que recoge y amplía la jurisprudencia mercantil: “[...] *por alzamiento ha de entenderse, en técnica jurídica civil, la desaparición o la ocultación de bienes por parte del deudor con la finalidad de frustrar los legítimos derechos de sus acreedores, mediante actos voluntarios, ya materiales ya jurídicos, ejecutados por el deudor o por terceros en su colaboración, por los que se ponga o se pueda poner a salvo tales bienes de posibles responsabilidades patrimoniales*”<sup>96</sup>.

Es preciso pues, en primer lugar, la verificación de un acto del deudor por el cual se oculten o se hagan desaparecer bienes que debieran haber servido como garantía del pago de las obligaciones contraídas por aquél. Tradicionalmente el alzamiento u ocultación de los bienes solía acompañar a la del deudor<sup>97</sup>. Tanto es así, que este supuesto (la fuga u ocultación del deudor) figuró en el Anteproyecto de Ley concursal como una manifestación presuntiva de insolvencia, desapareciendo del texto finalmente aprobado durante el trámite parlamentario<sup>98</sup>. Hoy día, el alzamiento y la ocultación puede darse acompañados o no de la fuga u ocultamiento del deudor, siendo tal circunstancia, a los efectos que nos ocupan – la declaración del concurso – irrelevante.

El *alzamiento* tipificado en el Código penal difiere del que contempla la Ley concursal como manifestación presuntiva de insolvencia y presunción *iuris et de iure* de calificación culpable del concurso. La conducta penalmente tipificada se configura como “[...]”

---

<sup>96</sup> Juzgado de lo Mercantil N.º 5 de Barcelona. Auto de 25 de junio de 2008. Id Cendoj: 08019470052008200001, RJ 2º.

<sup>97</sup> Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 2º, Sentencia 65/2015 de 12 de febrero, Id Cendoj: 33044370022015100052, FD 3º.

<sup>98</sup> OLIVENCIA, M., “El presupuesto objetivo”, *op. cit.*, p. 80.

*un delito de mera actividad o de riesgo que se consuma desde que se produce una situación de insolvencia, aun parcial de un deudor, provocada con el propósito en el sujeto agente de frustrar legítimas esperanzas de cobro de sus acreedores depositadas en los bienes inmuebles o muebles o derechos de contenido económico del deudor”*. Por el contrario, el *alzamiento* en tanto hecho presuntivo de insolvencia, además de requerir “*un acto imputable al deudor consistente en la desaparición u ocultación de bienes y derechos*”<sup>99</sup>, también precisa que tal conducta haya producido la efectiva desaparición u ocultamiento de bienes, a resultas de la cual, se haya lesionado (en forma total o parcial) el derecho de crédito de uno o más acreedores<sup>100</sup>. Ambas figuras, la civil y la penal, son independientes. El delito de alzamiento “[...] será perseguido aun cuando tras su comisión se iniciara una ejecución concursal” (art. 257.5, CP). Por su parte, la Ley concursal prevé en su artículo 189.1 que la “*incoación de procedimientos criminales relacionados con el concurso no provocará la suspensión de la tramitación de éste*”<sup>101</sup>.

Por último, para configurarse el hecho presuntivo de insolvencia, la ocultación o alzamiento de bienes ha de realizarla el

---

<sup>99</sup> ROJO, Á., “Presupuesto objetivo”, *op. cit.*, p. 192.

<sup>100</sup> Tribunal Supremo, Sala 2ª de lo Penal. Sentencia 5664/2013, de 28 de noviembre de 2013. Id. Cendoj: 28079120012013100876, FD 2º.

<sup>101</sup> La independencia de las calificaciones civil y penal no es sino consecuencia de sus diferentes presupuestos y consecuencias jurídicas. Así, “[...] cualquiera que sea la calificación civil, esta no acarrea por sí sola la penal, ni la penal se ve condicionada por el pronunciamiento civil [...]. En el orden de los principios puede afirmarse, aunque sea a un nivel general, que, mientras con la civil pretenden depurarse las responsabilidades del concursado sancionándole cuando su conducta afecte a la seguridad del tráfico a fin de fomentar el comportamiento honesto de los operadores económicos; con la penal se quiere preservar el orden público general”. GALLEGO SÁNCHEZ, E. “Calificación del concurso”, en HERNÁNDEZ MARTÍ, J. (Coord.), *Concurso e insolvencia punible*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 487 a 509. Versión electrónica consultada en <http://Tirant.com>, el 15 de julio de 2015.

deudor con un ánimo defraudatorio<sup>102</sup>. Tal ánimo defraudatorio se materializa no sólo cuando en la conducta del deudor se aprecia la existencia del “*ánimus nocendi*” o voluntad de perjudicar a sus acreedores, sino también cuando ocurre la “*scientia fraudis*”, la conciencia o conocimiento de que se origina un perjuicio. Así, “*aunque puede concurrir una actividad intencionada y directamente dolosa, para que concurra fraude basta con una simple conciencia de causarlo, porque el resultado perjudicial para los acreedores fuera conocido por el deudor o éste hubiera debido conocerlo*”<sup>103</sup>.

El segundo de los hechos presuntivos de insolvencia que el artículo 2.4.3º de la Ley concursal recoge es el de la liquidación apresurada o ruinoso de sus bienes por el deudor. En este sentido será preciso, por un lado que el deudor haya realizado o esté realizando la liquidación de la mayor parte de su patrimonio y por otro, que tal liquidación sea apresurada o se produzca bajo condiciones ruinosas. Aunque no pueda descartarse que la conducta del deudor se vea guiada por el ánimo de defraudar a sus acreedores, no parece que la Ley precise, como requisito, el que concurra un ánimo doloso, bastando, en nuestra opinión, un actuar desprovisto de la diligencia mínima exigible<sup>104</sup>.

Es ruinoso la liquidación de bienes por un precio muy inferior al de mercado, pero no necesariamente lo es tal, la que se realiza generando una pérdida patrimonial neta para el deudor. Así, por ejemplo, no se ha considerado ruinoso la venta de un inmueble por un

---

<sup>102</sup> ROJO, Á., “Presupuesto objetivo”, *op. cit.*, p. 192.

<sup>103</sup> Audiencia Provincial de Lugo, Sala 1ª, Sentencia 71/2015 de 18 de febrero, Id Cendoj: 27028370012015100070, FD 2º.3, citando sentencias 191/2009, de 25 de marzo y 406/2010 de 25 de junio de la misma Sala. Aunque dictadas en sede de calificación de concurso, parece plenamente aplicable el criterio al auto de declaración de concurso necesario.

<sup>104</sup> Aznar Giner, E., “El presupuesto objetivo...”, *op. cit.*, pp. 85-144, p. 23 de la versión electrónica.



precio menor al de adquisición cuando el valor de los bienes raíces se depreció de forma generalizada<sup>105</sup>.

Mucho más complicada de definir resulta la liquidación realizada *apresuradamente*. Entendida en su sentido literal, la norma consideraría hecho presuntivo de insolvencia la liquidación de activos realizada por el deudor con una celeridad mayor a la racionalmente esperable, presuponiendo que, quien quiere concluir una operación con urgencia, normalmente estará dispuesto a aceptar unas condiciones peores.

En cualquier caso, la venta apresurada o en condiciones ruinosas requerirá de la producción de un perjuicio particularmente grave para los acreedores del deudor<sup>106</sup>.

## **5.- Hechos reveladores: Sobreseimientos sectoriales**

La Ley señala como hecho que permite presumir el estado de insolvencia del deudor, el sobreseimiento sectorial generalizado de algunos tipos específicos de obligaciones. En concreto, se considera presuntivo de insolvencia el incumplimiento generalizado de las obligaciones “*[...] tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período; [y] las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades*” (art. 2.4.4º, LC). Si el artículo 2.4.1º de la Ley exige, para ser considerado hecho presuntivo de insolvencia (y, consecuentemente poder fundar la declaración de concurso necesario) que el sobreseimiento de las obligaciones del deudor afecte a la generalidad de éstas, el numeral 4º del mismo precepto permite excepcionalmente presumir el estado de

---

<sup>105</sup> Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, Auto 176/2010, de 20 de octubre, Id Cendoj: 08019370152010200092, FD 3º.

<sup>106</sup> ROJO, Á., “Presupuesto objetivo”, *op. cit.*, p. 193.

insolvencia del deudor cuando se alegue el incumplimiento sólo respecto a ciertos acreedores (la Hacienda pública, la Tesorería General de la Seguridad Social y acreedores laborales). El incumplimiento sectorial limitado a obligaciones de naturaleza distinta a las específicamente señaladas no podrá fundar la solicitud de concurso necesario<sup>107</sup>.

Entre las razones que explican la consideración por el legislador del incumplimiento de las obligaciones públicas y sociales como indicios de la posible insolvencia del deudor, se suele argumentar que la experiencia indica como uno de los primeros síntomas de una delicada situación financiera a que la “insolvencia se exterioriza antes frente a la Hacienda pública y la Seguridad Social que frente a los demás acreedores”<sup>108</sup>. Empero, pese a que los incumplimientos sectoriales del artículo 2.4.4º, podrán ser alegados como fundamento de la solicitud de declaración de concurso por cualquier legitimado, la inexistencia de registros públicos que brinden a terceros interesados, acceso a esta información. Tal circunstancia dificultará en la práctica, que cualquier legitimado distinto del deudor o del acreedor de estas obligaciones pueda invocar estos hechos. Si a ello se le agrega que, en el caso de las obligaciones tributarias o con la Seguridad Social, son escasos los incentivos que para la Administración ofrece el procedimiento concursal respecto de la ejecución singular del procedimiento recaudatorio<sup>109</sup>, la utilidad de estos sobreseimientos sectoriales, en tanto hechos presuntivos cuya alegación y prueba permitan obtener una pronta declaración del concurso del deudor insolvente, es ciertamente reducida.

---

<sup>107</sup> Juzgado de lo Mercantil N.º 5 de Barcelona, Auto de 25 de junio de 2008, Id Cendoj: 08019470052008200001, FD 5º.

<sup>108</sup> ROJO, Á., “Presupuesto objetivo”, *op. cit.*, p. 189.

<sup>109</sup> DUPUY LÓPEZ, A., “Las obligaciones tributarias ante el concurso de acreedores”, en *Revista Impuestos*, vol. I, N.º 5, 2010, La Ley, p. 8, consultada el 20/03/2015.

### **5.1.- Sobreseimiento general de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso y las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período**

Las obligaciones tributarias cuyo incumplimiento configura el supuesto de hecho recogido en el artículo 2.4.4º de la Ley son las del pago de tasas, contribuciones especiales e impuestos (art. 2.2, LGT), establecidos por el Estado español, las comunidades autónomas (art. 4.1 y 2, LGT) o por otros Estados cuando así se derive de la aplicación de la normativa sobre asistencia mutua (art. 5.3, párrafo segundo, LGT); de carácter material (art. 17.3, LGT): la principal, de pago de la cuota tributaria (art. 19, LGT); las de realizar pagos a cuenta de la obligación tributaria principal (art. 23.1, LGT); las establecidas entre particulares resultantes del tributo (art. 24.1, LGT); y las accesorias, de satisfacer el interés de demora, los recargos por declaración extemporánea y los recargos del período ejecutivo, así como aquellas otras que imponga la ley (art. 25.1, LGT)<sup>110</sup>.

Por su parte, las obligaciones de pago de cuotas de la Seguridad Social refieren a los aportes que debe satisfacer la persona sujeta a obligación de cotización en los regímenes generales o especiales según las bases y tipos de cotización que corresponda. Por otros conceptos de recaudación conjunta habrá de entenderse las aportaciones distintas de las anteriores que, sin constituir recursos de la Seguridad Social, se recaudan conjuntamente con las cuotas<sup>111</sup>.

El obligado tributario debe ser el deudor cuyo concurso se solicita, con independencia de la clase de obligación tributaria de que se trate. A los efectos de la configuración del hecho manifestativo de insolvencia, es indiferente que el deudor por obligaciones tributarias lo sea en calidad de contribuyente, sustituto de éste, agente retenedor

---

<sup>110</sup> No lo serían las obligaciones tributarias *formales* en tanto no son obligaciones de pago al carecer de “*carácter pecuniario*” (arts. 2.4.4º LC y 29.1 LGT).

<sup>111</sup> ROJO, Á., “Presupuesto objetivo”, *op. cit.*, p. 190.

u obligado a soportar la retención, obligado a practicar ingreso a cuenta, a repercutir o soportar la repercusión de la cuota tributaria o por ser sucesor del obligado tributario (arts. 35 y ss., LGT). También carece de relevancia el que se trate del deudor principal o que devenga responsable solidario o subsidiario junto con el deudor principal (art. 41.1, LC).

El deudor por pago de cuotas a la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta, debe ser responsable del ingreso de la cuota de cotización y del pago de los demás recursos de la Seguridad Social, ya sea bien porque las normas reguladoras de cada régimen y recurso le impongan directamente la obligación de su ingreso, o bien por resultar responsable solidario, subsidiario o sucesor mortis causa de quien resulte obligado directo por concurrir hechos, omisiones, negocios o actos jurídicos que determinen esas responsabilidades (art. 15.3, TRLGS).

El incumplimiento presupone que las obligaciones tributarias sean exigibles. Su nacimiento viene determinado por la realización del hecho imponible definido en cada norma tributaria específica (art. 21.1, LGT). La exigibilidad de la cuota o cantidad a ingresar o parte de la misma se fijará en la Ley propia de cada tributo, bien al momento de devengarse, bien en otro distinto (art. 21.2, LGT), pudiendo identificarse tres periodos para el pago de las obligaciones: el pago dentro del periodo voluntario, el pago voluntario realizado fuera del periodo señalado pero sin que se haya dado inicio a la vía ejecutiva y los pagos en la vía de apremio<sup>112</sup>.

Con relación a las obligaciones por cuotas a la Seguridad Social y otros conceptos de recaudación conjunta, el artículo 26 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, establece los

---

<sup>112</sup> AGUILAR RUBIO, M., “La Hacienda Pública en la génesis del procedimiento concursal”, en Crédito tributario y concurso de acreedores, La Ley, Madrid, 2009, Referencia LA LEY 9127/2010, pp. 3-5.

plazos para su liquidación e ingreso. Transcurrido el plazo reglamentario sin ingreso de las cuotas debidas, la Tesorería General de la Seguridad Social reclamará su importe al sujeto responsable incrementado con el recargo que proceda (art. 30.1, TRLGS).

El incumplimiento de obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social que permite fundar la solicitud de concurso, debe ser generalizado durante los tres meses anteriores a la declaración de concurso. No es necesario que se incumplan todas las de una clase, pero sí que al menos el impago venga referido a la mayoría de ellas<sup>113</sup>.

### **5.2.- Sobreseimiento general de obligaciones de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades**

El Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, define en su artículo 26.1 el concepto de salario: *“Se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como de trabajo”*. Se incluyen también dentro de las obligaciones laborales cuyo sobreseimiento general permite fundar la solicitud de concurso necesario del deudor, el impago de *“indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de [la] actividad laboral, [...] y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos”* (art. 26.2, TRLET), y cualesquiera otras retribuciones distintas de las anteriores que traigan por causa la relación laboral.

---

<sup>113</sup> ROJO, Á., “Presupuesto objetivo”, *op. cit.*, p. 191.

Incumplidas las obligaciones derivadas de relaciones laborales, creemos es claro, cabrá solicitar el concurso por cualquier legitimado y no únicamente por los trabajadores acreedores<sup>114</sup>.

## **II.- Régimen jurídico uruguayo. El estado de insolvencia y presunciones absolutas de insolvencia**

### **A.- La no exigencia de la pluralidad de acreedores**

En el Derecho uruguayo procede la declaración judicial de concurso respecto del deudor que se encuentre en *estado de insolvencia*, definido por la Ley como la imposibilidad del deudor de cumplir con sus obligaciones, con independencia de la existencia de pluralidad de acreedores (art. 1 párrafo segundo, LCRE).

A diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos que el legislador uruguayo tuvo a la vista y descartó, la concurrencia de la pluralidad de acreedores no opera como condición necesaria e ineludible para la declaración de concurso. Es decir, más allá del contrasentido que esto implica en materia concursal, al apartamiento de la etimología del vocablo concurso, el incumplimiento de las obligaciones del deudor es independiente “de la existencia de pluralidad de acreedores”<sup>115</sup>.

La normativa uruguaya no hace referencia alguna al *deudor común*. No solo la exigencia de pluralidad de acreedores no es referenciada ni explícita ni implícitamente, sino que es expresamente descartada. Si bien un acreedor único del deudor insolvente tiene a su

---

<sup>114</sup> En contra, entendiéndose legitimar la Ley únicamente a los trabajadores, MONTESINOS, A., citando a PULGAR EZQUERRA, J. y MONTESINOS, A., *Aspectos laborales de la Ley concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004. Documento TOL449.384, [www.tirantloblanch.com](http://www.tirantloblanch.com).

<sup>115</sup> En la legislación derogada, a los procedimientos concursales se los ha dado en llamar genéricamente *procesos de ejecución colectiva*, denominación aún aplicable en la actualidad a los concursos civiles, o sea, a los concursos del deudor persona física que no realiza actividad empresaria (art. 452, C.G.P.).

alcance procesos judiciales que suponen la ejecución singular o individual, nada impide la promoción de un concurso existiendo un solo acreedor. En este caso, no puede oponerse el deudor a la pretensión de quien solicita su concurso, alegando la no concurrencia del presupuesto objetivo por falta de pluralidad de acreedores.

Una de las presunciones relativas de insolvencia, indica que el *estado de insolvencia* se presume “cuando existan una o más obligaciones del deudor, que hubieran vencido hace más de tres meses” (art. 4.3, LCRE). Aun cuando sea una presunción relativa y por consiguiente, admita prueba en contrario, se advierte una vez más, que alcanza con la existencia del incumplimiento de una sola de sus obligaciones para que se presuma el *estado de insolvencia* del deudor, siendo suficiente que exista un solo titular del crédito, contracara de la obligación del deudor.

Entonces, y sin perjuicio que pueden ocurrir varios acreedores de una sola obligación, también es posible que una sola obligación del deudor corresponda a un crédito de un solo acreedor, y por consiguiente, una vez más la Ley uruguaya plantea la posibilidad de concurso sin pluralidad de acreedores.

Pese a la posibilidad legal de un concurso sin pluralidad de acreedores, en la práctica esto no ocurre ya que al acreedor único le resulta más efectivo accionar mediante la vía del procedimiento de ejecución individual, y difícilmente el deudor promueva su propio concurso teniendo un único acreedor. Por ello, no es posible encontrar fallos jurisprudenciales en torno al tema en cuestión. La doctrina, con excepciones, tampoco aborda el tema<sup>116</sup>.

---

<sup>116</sup> A favor de la irrelevancia de la existencia de pluralidad de acreedores y de la posibilidad de concurso con un solo acreedor, BADO, V. y LÓPEZ, C., “Presupuestos del Concurso”, en LÓPEZ, C., (Director), BADO, V., y ROMANG, C., (Coautoras), *Ley de declaración judicial del concurso y reorganización empresarial, Análisis exegético*, Tomo I, LA LEY URUGUAY, Montevideo, 2012, p. 65.

Una opinión doctrinaria entiende que es exigencia natural del procedimiento concursal el que exista una pluralidad de acreedores. La única razón por la que la ley 18.387 no exigiría dicha pluralidad como presupuesto del concurso, sería la dificultad de acreditar por parte de quienes pueden solicitar el concurso, su concurrencia <sup>117</sup>. Más allá de compartir la absoluta inconsistencia de un procedimiento concursal con un solo acreedor, la opción adoptada por el legislador uruguayo, como ya se explicitó, es a texto expreso, considerar el *estado de insolvencia* (presupuesto objetivo), *independientemente de la existencia de pluralidad de acreedores*.

## **B.- El estado de insolvencia**

La Ley (art. 1 párrafo primero, LCRE), entiende que es concursable “cualquier deudor que se encuentre en estado de insolvencia”. Y considera en *estado de insolvencia* (art. 1 párrafo segundo, LCRE), más allá de la pluralidad de acreedores, “al deudor que no puede cumplir con sus obligaciones”. En el artículo 4 de la referida norma, se indican presunciones relativas que admiten “en todos los casos prueba en contrario, en los términos de la ley”, y en el artículo 5, se establecen presunciones absolutas del *estado de insolvencia*.

---

<sup>117</sup> MARTÍNEZ BLANCO, C., “Manual del nuevo Derecho concursal. De los orígenes de las crisis empresariales a la Ley N.º 18.387 de 23/10/2008”, F.C.U., 1ª edición, Montevideo, 2009, p. 149. Manifiesta (pp. 149, 84 y 85) que “no puede existir un trámite concursal con un solo acreedor, ya que en ese caso el propio concurso deja de tener sentido e incluso sería tarea harto difícil diferenciarlo de una mera ejecución individual o de un simple acuerdo de diferimiento de obligaciones pretéritas celebrado entre dos interlocutores. Además todo el sistema está construido sobre la base de una existencia plural, destacándose siempre el uso del término “acreedores” y nunca en su expresión singular”. De *lege lata*, no se comparte la opinión del autor citado. Los argumentos vertidos no logran conmover un texto legal claro. Sin perjuicio del contrasentido de legislar un concurso donde sea posible la presencia de un solo acreedor, este concurso por el sólo hecho de ser tal, se distingue fácilmente de una “mera ejecución individual”.



Para la sanción de la LCRE, se consideraron como antecedentes, especialmente, la legislación alemana y el proyecto del Profesor Ángel Rojo para España, teniéndose en consideración normas y proyectos de diversos países, entre ellos, España<sup>118</sup>.

Respecto al alcance conceptual del *estado de insolvencia*, la norma uruguaya se aparta de la legal española (*se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles*), adoptando la original redacción del proyecto de ley español. El texto emanado de la Comisión General de Codificación publicado en mayo del año 2000, definía a la insolvencia como “aquella situación en que el deudor no puede cumplir con sus obligaciones”.

La primigenia legislación uruguaya se afilió a un criterio amplio con relación a la consideración del *estado de quiebra*. En efecto, la primera redacción correspondiente al artículo 1523 del Código de Comercio (vigente a partir de 1866), consideraba en *estado de quiebra* al comerciante que cesaba en el pago corriente de sus obligaciones, pudiendo esa cesación de pagos no ser general, alcanzando que el comerciante no cumpliera con alguna de sus obligaciones<sup>119</sup>.

---

<sup>118</sup> HOLZ, E. y RIPPE, S., “Reorganización Empresarial y...”, *op. cit.*, pág. 29. Expresan estos autores: “Ya se ha adelantado como antecedentes de la ley la legislación alemana y el proyecto del Profesor Ángel Rojo para España, pero sin perjuicio de ello es dable señalar que a los efectos de la preparación inicial del anteproyecto de ley de concursos, Ricardo Olivera García tuvo en cuenta y analizó normas y proyectos de otros países tales como los concursales de Argentina, Brasil, Colombia, Chile, Estados Unidos, Francia, Italia, Paraguay y Portugal, así como los proyectos de Brasil (actualmente, ley) y de Convenio de la Unión Europea en la materia, sin perjuicio de recordar en esta instancia, que la actual ley española en la especie está basada en el proyecto del Profesor Olivencia”.

<sup>119</sup> El artículo 1523 del Código de Comercio de 1866 preceptuaba: “Se considera en estado de quiebra a todo comerciante que por cualquier causa, cesa en el pago corriente de sus obligaciones. La cesación de pagos, característica del estado de quiebra puede no ser general. Todo aquel que sin razón particular respecto de alguno o algunos créditos comerciales cesa de pagar unos se considera en estado de quiebra aunque atienda al pago de los otros créditos”.

En 1878, se modifica el texto del Código adoptándose un régimen más objetivo y estricto, ya que alcanzaba el incumplimiento de una obligación mercantil a la que no se haya opuesto excepción legal alguna por parte del deudor, para considerarse en *estado de quiebra*<sup>120</sup>.

La doctrina uruguaya no ha coincidido respecto al alcance y significado de *insolvencia* y de *estado de insolvencia* plasmado en la LCRE. Se ha entendido que “un patrimonio es insolvente cuando el monto de su pasivo supera la suma de los valores de su activo”<sup>121</sup>.

También se afirmó, que “el presupuesto objetivo para habilitar el concurso (*la insolvencia*) se traduce prácticamente en la incapacidad de un agente económico para pagar sus deudas en los plazos de vencimiento estipulados”<sup>122</sup>.

Por otra parte, se ha expresado que “la definición de insolvencia no es la contable o patrimonial, sino que siguiendo a algunas de las definiciones más modernas, es la vinculada a la capacidad de cancelación del pasivo del deudor, para cuya determinación la ley se apoya en presunciones relativas o absolutas de la posibilidad de

---

<sup>120</sup> El Código de Comercio en su artículo 1572, párrafos primero y segundo, disponía: “Se considera en estado de quiebra a todo comerciante que cesa en el pago corriente de sus obligaciones mercantiles.

Basta para constituir en estado de quiebra, la cesación en el pago de una obligación mercantil, a que no se haya opuesto por el deudor alguna excepción legal”. El texto resulta de la Ley de reforma al Libro IV, número 2666 del 02 de octubre de 1900. Por el artículo 6 inciso primero de la Ley N.º 5392 de 25 de enero de 1916, se modificó la antigua numeración de los artículos 1546 a 1755, sustituyéndola por los artículos 1572 - al que aquí se hace referencia - a 1781.

<sup>121</sup> RODRÍGUEZ OLIVERA, N., “Manual de Derecho Comercial Uruguayo”, vol. 6, (Derecho concursal), F.C.U., Montevideo, 1ª edición, 2009, pág. 94.

<sup>122</sup> MARTÍNEZ BLANCO, C., “Manual del nuevo...”, *op. cit.*, p. 145.

cumplimiento de sus deudas, o en la denominación tradicional “hechos de insolvencia” establecidas en los arts. 4 y 5”<sup>123</sup>.

En otro sentido, se enseñó que “la definición de insolvencia contenida en la ley no coincide con el concepto tradicional de insolvencia que es más amplio, y tampoco con el concepto estrictamente contable y económico de insolvencia. El concepto tradicional jurídico, comprende situaciones patrimoniales diversas, y todas ellas implican la imposibilidad de pagar las obligaciones y muchas veces con un enfoque financiero de insolvencia. Ahora, con la nueva ley, basta que un solo acreedor [...] puede ser titular de un crédito no vencido, e igual puede provocar este proceso concursal”<sup>124</sup>.

En posición antagónica a la recién expuesta, se dijo que “el estado de insolvencia del deudor aparece en la LCRE como un concepto eminentemente financiero y se traduce en la insuficiencia de recursos para atender el cumplimiento de sus obligaciones”<sup>125</sup>.

Por último, y sin que esta reseña alcance a todas las opiniones doctrinarias que se han referido a la *insolvencia* o al *estado de insolvencia*, se ha aseverado que el “concepto legal de insolvencia no coincide con el concepto económico”. En esta posición, se alegó que “desde el punto de vista económico, un patrimonio es insolvente cuando el monto de su pasivo supera la suma de los valores de su activo”, y al definir la ley a la insolvencia como al deudor que no puede cumplir con sus obligaciones, “es evidente que el concepto legal *insolvencia* dista del concepto económico. Es más bien afín al

---

<sup>123</sup> HOLZ, E. y RIPPE, S., “Reorganización Empresarial y...”, *op. cit.*, p. 86.

<sup>124</sup> HEUER, F. y RODRÍGUEZ MASCARDI, T., “Las Pericias en Materia Concursal”, Ediciones Idea, 1ª edición, Montevideo, 2012, p. 59.

<sup>125</sup> OLIVERA GARCÍA, R., “La Insolvencia como presupuesto del Concurso”, en *Tres Pilares del Moderno Derecho Comercial, Sociedades – Contratos – Concursos*, Semana Académica del Instituto de Derecho Comercial, 1ª ed., F.C.U., Montevideo, 2011, p. 525.

concepto de *iliquidez*. Sin embargo, consideramos que, estrictamente, el art. 1 de la LCU no se refiere, propiamente, ni a la insolvencia ni a la iliquidez, sino al estado de *cesación de pagos*, tal como sucedía en el régimen anterior”<sup>126</sup>.

Interpretar supone precisar el contenido de la norma legal. Todas las normas legales deben ser interpretadas sean o no claras. Una norma aparentemente clara en su sentido literal debe interpretarse desatendiendo el mismo, si dicho tenor literal llevara al intérprete a conclusiones absurdas. Esto no es contradictorio con lo previsto en el inc. 1º del art. 17 del Código civil uruguayo <sup>127</sup>, ya que una norma que su sentido gramatical condujese a resultados absurdos, no sería una norma con sentido de la ley claro. Por lo tanto, siempre se debe interpretar la ley comenzando a examinar el significado de las palabras utilizadas.

La primer acepción del vocablo “estado” para el Diccionario de la lengua española<sup>128</sup>, refiere a la “situación en que se encuentra alguien o algo, y en especial cada uno de sus sucesivos modos de ser o estar”, mientras que la palabra “insolvencia”, alude a la “falta de solvencia, incapacidad de pagar una deuda”.

El Título Preliminar del Código civil uruguayo es de aplicación a todas las áreas o ramas del Derecho. El artículo 19 prescribe que “las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso”. Mientras tanto, el artículo 18 señala a la letra: “Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas

---

<sup>126</sup> BADO, V. y LÓPEZ, C., “Presupuestos del Concurso”, *op. cit.*, pp. 64 y 65.

<sup>127</sup> Código Civil uruguayo, art. 17 inciso primero: “Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu”.

<sup>128</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “Diccionario de la lengua española”, 23ª ed., (Edición del Tricentenario), Madrid, 2014.

palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en estas su significado legal”.

La interpretación sistemática coordina diversas normas en un sistema orgánico. No estudia a la norma solamente en su sentido literal, sino que considera a la ley dentro de un sistema que forma parte dentro del ordenamiento jurídico. Entonces, una norma puede interpretarse en forma diferente a consecuencia de la modificación de otro precepto legal que estaba coordinado con la norma mencionada. Es lo que establece el artículo 20 del Código civil uruguayo, al referir a que “el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía”.

De una interpretación lógico-sistemática de la LCRE, puede inferirse claramente la necesidad de objetivar el propiamente denominado “presupuesto objetivo” del concurso, o sea, el *estado de insolvencia*. ¿Cómo se otorga el carácter objetivo al estado de insolvencia? Entendiendo que dicho estado de insolvencia para la Ley 18.387 no es sólo cuando el deudor no puede cumplir con sus obligaciones, sino cuando el deudor no puede cumplir y efectivamente no cumple con sus obligaciones.

En varios artículos de la Ley 18.387 se hace referencia al estado de insolvencia y su conocimiento. ¿Cómo podría conocerse un estado de insolvencia por parte de terceros, si no se entendiera como la posibilidad de que esos terceros adviertan que un deudor no cumple con obligaciones asumidas? Por ejemplo, el artículo 87 numeral 6 de la LCRE, al referirse a los efectos de la sentencia de revocación, dispone que “si se hubiera probado que el demandado” - que de acuerdo al artículo 86, puede haber sido persona diferente al deudor - “conocía el estado de insolvencia del deudor en el momento de la realización del acto o de la omisión, perderá el derecho a cobrar su crédito en el concurso”. Para que se verifique este supuesto, no se requiere probar el conocimiento de la existencia de un pasivo superior al activo (de todas formas, existen concursos tanto en los que el activo

supera al pasivo, como viceversa), ni el estado de iliquidez, sino la cesación de pagos; o mejor aún, al no exigir la Ley, ni la existencia de pluralidad de acreedores (artículo 1° párrafo segundo), ni la existencia de pluralidad de créditos (artículos 4 numeral 3 y 6 numeral 2), alcanza en caso de concurso necesario, para que se configure el estado de insolvencia, el incumplimiento de una sola obligación (y que el deudor no se oponga u oponiéndose, no consiga acreditar su solvencia), o la verificación de cualquiera de las presunciones absolutas previstas en la ley.

A diferencia del régimen jurídico español, la normativa uruguaya no refiere expresamente ni a la insolvencia actual, ni a la insolvencia inminente, ni a la insolvencia agravada.

No refiere al estado de *insolvencia actual*, ya que no alude al incumplimiento regular de obligaciones exigibles, sino simplemente a no poder cumplir con sus obligaciones. No se exige al deudor que solicite la declaración de su concurso, que acredite algún hecho revelador que evidencie *estado de insolvencia*. Como se verá, la solicitud de su concurso por parte del deudor (concurso voluntario) alcanza para constituir una presunción absoluta de insolvencia (art. 5.1, LCRE).

Tampoco la ley concursal uruguaya, refiere a la *insolvencia inminente*. Como se expresó, la LCRE no exige al deudor ni justificar su endeudamiento ni su estado de insolvencia. Basta con solicitar el concurso acompañando la documentación exigida en el artículo 7 de dicho cuerpo normativo. Por consiguiente, es indiferente la posibilidad de cumplir puntual y regularmente con sus obligaciones por parte del deudor para poder solicitar su propio concurso.

Finalmente, la Ley 18.387 no alude al estado de *insolvencia agravada o cualificada*. Empero, si la solicitud de concurso no es promovida por el deudor, sino instada por los acreedores u otros legitimados, éstos deberán “aportar los elementos de juicio que

acrediten la existencia de una presunción de insolvencia” (art. 8, LCRE).

En este estado, la ley uruguaya ingresa - probablemente por no advertir la incongruencia de trasladar normas contradictorias - en un laberinto de difícil salida. En efecto, si el concurso es voluntario, alcanza con que el deudor agregue la documentación requerida sin necesidad de acreditar el *estado de insolvencia*, el no poder cumplir con sus obligaciones. La sola solicitud de concurso por parte del deudor, importa una presunción absoluta del *estado de insolvencia*, más allá que pueda o no cumplir con sus obligaciones. Si el concurso es necesario, y el legitimado acredita una presunción absoluta, el Juez debe declarar el concurso, con independencia de que el deudor pueda o no cumplir con sus obligaciones. Si por el contrario, el sujeto legitimado prueba la existencia de alguna presunción relativa del *estado de insolvencia* del deudor, éste podrá oponerse demostrando que pese a la o las presunciones relativas, igualmente puede cumplir con sus obligaciones. ¿Y cómo puede lograr esto el deudor? En nuestra opinión, deberá demostrar su solvencia, o sea, la posibilidad de cumplir con sus obligaciones. ¿Y cómo lo hace? Si el deudor está obligado a llevar libros, al oponerse deberá agregar sus libros y demás documentos contables (art. 16.5, LCRE)<sup>129</sup>. Asimismo, podrá acreditar mediante informe técnico el flujo de fondos futuros, así como la posibilidad de cumplir con sus obligaciones en tiempo y forma. O sea, los conceptos de insolvencia actual e inminente que la ley uruguaya no considera a texto expreso, pueden aparecer en escena cuando en caso de solicitud de concurso necesario, el deudor se opone manifestando que pese a la existencia de una o más presunciones relativas, no se encuentra en *estado de insolvencia* ya que puede cumplir con sus obligaciones al tiempo de la exigibilidad, en forma regular y puntual.

---

<sup>129</sup> La norma referida, agrega parcialmente: “Si los elementos presentados por el deudor no fueran suficientes a juicio del Juez, éste podrá decretar una pericia contable que deberá realizarse en un plazo máximo de diez días hábiles”.

## C.- Presunciones del estado de insolvencia

La LCRE contiene en su artículo 4, siete presunciones relativas del *estado de insolvencia* y en el artículo 5, cuatro presunciones absolutas del mismo.

Es posible la acumulación de presunciones de insolvencia, sin que ello signifique necesariamente que el deudor no pueda cumplir con sus obligaciones. O a la inversa, también es posible la ausencia de presunciones del *estado de insolvencia*, pero que sin embargo, el deudor no pueda cumplir con sus obligaciones<sup>130</sup>.

Las presunciones relativas del *estado de insolvencia*, como el propio texto legal lo reafirma, admiten en todos los casos prueba en contrario, en los términos de la ley. Como al deudor que solicita su propio concurso no le es exigido acreditar ni su *estado de insolvencia*, ni ninguna de las presunciones legales, éstas son de aplicación exclusivamente en caso de concurso necesario. Si el concurso fue promovido denunciando la verificación de una o más presunciones relativas, el deudor podrá oponerse demostrando la inexistencia de la o las presunciones referenciadas, o aun cuando se acepte que las mismas se han producido, acreditando que puede cumplir con sus obligaciones en tiempo y forma. Pese a ser presunciones de insolvencia, las mismas no necesariamente demuestran la imposibilidad de cumplir con las obligaciones por parte del deudor.

Las presunciones absolutas del *estado de insolvencia*, por expresa disposición legal, no admitirán prueba en contrario en la medida en que se compruebe que se han verificado; son presunciones *iuris et de iure*, son de pleno y absoluto derecho. En caso de solicitud de concurso necesario, el deudor sólo puede oponerse si demuestra la

---

<sup>130</sup> Verbigracia, es posible que el deudor tenga un pasivo superior al activo (art. 4.1, LCRE), pero que pueda cumplir con sus obligaciones; o que el deudor hubiera realizado actos fraudulentos para sustraer bienes a la persecución de los acreedores (art. 5.3, LCRE), sin que por ello no pueda cumplir con sus obligaciones.



inexistencia de la o las presunciones absolutas que le son atribuidas. En ningún caso, estas presunciones absolutas implican o importan necesariamente la imposibilidad de cumplir con las obligaciones. La LCRE preceptúa: “El estado de insolvencia del deudor se presume, en forma absoluta, en los siguientes casos [...]”. Al no necesariamente corresponder las presunciones absolutas de insolvencia con el estado de insolvencia (deudor que no puede cumplir con sus obligaciones), cabe preguntarse si las presunciones absolutas otorgan un concepto mucho más amplio del definido en el artículo 1 de la Ley 18.387, o por el contrario, constituyen diferentes presupuestos objetivos para la declaración de concurso, no comprendidos en el concepto de *estado de insolvencia*. En nuestra opinión, las presunciones absolutas no configuran extensiones conceptuales del *estado de insolvencia*, sino claramente otros presupuestos objetivos del concurso.

#### **a.- Presunciones relativas del estado de insolvencia**

Las presunciones relativas del *estado de insolvencia*, no responden estrictamente a un concepto unívoco del referido estado. Por el contrario, pueden referirse tanto al incumplimiento de una o más obligaciones, a la relación activo-pasivo, como a hechos relacionados con acuerdos de reorganización o cierre permanente de sede o establecimiento. Entonces, más allá que esas presunciones lo que presumen es precisamente el *estado de insolvencia*, el deudor podrá siempre oponerse en la medida que acredite la posibilidad de cumplir con sus obligaciones de forma regular y puntual.

#### **1.- Existencia de un pasivo superior al activo, determinados de acuerdo con normas contables adecuadas**

Esta presunción se vincula al concepto de insolvencia de la ciencia económica, al referir a la existencia de un pasivo superior al activo, determinados según normas contables adecuadas<sup>131</sup>.

---

<sup>131</sup> El Decreto 146/009, de 23 de marzo de 2009, define el alcance de diversos conceptos y requerimientos contables. Entiende que son normas contables adecuadas a los efectos de lo previsto por el artículo 4 numeral 1) de la LCRE, aquellas

Por tratarse de una presunción relativa del *estado de insolvencia*, el deudor podrá demostrar o bien, que el pasivo no supera al activo, o bien, que a pesar de configurarse la presunción, tiene la posibilidad de cumplir con sus obligaciones<sup>132</sup>.

Doctrinariamente, se ha afirmado que no es tarea sencilla determinar cuándo el pasivo supera al activo, dada la existencia de bienes intangibles que no resultan reflejados en los estados contables, así como la dificultad que tendrán los acreedores para acceder a los mismos<sup>133</sup>.

## **2.- Existencia de dos o más embargos por demandas ejecutivas o por ejecuciones contra el deudor por un monto superior a la mitad del valor de sus activos susceptibles de ejecución**

Esta presunción relativa de insolvencia, supone la configuración de dos extremos. Por un lado, la pluralidad de embargos trabados al deudor (dos o más), y por otro, que el importe de los mismos superen la mitad del valor de sus activos ejecutables.

---

“establecidas, para cada actividad, por la ley y la reglamentación aplicable a la misma”, y que “en caso de no existir regulación especial para el tipo de persona física o jurídica involucrada, se entenderá por normas contables adecuadas las contenidas en la reglamentación aprobada por el Poder Ejecutivo, en el marco de las potestades otorgadas por el artículo 91 de la Ley N° 16.060 de 4 de setiembre de 1989, con la redacción dada por el artículo 100 de la Ley N° 18.083 de 27 de diciembre de 2006”.

<sup>132</sup>Cfr., BADO, V. y LÓPEZ, C., “Presupuestos del Concurso”, *op. cit.*, p. 102. Expresan los autores, que el deudor podrá demostrar “que en un balance existen activos subvaluados, por lo que sería posible al deudor cumplir con sus obligaciones”, o también “podría el deudor probar que obtuvo una refinanciación de al menos parte de su pasivo, de modo que, a pesar de encontrarse en una situación de insolvencia económica, puede continuar cumpliendo con sus obligaciones”.

<sup>133</sup> HEUER, F. – RODRÍGUEZ MASCARDI, T., “Las Pericias en...”, *op. cit.*, p. 80.

Indudablemente, puede resultar sencillo para el acreedor conocer la existencia de dos o más embargos del deudor (basta para ello, obtener un Certificado del Registro Nacional de Actos Personales, Sección Interdicciones por la persona del deudor). Sin embargo, supone una dificultad extrema para el acreedor, conocer cuáles son los activos del deudor susceptibles de ejecución.

Ahora bien, el deudor podrá demostrar que tiene la posibilidad de cumplir con sus obligaciones con la finalidad de desnaturalizar esta presunción relativa del *estado de insolvencia*.

### **3.- Existencia de una o más obligaciones del deudor, que hubieran vencido hace más de tres meses**

La presunción relativa se vincula al incumplimiento de al menos una obligación exigible del deudor. El legislador nada expresa con relación a la cuantía de la o las obligaciones incumplidas. De modo que, aun cuando hubiere una sola obligación incumplida, por más insignificante que sea, podrá encuadrar en la previsión legal. Sin embargo, para que opere esta presunción no alcanza con el incumplimiento de la o las obligaciones exigibles, sino que se introduce un elemento temporal: que la o las mismas, hubieran vencido hace más de tres meses.

Es posible advertir, que si bien el incumplimiento puede ser un hecho revelador del *estado de insolvencia* del deudor, éste podrá acreditar la posibilidad de cumplir con sus obligaciones, en la medida que el o los incumplimientos pudieron haber sobrevenido, entre otras causas, por estar en discusión la cuantía, exigibilidad o propia existencia de un crédito, error del deudor, o mala fe o negligencia del acreedor<sup>134</sup>.

### **4.- Omisión en el pago de obligaciones tributarias por más de un año**

---

<sup>134</sup>Cfr., BADO, V. y LÓPEZ, C., “Presupuestos del Concurso”, *op. cit.*, p. 103, en lo referente a error, mala fe o negligencia.

La presunción es de carácter objetivo. Basta que el deudor se encuentre omiso en el pago de sus obligaciones con el Fisco por más de un año.

De acuerdo al tenor literal de la norma, en este caso, no bastaría el incumplimiento de una sola obligación tributaria, sino de al menos, dos de ellas.

Adicionalmente, también se introduce el elemento temporal. Es decir, no alcanza para que se produzca la presunción relativa del *estado de insolvencia* del deudor, el mero incumplimiento de obligaciones tributarias, sino que deberá transcurrir al menos un año desde que las obligaciones resulten exigibles por parte de la Administración tributaria.

Si el deudor incumple una única obligación tributaria, no se habrá configurado esta presunción relativa del *estado de insolvencia*. Empero, pasados los tres meses desde la exigibilidad de la misma, podrá operar la presunción relativa analizada precedentemente (*supra*, C.I.d.).

Al igual que acontece con todas las presunciones relativas del *estado de insolvencia*, más allá que se configure la presunción, el deudor podrá demostrar la posibilidad de hacer frente a sus obligaciones, y con ello desvirtuar la misma.

#### **5.- Cierre permanente de la sede de la administración o del establecimiento donde el deudor desarrolla su actividad**

Si bien esta presunción puede tener algún grado de relación con la presunción absoluta del artículo 5 numeral 4 de la LCRE (la que se analizará *infra*, C.II.d.), no supone la ocultación o ausencia del deudor, sino simplemente el cierre permanente del baluarte donde el deudor desarrolla su actividad.

El mero hecho que la sede de la administración o del establecimiento donde el deudor despliega su actividad permanezca cerrada, no implica necesariamente un *estado de insolvencia*. También podría darse la situación a la inversa, es decir, que la sede de la administración o del establecimiento permanezca abierta y que el deudor no pueda cumplir con sus obligaciones. Por tanto, esta presunción relativa constituye un simple indicio del *estado de insolvencia* del deudor<sup>135</sup>.

La previsión legal requiere que el cierre de la sede de la administración o del establecimiento revista la condición de *permanente*. Este concepto indeterminado lleva a preguntarse, por cuánto tiempo debería estar cerrada la sede de la administración o del establecimiento para que el cierre se pueda considerar *permanente*. Por lo pronto, permanecer cerrado parecería referir a una situación que se da durante cierto lapso, aunque tampoco es posible determinar cuánto tiempo sería necesario para que se configure esta presunción relativa. La indefinición de la ley conlleva a que el requisito temporal de la permanencia deba ser interpretado caso a caso por el juez interviniente.

De todas formas, el deudor podrá acreditar que el “cierre permanente” no implica la imposibilidad de cumplir con sus obligaciones, ergo, que a pesar del cierre, no se encuentra en *estado de insolvencia*.

## **6.- Suspensión por parte del Banco Central del Uruguay, de una o más cuentas corrientes del deudor o la clausura de las cuentas corrientes del deudor en el sistema bancario**

Esta presunción relativa del *estado de insolvencia* del deudor, tiene relación con las sanciones que pueden ser impuestas al deudor en base a lo previsto en el Decreto Ley 14.412 (conocido como “Ley de Cheques”)<sup>136</sup>. El Banco Central del Uruguay tiene como cometido “la

---

<sup>135</sup>BADO, V. y LÓPEZ, C., “Presupuestos del Concurso”, *op. cit.*, p. 104.

regulación del funcionamiento y la supervisión del sistema de pagos y del sistema financiero, promoviendo su solidez, solvencia, eficiencia y desarrollo”<sup>137</sup>.

En efecto, la presunción se vincula a los contratos de cuenta corriente bancaria que celebra el deudor con una institución bancaria, a consecuencia de los cuales, el deudor queda habilitado para la utilización de la figura del cheque.

En caso que el deudor (librador) careciere de fondos suficientes para pagar el cheque o de autorización para girar en descubierto, podría ser sancionado con la suspensión de la o las cuentas corrientes bancarias. En caso de reincidencia, el banco comunicará esta circunstancia al Banco Central del Uruguay, quien dispondrá la clausura de todas las cuentas corrientes que tenga el deudor en el sistema financiero.

---

<sup>136</sup> Las disposiciones normativas relacionadas con la presunción relativa objeto de tratamiento, son los artículos 61 a 64 del Decreto Ley 14.412. El artículo 61 contempla el supuesto en que, librado un cheque que, a la fecha de su presentación, careciere de provisión de fondos suficiente o de autorización expresa o tácita para girar en descubierto. El banco contra el cual se libra un cheque, deberá avisar al librador para que este, dentro de los cinco días hábiles siguientes, acredite ante el mismo haber realizado el pago. No acreditándose dicho pago, el artículo 62 ordena al banco girado suspender por el término de seis meses todas las cuentas corrientes que el infractor tenga en el mismo, dando cuenta al Banco Central del Uruguay y notificando al infractor. Por otra parte, el artículo 63 regula el libramiento de nuevos cheques por quien tiene suspendida su cuenta: “Cuando, notificado el librador de la suspensión a que se refiere el artículo anterior, librare nuevamente un cheque que, a la fecha de su presentación, careciere de provisión de fondos suficiente o de autorización expresa o tácita para girar en descubierto, el banco girado procederá igualmente en la forma indicada en los artículos precedentes. Enterado el Banco Central del Uruguay, dispondrá la clausura de todas las cuentas corrientes que tenga el infractor en las instituciones bancarias, en la forma que establezca la reglamentación. La resolución respectiva, debidamente fundada, será comunicada a todas las instituciones bancarias del país y a la Cámara Compensadora, y notificada al infractor. La clausura dispuesta no podrá extenderse a más de dos años”.

<sup>137</sup> Carta Orgánica del BCU, Ley 16.696, de 30 de marzo de 1995, artículo 3, literal B. (Redacción dada por el artículo 1 de la Ley 18.401, de 22 de octubre de 2008).

Adviértase, que si bien la clausura de las cuentas bancarias del deudor constituye una sanción más grave que la suspensión, el legislador situó ambas hipótesis dentro de las presunciones relativas del *estado de insolvencia*<sup>138</sup>.

En caso de verificarse la presunción relativa del *estado de insolvencia*, podrá igualmente el deudor, acreditar que tiene la posibilidad de cumplir con sus obligaciones.

### **7.- En caso de acuerdo privado de reorganización, incomparecencia del deudor en plazo al Juzgado, no inscripción del auto de admisión, rechazo, anulación o incumplimiento del acuerdo**

Con una técnica legislativa francamente mejorable, el artículo 4.7 de la Ley relaciona, entre las presunciones relativas de insolvencia, varias situaciones vinculadas con la tramitación o cumplimiento de un acuerdo privado de reorganización.

La Ley contempla el supuesto en que “[...] en el caso de acuerdo privado de reorganización, el deudor omita presentarse en plazo al juzgado [...]” (art. 4.7, inciso 1º, LCRE). Para precisar la naturaleza y características de dicha omisión, la norma se remite de forma expresa a lo previsto en el artículo 220 de la misma ley. La hipótesis contemplada en dicha disposición, es la de que alguno de los acreedores que no adhirieron al acuerdo de reorganización, notifique al deudor su oposición al mismo dentro del plazo de 20 días desde que le fue comunicado (art. 220, párrafo 1º, LCRE). Siendo así, el deudor

---

<sup>138</sup> En el Proyecto de Ley originario remitido por el Poder Ejecutivo (Ministerio de Economía y Finanzas) al Parlamento uruguayo, se establecía como presunción relativa del *estado de insolvencia* del deudor, que “el Banco Central hubiera dispuesto la suspensión de una o más cuentas corrientes del deudor” (art. 4 numeral 6), y como presunción absoluta, que “el Banco Central del Uruguay hubiera acordado la clausura de las cuentas corrientes del deudor en el sistema bancario” (artículo 5 numeral 3).

deberá presentarse en el plazo de diez días ante el juez competente a fin de facilitar “[...] los antecedentes del caso a los efectos de que [el juez] resuelva la oposición planteada” (art. 220, párrafo 2º, LCRE). Sin embargo, la calificación de presunción relativa de insolvencia de este comportamiento, según se dispone en el artículo 4.7, inciso 1º, entra en flagrante contradicción con las consecuencias que a la misma apareja el artículo 220 en su párrafo 3º: “*de no presentarse [el deudor] en el plazo de diez días, cualquier acreedor podrá solicitar la declaración del concurso al Juez, quien la decretará sin más trámite*”. Se ve entonces cómo, lejos de configurar la incomparecencia del deudor una presunción relativa de insolvencia, ésta constituiría de acuerdo al marco conceptual de la LCRE una presunción absoluta, o mejor aún, un genuino presupuesto objetivo de la declaración de concurso. La mera verificación en sede judicial del supuesto fáctico contemplado (la incomparecencia del deudor en el plazo que se le señala) faculta a cualquier acreedor (y no sólo a los que se opusieron al acuerdo privado de reorganización) a solicitar del juez la declaración de concurso de su deudor, que deberá decretarse de forma automática e *inaudita parte debitoris*.

Más sorprendente aun, si cabe, es el supuesto que, a continuación del anterior, refiere el artículo 4.7, en su inciso 2º. En el mismo se califica como presunción relativa de insolvencia la no inscripción del auto judicial de admisión del acuerdo privado de reorganización, en el Registro Nacional de Actos Personales, Sección Interdicciones (art. 222.3, LCRE). Al respecto, el precepto remite, en forma expresa, al artículo 223, que en su párrafo 1º prevé que la inscripción del auto de admisión del acuerdo sea “[...] comunicada por el Juzgado al Registro, dentro del plazo de veinticuatro horas de dictado el mismo”. No es la inadmisión del acuerdo privado de reorganización lo que constituye presunción relativa de insolvencia del deudor - ello tendría cierta lógica - sino la *falta de inscripción* del auto por el que se admite. Dicha inscripción, como se mencionó, es instada por el Juez de la causa. Así, la Ley concursal, de forma absolutamente inexplicable, fundaría en el incumplimiento de un deber legal del órgano jurisdiccional (el Juez) o del Registro, la



presunción de la insolvencia del deudor. Empero, además, las consecuencias de la verificación de la falta de inscripción del acuerdo - como ocurría en la hipótesis contemplada por el inciso 1° del mismo artículo 4.7 - no son la configuración de una mera presunción relativa. El artículo 223, en su párrafo 2° preceptúa que “*en caso de que no se realice la inscripción pertinente, cualquier acreedor podrá solicitar el concurso al Juez, quien lo decretará sin más trámite*”. De nuevo se está aquí ante una supuesta *presunción relativa de insolvencia*, cuya extraña consecuencia es la declaración automática e *inaudita parte debitoris* del concurso a instancia de cualquier acreedor. Si a ello se le une que el hecho que desencadena la declaración no sólo es ajeno a la voluntad del acreedor, sino que queda por completo fuera de su control, el resultado es que esta hipótesis no solo no es una presunción relativa, del estado de insolvencia (no poder cumplir con las obligaciones) que siempre admiten prueba en contrario por expresa disposición legal (art. 4 *in fine*, LCRE), ni siquiera es una presunción absoluta (no se relaciona en nada con el estado de insolvencia). En nuestra opinión, configura uno más de los presupuestos objetivos de la declaración de concurso regulados por la Ley concursal uruguaya.

Finalmente, el inciso 3° del artículo 4.7, señala como hechos configuradores de presunción relativa de insolvencia el *rechazo* (art. 231, LCRE), la *anulación* (no prevista específicamente en la LCRE) o el *incumplimiento* (arts. 234 y 235, LCRE) del acuerdo privado de reorganización. Tal como ocurre en las demás situaciones que el artículo 4.7 de la Ley recoge, la consecuencia del rechazo o incumplimiento del acuerdo privado de reorganización es, también aquí, la declaración del concurso del deudor.

El concurso se declarará de oficio por el juez en la misma resolución por la que se rechace el acuerdo (art. 231, párrafo 2°, LCRE) y tendrá la consideración de voluntario (art. 231, párrafo 2°, LCRE). Diferentemente, tratándose de incumplimiento, el mismo deberá alegarse por uno o varios de los acreedores (art. 234, párrafo 1°, LCRE). Acreditado dicho incumplimiento, el juez dispondrá la declaración de concurso (art. 235, párrafo 1°, LCRE). La declaración

judicial de incumplimiento del acuerdo determinará, además, que el deudor pierda la facultad de proponer un convenio en el trámite del concurso, debiendo procederse a la liquidación de la masa activa (art. 235, párrafo 2º, LCRE)<sup>139</sup>.

Respecto a la hipótesis de anulación, al no regularse directa y especialmente por la Ley concursal, en nuestra opinión, no pueden aplicarse analógicamente las consecuencias que otorga la Ley a los casos de rechazo (declaración del concurso en la misma resolución de rechazo) o incumplimiento (declaración de concurso por el juez que considere configurado el mismo, a pedido de cualquier acreedor). Entendemos que la hipótesis de anulación es la única que constituye, dentro de las previstas en el artículo 4.7 de la LCRE, una verdadera presunción relativa de insolvencia. Si se anula el acuerdo, cualquier legitimado podrá promover la declaración de concurso del deudor. Éste, podrá oponerse en la medida en que acredite que, pese a la configuración de esta presunción relativa, no se encuentra en estado de insolvencia<sup>140</sup>.

### **b.- Presunciones absolutas del estado de insolvencia**

Las presunciones absolutas del *estado de insolvencia*, por ser tales, no admiten prueba en contrario, en la medida en que se compruebe su acaecimiento.

---

<sup>139</sup> En el Proyecto de Ley originario remitido por el Poder Ejecutivo (Ministerio de Economía y Finanzas) al Parlamento uruguayo, estas presunciones relativas del *estado de insolvencia* que prevé el artículo 4.7, se encontraban previstas como presunciones absolutas (artículo 5 numeral 6 del Proyecto). Quizás ahí se encuentre el origen de la ilógica integración dentro de la nómina de presunciones relativas de los hechos que se contemplan en el referido precepto.

<sup>140</sup> No existe en doctrina uruguaya tratamiento alguno sobre este tema. Pese a las consecuencias importantes y gravosas que traen aparejados cuatro de los cinco supuestos del artículo 4.7 de la LCRE, no se ha planteado siquiera la posibilidad de que los cuatro casos referidos no configuren presunciones relativas.

A diferencia de lo que ocurre con las presunciones relativas del *estado de insolvencia*, frente a las que el deudor podrá oponerse acreditando la posibilidad de cumplir con sus obligaciones, en las presunciones absolutas, más allá que el deudor esté en condiciones de cumplir con sus obligaciones, no podrá alegar este hecho como causal de destrucción de la presunción operada<sup>141</sup>.

La independencia con la que operan las presunciones absolutas respecto del presupuesto objetivo definido por la LCRE, conduce a afirmar la existencia de otros presupuestos objetivos para la declaración de concurso, no comprendidos en el concepto de *estado de insolvencia*.

### **1.- Solicitud de concurso por el propio deudor**

El artículo 10 de la LCRE establece como una “obligación” (en realidad es una carga, imperativo de su propio interés, ya que no hay ningún otro sujeto que pueda exigir o reclamar el cumplimiento de la prestación debida), la de “solicitar su propio concurso dentro de los treinta días siguientes a que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia”. Esta presunción de insolvencia, supone la confesión del deudor acerca de su imposibilidad de cumplir con las obligaciones. Nadie debería saber mejor que el deudor, cuándo es imposible cumplir.

Doctrinariamente, al estudiar la presunción absoluta de solicitud de concurso por el propio deudor, se ha planteado la innecesariedad del efectivo incumplimiento de sus obligaciones, alcanzando con que

---

<sup>141</sup> En ese sentido, RIPPE, S., quien manifiesta: “*Las presunciones absolutas de insolvencia, en cuanto no admiten prueba en contrario, aún cuando no puedan implicar incumplimientos ni desequilibrios, obligan al deudor y conllevan necesariamente a la declaración judicial pertinente a pedido del mismo o de parte legitimada al efecto*” (RIPPE, S., “Aproximación crítica al presupuesto objetivo del “estado de insolvencia” y de sus manifestaciones y efectos de la normativa concursal”, en Anuario de Derecho Comercial, Tomo 14, FCU, Montevideo, 2012, p. 24).

el mismo tenga la certeza de que no va a poder cumplir<sup>142</sup>. Estrictamente, al deudor que solicita su propio concurso, la Ley uruguaya no le exige acreditar ni la insolvencia actual, ni la insolvencia inminente, no se le exige probar que “*no puede cumplir con sus obligaciones*” (art. 1, párrafo 2º, LCRE). Solo se le exige al deudor para solicitar su concurso agregar la documentación referida en el artículo 7º de la Ley 18.387.

Tal es el efecto de esta presunción absoluta del *estado de insolvencia*, que la propia Ley concursal determina que si el concurso es solicitado por el deudor y el mismo cumple con los requerimientos legales para su presentación (art. 7, LCRE), el Juez deberá expedirse, “sin más trámite, dentro de los dos días de presentada la solicitud” (art. 15, LCRE).

## **2.- Declaración de concurso, quiebra o cualquier otra forma de ejecución concursal por Juez competente del país donde el deudor tenga su domicilio principal<sup>143</sup>**

Un deudor pudo ser declarado en concurso, quiebra o cualquier otra forma de ejecución concursal por Juez competente del país donde el deudor tenga su domicilio principal, sin que por ello se encuentre imposibilitado de cumplir con sus obligaciones.

---

<sup>142</sup> BADO y LÓPEZ afirman, al analizar la solicitud por el deudor de su propio concurso, y con fundamento en doctrina italiana, “[...] *que no se requiere un efectivo incumplimiento; basta que el deudor tenga la certidumbre de no poder pagar más*”. BADO, V. y LÓPEZ, C., “Presupuestos del Concurso”, *op. cit.*, p. 105.

<sup>143</sup>En sede de “eficacia en el país de las resoluciones judiciales extranjeras en materia de concursos”, y en concordancia con esta presunción absoluta del *estado de insolvencia* del deudor, el artículo 245 de la LCRE dispone: “En el caso de declaración por Juez extranjero de concurso o quiebra de un deudor que tenga o haya tenido su domicilio, centro efectivo de actividad, oficina, establecimiento o explotación en la República, cualquiera de los sujetos legitimados podrá solicitar la apertura del concurso en el país. En este caso, existirá presunción absoluta de la insolvencia del deudor y el concurso tendrá la calidad de necesario”.

Se desconoce cuáles son los presupuestos para ser declarado en concurso u otra forma de ejecución concursal en el país donde el deudor tenga el domicilio principal. Pudo haber sido declarado por razones de iliquidez, de insolvencia, cesación de pagos, o simplemente, como un instrumento preventivo. Sin embargo, la presunción es absoluta.

### **3.- Realización de actos fraudulentos para la obtención de créditos o para sustraer bienes a la persecución de los acreedores**

La realización de actos fraudulentos para obtener créditos o sustraer bienes a la persecución de acreedores, no implica necesariamente que el deudor no pueda cumplir con sus obligaciones.

Quien promueva el concurso, deberá acreditar la realización de actos fraudulentos por parte del deudor. Se ha afirmado que el fraude ya debería estar acreditado por sentencia judicial pasada en autoridad de cosa juzgada, o bien, en el caso de no haber sentencia, que existan elementos probatorios del fraude<sup>144</sup>. Obviamente, la realización de actos fraudulentos no implica necesariamente la comisión de delitos, excepto que a través de los referidos actos engañosos se configure un tipo penal<sup>145</sup>.

### **4.- Ocultación o ausencia del deudor o de los administradores, en su caso, sin dejar representante con facultades y medios suficientes para cumplir con sus obligaciones**

Al igual que expresáramos en la presunción absoluta anterior, en este caso, ni la sustracción bienes a la persecución de acreedores, ni la existencia de ocultación o ausencia del deudor sin dejar representante,

---

<sup>144</sup> HEUER, F. – RODRÍGUEZ MASCARDI, T., “Las Pericias en...”, *op. cit.*, p. 85. En contra MARTÍNEZ BLANCO, C., quien en “Manual del nuevo...”, *op. cit.*, p. 156, estima necesario “[...] que prospere una acción civil que demuestre la actuación lesiva a los intereses de los acreedores”.

<sup>145</sup> En contra, MARTÍNEZ BLANCO, C., “Manual del nuevo...”, *op. cit.*, p. 156.

implica ineludiblemente que el deudor no pueda cumplir con sus obligaciones.

Si bien puede existir algún grado de relación con la presunción relativa referente al cierre permanente del establecimiento donde el deudor desarrolla su actividad, esta presunción absoluta del *estado de insolvencia*, denota una situación de mayor gravedad.

Consecuentemente, en caso de darse esta presunción absoluta, por más que el deudor pueda cumplir con sus obligaciones, no se admitirá prueba en sentido contrario. Podría ocurrir que el deudor no haya incurrido en incumplimientos, pero que los hechos reseñados podrían revelar la inminencia del incumplimiento<sup>146</sup>.

---

<sup>146</sup>Cfr., BADO, V. y LÓPEZ, C., “Presupuestos del Concurso”, *op. cit.*, p. 106.

## ***Capítulo Tercero: La solicitud del concurso voluntario por el deudor persona jurídica. Documentación***

### **I.- Régimen jurídico español**

#### **A.- Órgano competente para solicitar el concurso voluntario**

El deudor, persona física o jurídica, está legitimado para solicitar su declaración de concurso voluntario (art. 3.1, párrafo primero, LC), justificando su endeudamiento y su estado de insolvencia actual o inminente (art. 2.3, LC).

La legitimación del deudor, sin duda presupone la existencia del derecho<sup>147</sup>.

Pero, además, el legislador impone bajo determinadas circunstancias, al deudor, la solicitud del propio concurso. La solicitud por el deudor de su concurso aparece configurada como un deber en el artículo 5.1 de la Ley. El deber nace en el momento en el que el deudor “[...] hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia”. Desde el momento en que conoció o debió conocer su estado de insolvencia, el deudor dispondrá de dos meses para instar su declaración de concurso. La Ley establece una presunción *iuris tantum* de tal conocimiento cuando se ocurren cualesquiera de los supuestos de hecho en que es posible basar la solicitud de concurso necesario (art. 2.4, LC).

Ahora bien ¿a qué estado de insolvencia se refiere el artículo 5? Se debe tener presente que la Ley reconoce como presupuesto objetivo de la declaración de concurso voluntario dos supuestos de hecho radicalmente distintos: el estado de *insolvencia actual*, en el que el deudor no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles (art. 2.2, LC), y el de *insolvencia inminente*, en el que incurre el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus

---

<sup>147</sup> ROJO Á., “Legitimación (Art. 3)”, *op. cit.*, p. 199.

obligaciones (art. 2.3 *in fine*, LC). Pese a que alguna resolución jurisdiccional ha interpretado la falta de mención al respecto en el artículo 5 como la indicación de que el mandato contenido en la norma es de “[...] aplicación en cualquier caso”<sup>148</sup>, tanto a la insolvencia inminente como a la actual, creemos más correcto entender que tal deber solo se impone en ésta última circunstancia<sup>149</sup>.

Respecto al órgano que, en la persona jurídica tiene atribuida la competencia para cumplir con este deber, no parece existir muchas dudas respecto a que el mismo será el que, en la regulación aplicable a la forma jurídica que la persona jurídica adopte, tenga atribuida legalmente las facultades de administración (o, eventualmente, el órgano de liquidación). Expresamente así lo declara la Ley, en su artículo 3.1, párrafo segundo, redacción que, pese a la reforma de este numeral por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, consideramos plenamente vigente<sup>150</sup>.

---

<sup>148</sup>Audiencia Provincial de Zaragoza. Sección 5ª. Sentencia N.º 218/2015, de 15 de mayo. Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi referencia JUR\2015\143472. FD 3º.

<sup>149</sup> A favor, ROJO, Á., “Presupuesto objetivo...”, *op.cit.*, p. 179. También MORILLAS JARILLO, Mª. J., “Deber de solicitar la declaración de concurso (Art. 5)”, en ROJO Á., BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M. (Dir.), *Comentario de la Ley concursal*, vol. 1, 1ª edición, Madrid, 2004, p. 239.

<sup>150</sup> El artículo 21.1 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, modifica el párrafo primero del apartado 1 del artículo 3 de la Ley concursal, pero omite la inclusión del párrafo segundo. Con ello se genera la duda de si la modificación implica la desaparición del segundo párrafo del numeral, o tan solo alcanza al primero, quedando incólume el resto del artículo 3.1. Nos inclinamos por la segunda opción. En primer lugar, porque nada en el articulado o en el Preámbulo de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, permite deducir la voluntad de suprimir el segundo párrafo del precepto concursal. Sí es, en cambio, coherente con las modificaciones introducidas por la Ley, entender que la intención del legislador se limita a armonizar la norma de atribución de legitimación para la solicitud del concurso con la introducción de la figura del mediador concursal y las funciones y atribuciones que a éste se le asignan, en el nuevo Título X que la Ley 14/2013 añade a la norma concursal. En cualquier caso, incluso si, contra toda lógica, se considera suprimido el párrafo segundo del artículo 3.1, aún habrá de entenderse que el órgano de administración y representación es el competente para la solicitud de la declaración de concurso de la



El deber del deudor persona jurídica de solicitar su propio concurso solo puede ser cumplido a través de su órgano de administración en cuanto tal. La Ley no reconoce a las personas integrantes de los órganos de administración de las personas jurídicas legitimación para instar el concurso voluntario o necesario de la entidad. Pero, incluso cuando por reunir la persona integrante del órgano de administración otras cualidades, como la de ser socio personalmente responsable por las deudas de la entidad, ésta se encuentre legitimada para instar el concurso, el mismo será siempre concurso necesario.

Del mismo modo, no cabe que la voluntad del órgano de administración se usurpe por otro órgano de la persona jurídica, y serán nulos, por contrarios a una disposición legal expresa (art. 3.1, párrafo 2, LC)<sup>151</sup>, los pactos estatutarios que otorguen la competencia para la declaración del concurso al órgano deliberativo. La delegación de esta competencia ha de entenderse posible, en los casos en que no se prohíba expresamente, por la ley aplicable a la forma jurídica que adopte el deudor, o los estatutos<sup>152</sup>.

El que, cuando junto con la solicitud de declaración de concurso (art. 142.1, LC) el deudor pueda pedir la liquidación, no implica la necesidad de que, en tal caso, ni en cualquier otro, sea preciso que complete la voluntad del órgano de administración una resolución del órgano deliberativo. En efecto, dependiendo de la forma jurídica que el deudor adopte, las normas reguladoras del tipo pueden haber reservado la competencia para decidir la disolución y liquidación del ente a la decisión de su órgano deliberativo. Así, por ejemplo el

---

persona jurídica (art., 7.4, LEC). EL texto legal sería en tal caso más oscuro, pero su interpretación no debería conducir, en último extremo, a un resultado diferente.

<sup>151</sup> MORILLAS JARILLO, M<sup>a</sup>. J., “El concurso de...”, *op.cit.*, p. 256.

<sup>152</sup> Siempre y cuando, obviamente, la delegación no recaiga en el órgano deliberativo, en cuyo caso deberá considerarse el acto delegatorio ejecutado en fraude de ley, resultando de ello la aplicación de la norma (art. 3.1, párrafo 2º, LC) que se trata de eludir (art. 6.4, CC).

artículo 160 h) de la Ley de Sociedades de Capital, reserva tal competencia a la junta. No obstante, el acuerdo del órgano deliberativo, aún aconsejable en este caso, no es necesario<sup>153</sup>. Efectivamente, no lo exige la Ley concursal al señalar a los legitimados, ni aparece entre los documentos que el deudor debe acompañar al escrito de solicitud de declaración de concurso voluntario (art. 6.2, LC). Los integrantes del órgano de administración serán prudentes al procurar, cuando ello sea posible, una resolución acreditativa del respaldo del órgano deliberativo a la decisión de solicitar la declaración de concurso voluntario, cuya responsabilidad solo a los administradores alcanza, siendo justo que también solo a la administración del deudor competa decidir la presentación de la solicitud. No se trata ésta de una cuestión de legitimación, sino de responsabilidad: la que quepa serles reclamada a los administradores por los daños derivados del incumplimiento de un precepto legal del régimen aplicable a la forma jurídica o de su deber genérico de actuación diligente o leal.

El efecto aparejado al incumplimiento del deber de declaración de concurso de la persona jurídica (con independencia, es claro, de la concurrente eventual responsabilidad que a sus integrantes les sea exigible por los daños y perjuicios que el incumplimiento genere en el patrimonio de la persona jurídica, sus socios o accionistas, acreedores o terceros) se hace recaer en los integrantes de su órgano de administración y representación. Tal efecto es la presunción, destruible por la prueba, del carácter culpable del concurso declarado en caso de apertura de la fase de calificación (art. 165.1.1º, LC).

Entonces, es claro para las personas jurídicas, cuáles de sus órganos intervienen en el proceso de formación y exteriorización de la decisión de solicitar la declaración del propio concurso. En este sentido, la Ley concursal, en su artículo 3.1, párrafo segundo, señala: *“si el deudor fuera persona jurídica, será competente para decidir sobre la solicitud [de concurso] el órgano de administración o de*

---

<sup>153</sup> A favor, MORILLAS JARILLO, M<sup>a</sup>. J., “El concurso de...”, *op. cit.*, p. 249. En contra, ROJO Á., “Legitimación (Art. 3)”, *op. cit.*, p. 201.

*liquidación*”. El verbo “decidir” significa “resolver, tomar determinación de algo”<sup>154</sup>. La atribución de competencia hecha por el legislador concursal ha de entenderse pues hecha en el sentido de que la voluntad de solicitar el concurso ha de formarse en el seno del órgano de administración. “*En consecuencia, el órgano de administración tiene capacidad para decidir sobre la solicitud: para tomar la determinación de presentarla o no; y para concretar su contenido [...]*”<sup>155</sup>.

Diferente del proceso formativo de la voluntad de la persona jurídica, es su manifestación, aspecto sobre el que no se pronuncia la Ley concursal, siendo entonces de aplicación, lo previsto con carácter general para la determinación de la representación de la persona jurídica. La Ley de Enjuiciamiento Civil, respecto de la comparecencia en juicio de la persona jurídica, dispone: “*Por las personas jurídicas comparecerán quienes legalmente las representen*” (art. 7.4, LEC), variando la atribución de tal representación en función de la forma que adopte la persona jurídica y de cómo se estructure su órgano de representación<sup>156</sup>.

El deudor deberá solicitar su declaración de concurso representado por abogado y procurador, debiendo ambos firmar el escrito de solicitud (arts. 23.1, y 31.1 LEC). El procurador del deudor deberá presentar, junto con la solicitud de concurso de su representado, poder especial, sustituible por apoderamiento *apud acta* (art. 6.2.1º, LC). La Ley no exige la firma del administrador, administradores (liquidador o liquidadores)<sup>157</sup>. Tampoco se relaciona,

---

<sup>154</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “Diccionario de la...”, *op.cit.*

<sup>155</sup> MORILLAS JARILLO, M. J., “El concurso de...”, *op. cit.*, p. 237.

<sup>156</sup> MORILLAS JARILLO, M. J., “El concurso de...”, *ibid.*, p. 236.

<sup>157</sup> Tanto respecto a la necesidad de que el escrito de solicitud fuese presentado con la firma del representante legal de la entidad, como con relación a la necesaria inclusión o no de la certificación del acuerdo del órgano de la persona jurídica por el

---

que se adopta la decisión de solicitar el concurso, los Anteproyectos de Ley concursal adoptaron soluciones diversas. Del mismo modo difirieron las opciones legislativas seguidas en cada uno de los proyectos en cuanto a la atribución de la competencia para la solicitud del concurso voluntario al concreto órgano de la persona jurídica. El Anteproyecto de Ley de 1959 exigía que, en el caso de solicitud de concurso voluntario por una sociedad, acompañase al escrito “[...] una certificación del acuerdo en que conforme a la Ley se hubiese decidido solicitar el concurso”, acuerdo cuya adopción correspondía en todo caso a los socios (arts. 123 y 180, párrafo quinto, ALPC 1959). Muy similar previsión se incluía también en el Anteproyecto de 1983, que, no obstante, señalaba como necesario el acompañamiento de certificación del acuerdo “[...] de los socios, Junta, Asamblea general u órgano deliberante que corresponda, por el que se apruebe la presentación”, salvo en los casos en que la crisis económica de la persona jurídica se hubiera manifestado mediante hechos reveladores de insolvencia calificada recogidos en el artículo 9º. En concreto, lo señalado en los numerales 1º (existencia de un sobreseimiento general en los pagos del deudor o sobreseimientos sectoriales que afectasen a obligaciones tributarias; cuotas de la Seguridad Social; rentas del local o locales de negocio donde se desarrollase la actividad principal del deudor, retribuciones derivadas de relaciones de trabajo; prestaciones de servicio de caja específicas de entidades de crédito; o indemnizaciones debidas por entidades aseguradoras a asegurados); y 2º (existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afectasen de forma general al patrimonio del deudor). En tales supuestos se establecía la obligatoria solicitud por “[...] el representante de la entidad deudora [...]”, (art. 12. párrafo primero; art. 10, párrafo segundo; y arts. 9.1º y 2º APLC 1983). Por su parte, el Anteproyecto de Ley concursal de 1995, exigía que tanto la solicitud como los documentos adjuntos estuviesen firmados por “[...] todos los administradores o liquidadores”, añadiendo como requisito el acompañamiento de certificación de la decisión o del acuerdo aprobando la presentación, sin especificar de cual órgano debía emanar la misma (art. 5.4, APLC 1995). Destacaba en el Anteproyecto de 1995 la previsión de su artículo 6.2, que señalaba a cada uno de los administradores y liquidadores como responsables de la solicitud de la declaración judicial de concurso cuando el deudor fuera persona jurídica. En el Anteproyecto de Ley concursal de 17 de noviembre de 2000, desaparece cualquier mención a la necesidad de la firma de administradores o liquidadores en el escrito de solicitud o en la documentación que lo acompaña. Desaparece del mismo modo, cualquier referencia al requisito del acompañamiento de certificación del acuerdo por el que se adopta la decisión de solicitar la persona jurídica su propio concurso, manteniéndose ambos aspectos inalterados en el Anteproyecto de Ley concursal de 2001 (desatendiéndose el informe al Anteproyecto de Ley orgánica para la reforma concursal y al Anteproyecto de Ley concursal del CGPJ, de 6 de noviembre de 2001, que señalaba la omisión “[...] de la necesaria firma del representante del

entre los documentos que deben acompañar la solicitud de concurso, la certificación del acuerdo por el que el órgano de administración adopta la decisión de solicitar el concurso voluntario<sup>158</sup>. Sí, por el contrario, será preciso que quien manifiesta representar al deudor acredite su condición de representante<sup>159</sup>.

Pese a reconocerse la trascendencia que la declaración de concurso tiene para la sociedad, los socios y los propios administradores<sup>160</sup>, entendemos que no existe una norma que, con carácter general, impida al órgano de administración y representación delegar el ejercicio de su competencia en alguno o algunos de sus miembros o en las comisiones ejecutivas que pudieran crearse cuando adopte una estructura colegiada. Del mismo modo, en nuestra opinión, no existe tampoco una norma que, de forma general, impida al órgano de administración (o liquidación) atribuir el ejercicio de la facultad de solicitar el concurso voluntario a apoderados o representantes voluntarios<sup>161</sup>. Habrá de estarse, en relación a estas cuestiones, a lo que estipule la regulación legal aplicable a la organización interna de la específica forma que la persona jurídica adopte.

---

*solicitante*”), en el Anteproyecto de 2002 y en la redacción definitiva del texto finalmente aprobado.

<sup>158</sup> ROJO, sin embargo, considera que “[...] naturalmente, a la solicitud habrá de acompañarse una certificación de la decisión o del acuerdo adoptado”. Faltando la misma, el juez deberá conceder un plazo de justificación o de subsanación, dentro del cual habría de acreditarse la decisión o el acuerdo del órgano de administración o liquidación de la persona jurídica deudora”. ROJO, Á., “Legitimación (art. 3)”, en ROJO, Á., BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M. (Dir.), *Comentario de la Ley concursal*, vol. 1, 1ª edición, Editorial Civitas, Madrid, 2004, p. 201. Sin embargo, no lo establece así la Ley, pudiendo haberlo hecho. La utilidad de la certificación a la que alude el autor es incuestionable, no obstante, debemos discrepar en cuanto a que quepa sobrentender su exigencia por obvia.

<sup>159</sup> Cfr. art. 3.1, párrafo segundo, LC.

<sup>160</sup> MORILLAS JARILLO, M. J., “El concurso de...”, 1, *op. cit.*, p. 244.

<sup>161</sup> A favor, ROJO y MORILLAS. ROJO, Á., “Legitimación (art. 2)”, *op. cit.*, p. 202; MORILLAS JARILLO, M. J., “El concurso de...”, 1, *op. cit.*, p. 244.

Así, en relación con las sociedades de capital y respecto de la validez de la decisión o acuerdo del órgano de administración por el que se delega la competencia para decidir sobre la solicitud de concurso voluntario, no aparece dicha competencia, ni directa ni indirectamente entre las que se califican como indelegables en el artículo 249 *bis* de la Ley de Sociedades de Capital. Tampoco creemos que nada obste a que el ejercicio de la competencia se confíe mediante el otorgamiento de poder a un tercero. No debe confundirse, en este caso, el poder de procuración (art. 24.1, LEC) que la Ley concursal exige se presente junto con la solicitud de concurso voluntario y que deberá otorgarse con carácter especial (art. 6.2.1º, LC), con aquel otro que el deudor o - en el caso de ser persona jurídica, el órgano que tenga atribuida competencia (o la ejerza por delegación) - otorgue en favor de representante voluntario y cuyo objeto sea, no la *presentación* de la solicitud, sino la *decisión* sobre la misma. Entendemos que la diversa naturaleza de ambos poderes resulta evidente si se considera la obligatoriedad de la comparecencia del deudor en el procedimiento concursal a través de procurador (art. 23.1, LC) y la naturaleza contingente del eventual otorgamiento de poder para decidir la solicitud de concurso hecha por el deudor a un tercero. Tratándose el poder especial para solicitar el concurso voluntario, de un documento que habrá necesariamente de acompañar a dicha solicitud *en todos los casos*, es lógico concluir que la mención hecha por el legislador cabe entenderse única y exclusivamente referida al *poder para procuración*. Como consecuencia de lo anterior, creemos que el poder por el que se autoriza a un tercero a decidir sobre la solicitud del concurso del deudor puede ser indistintamente especial o general. Deberán, eso sí, tanto el poder (cuando sea general), como el acuerdo o decisión por la que se delega la facultad de solicitar el concurso, estar inscritos en el Registro Mercantil con anterioridad a la solicitud (art. 94.1.5º, RRM).

Por otra parte, será preciso determinar si, a la luz de la norma contenida en el párrafo segundo del artículo 3.1 de la Ley concursal, la competencia para la solicitud del concurso voluntario de la persona

jurídica corresponde, de forma exclusiva y excluyente al órgano de administración en todos los casos, sea cual fuere la forma que la persona jurídica adopte. La rotunda claridad con la que el legislador atribuye la competencia para decidir la solicitud de concurso voluntario al órgano de administración (o liquidación) parecería dejar escaso margen a la existencia de opiniones divergentes. No obstante, se verá cómo en éste, y en muchos otros casos, la compleja articulación de las previsiones del Derecho concursal con las normas que regulan la organización y funcionamiento de las personas jurídicas, genera fricciones y conflictos que el intérprete deberá resolver.

Al momento de sancionarse la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, la atribución de la competencia para la solicitud de la quiebra o la suspensión de pagos de una persona jurídica era regulada, de forma incompleta y fraccionaria, en un conjunto de disposiciones dispersas. El Código de Comercio ignoraba la cuestión de la atribución de competencia para decidir sobre la solicitud de quiebra, no así respecto a la suspensión de pagos. En su artículo 873, el Código, al regular la suspensión de pagos de sociedades y empresas no comprendidas en las señaladas por el artículo 930 (compañías y empresas de ferrocarriles y demás obras de servicio público general, provincial o municipal), exigía “[...] *el acuerdo de los socios, adoptado en Junta general precisamente convocada al efecto* [...]”. Tratándose de sociedades y empresas reguladas en el artículo 930, la declaración de suspensión de pagos hecha por el Juez o Tribunal imponía a las compañías y empresas “[...] *el deber de presentar al Juez o Tribunal, dentro del término de cuatro meses, una proposición de convenio para el pago de los acreedores, aprobada previamente en junta ordinaria o extraordinaria por los accionistas, si la compañía o empresa deudora estuviere constituida por acciones*” (art. 934.3, CCom).

La aprobación de la Ley de 26 de junio de 1922, de suspensión de pagos, introdujo como novedad, la previsión contenida en su artículo 2, en el que, sólo para las personas jurídicas que

adoptaran la forma de Sociedad Anónima, se exigía acompañar a la solicitud de suspensión de pagos, certificación del acuerdo del Consejo de Administración autorizando la presentación de dicha solicitud y la justificación de haber convocado Junta de accionistas para someter a su ratificación el mencionado acuerdo. No celebrada la Junta general en el plazo legal o estatutariamente fijado, o caso de celebrarse, no adoptando la Junta el mencionado acuerdo ratificatorio, la ley dictaba la necesaria terminación del expediente de suspensión de pagos, quedando los acreedores en plena libertad para el ejercicio de sus acciones.

La Ley concursal derogó expresamente las normas anteriores (Disposición Derogatoria única, 1 y 3.3º, LC), pero al mismo tiempo, introdujo modificaciones en la legislación societaria (Disposiciones Finales vigésima, numerales 3, 4 y 5, y vigésimo primera, numerales 2 y 4, LC), que tuvieron como resultado el que se incorporasen a la regulación de la sociedad anónima y limitada previsiones antitéticas con la contenida en el comentado artículo 3.1 de la Ley que, como se vio, atribuye con carácter general al órgano de administración y representación del deudor persona jurídica, la competencia para decidir la solicitud del concurso voluntario.

La Disposición Final vigésima, numeral 3 y la Disposición Final vigésimo primera, numeral 2, modificaron las causales de disolución contempladas en los artículos 260.1.4º del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, y 104.1, párrafo e) de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, respectivamente. Ambas normas societarias contemplaban como causa de disolución, las pérdidas que dejasen reducido el patrimonio de la sociedad a una cifra inferior a la de la mitad del capital social. Si bien ello no suponía la insolvencia de la persona jurídica, era dable pensar en una situación en la que la sociedad se hallase incurso en causal de disolución por pérdidas cualificadas y, al mismo tiempo, fuera incapaz de cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles. En tal hipótesis, resultaba conveniente aclarar



cuál de los dos regímenes – el de la disolución o el concursal – gozaba de preeminencia. La ley concursal establece con claridad la prioridad de la regulación concursal sobre la societaria. Así, se modifican los referidos preceptos de la Ley de Sociedades Anónimas y de la Ley de Sociedades de responsabilidad Limitada que, en la redacción dada por la Ley concursal, pasan a tener idéntico contenido: se disolverá la sociedad *“por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso conforme a lo dispuesto en la Ley concursal”*. Frente al supuesto contemplado en las normas societarias (la verificación de pérdidas de suficiente entidad), cabría bien disolver la sociedad o bien remover la causal de disolución mediante operaciones de aumento o reducción del capital, pero ninguna de las dos soluciones anteriores procedía cuando era *“[...] procedente solicitar la declaración de concurso [...]”*.

Lamentablemente, el esfuerzo unificador que constituyen las normas comentadas, fracasa por completo cuando se analizan las previsiones contenidas en los numerales 4 de la Disposición Final vigésima y 4 de la Disposición Final vigésima primera. La Disposición Final vigésima, numeral 4, modifica el apartado 2 del artículo 262 del Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, que en su redacción anterior, imponía a los administradores la obligación de convocar a Junta General en el plazo de dos meses desde que concurriera la causal de disolución. La Ley concursal añadió dos párrafos. El nuevo párrafo 2º dispuso: *“Asimismo podrán solicitar la declaración de concurso por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, siempre que la referida reducción determine la insolvencia de la sociedad, en los términos a que se refiere el artículo 2 de la Ley concursal”*. El también nuevo párrafo tercero, por su parte, estableció: *“Cualquier accionista podrá requerir a los*

*administradores para que se convoque la Junta si, a su juicio, existe causa legítima para la disolución, o para el concurso”.*

En su nueva redacción, el artículo 262.2 introdujo un elemento de incertidumbre con relación a la obligatoriedad de solicitar el concurso los administradores, desde que es conocido el estado de insolvencia de la sociedad (art. 5, LC). Ello porque, dándose simultáneamente la causal de disolución por pérdidas y el estado de insolvencia, el empleo del término “*podrán*”, parecía situar dentro de la esfera de decisión del órgano de administración la convocatoria a Junta para decidir sobre la remoción de la causa o la disolución de la sociedad, convocarla para que decidiera la solicitud de concurso voluntario o, directamente y sin contar con el parecer de la Junta, solicitar el concurso la administración societaria. Esta interpretación quedaba reforzada por la previsión contenida en el nuevo párrafo tercero del precepto que autorizaba a cualquier accionista que entendiere concurriese “*causa legítima [...] para el concurso*”, a requerir a los administradores, no para que lo solicitaran (conforme correspondería de aplicarse la previsión del artículo 3.1 de la Ley concursal) sino para que “[...] *convocasen a la Junta*”.

Adoptando una solución diferente de la contemplada en el artículo de la Ley de sociedades anónimas precedente y también de la prevista en el artículo 3.1 de la Norma concursal, la Disposición Final vigésima primera, numeral 4, de la Ley concursal modifica los apartados 1 y 5 del artículo 105 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Con la reforma, el literal del apartado 1 pasó a ser el siguiente: “*En los casos previstos en los párrafos c) a g) del apartado 1 del artículo anterior, la disolución, o la solicitud de concurso, requerirá acuerdo de la Junta General adoptado por la mayoría a que se refiere el apartado 1 del artículo 53. Los administradores deberán convocar la Junta General en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución o inste el concurso. Cualquier socio podrá solicitar de los administradores la convocatoria si, a su juicio, concurriera alguna de dichas causas de disolución, o concurriera la insolvencia de la sociedad, en los*

*términos a que se refiere el artículo 2 de la Ley concursal*”. Vemos como sin aparente explicación<sup>162</sup>, la propia Ley concursal introduce una modificación en la normativa societaria opuesta a lo que la propia norma dispone en su artículo 3.1: si en éste la Ley atribuye la competencia para decidir la solicitud de concurso voluntario al órgano de administración (o liquidación), en su Disposición Final vigésimo primera, tratándose de sociedades de responsabilidad limitada, tal competencia se atribuía de forma exclusiva a la Junta General. El confuso panorama normativo descrito dio lugar a una natural diversidad de interpretaciones.

Esta disparidad en la atribución de competencia en las sociedades anónimas y en las sociedades de responsabilidad limitada se trata de enmendar aprovechando la promulgación del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. En su Exposición de Motivos, la citada norma señala la particular necesidad de armonizar la regulación legal de la “[...] *competencia de la junta general y, sobre todo, en lo relativo a la disolución y liquidación de las sociedades de capital, pues contrastaba el muy envejecido capítulo IX de la Ley de sociedades anónimas con el mucho más moderno capítulo X de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada, que se ha tomado como base para la refundición*”.

El nuevo texto refundido, reproduce en su artículo 363.1, e), las previsiones contenidas en los artículos 260.1.4º del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y 104.1, párrafo e) de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, cuyo contenido, tal como se comentó, era ya idéntico tras la modificación

---

<sup>162</sup> BELTRÁN SÁNCHEZ, señala cómo esta modificación introdujo referencias al concurso “*difíciles de comprender*”, referencias que no se hallaban presentes en ninguno de los anteproyectos de Ley presentados, añadiéndose, durante el debate parlamentario, en el Senado. El resultado obtenido es ásperamente criticado por el autor. BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Reforma de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (Disposición Final vigésima primera)”, en ROJO Á., EMILIO M. BELTRÁN SÁNCHEZ, (Dir.), *Comentario de la Ley concursal*, vol. 2, 1ª edición, Editorial Civitas, Madrid, 2004, p. 3260.

que introdujo la Ley concursal. Sin embargo, paradójicamente respecto a la atribución de competencia para la solicitud del concurso voluntario, la nueva Ley de Sociedades de Capital, siguiendo el criterio declarado en su Exposición de Motivos, opta por aplicar a todas las sociedades reguladas en la norma, el régimen previsto por el derogado artículo 105.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Entonces, el nuevo artículo 365.1, párrafo primero, dispone: *“Los administradores deberán convocar la junta general en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución o, si la sociedad fuera insolvente, ésta inste el concurso”*. Con ello se ahonda y extiende la antinomia introducida por la Disposición Final vigésima primera de La Ley concursal. Pero además, tampoco se aclara si la convocatoria y acuerdo del órgano deliberativo es preciso en todos los casos de insolvencia, ya sea ésta actual o inminente<sup>163</sup>, o sólo en aquellos en que tal insolvencia coincida con la causal de disolución recogida en el artículo 363.1, e) de la Ley de Sociedades de capital: pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social.

El párrafo segundo del artículo 365.1, por su parte, legitima a cualquier socio a *“[...] solicitar de los administradores la convocatoria si, a su juicio, concurriera alguna causa de disolución o la sociedad fuera insolvente”*. No atendido por los administradores el pedido de convocatoria de Junta General para la adopción del acuerdo de solicitud de concurso, el socio que represente al menos el cinco por ciento del capital social podrá acudir al juez para que convoque la Junta (arts. 168 y 169.2, LSC)<sup>164</sup>, lo anterior, con independencia de la

---

<sup>163</sup> PLEITEADO MARISCAL señala la inconveniencia de otorgar un mismo tratamiento a situaciones fácticas tan disímiles: siendo la solicitud de la declaración de concurso impuesta por la Ley, es hasta cierto punto lógico que el órgano responsable del cumplimiento de tal obligación (la administración societaria) pueda prescindir del acuerdo de la Junta. Empero, siendo como ocurre en el caso de la insolvencia inminente, tal solicitud potestativa, el autor entiende que *“[...] lo lógico es precisamente lo contrario, es decir, que sea la Junta la que decida si plantear o no una solicitud que no es obligatoria”*. PLEITEADO MARISCAL, P., “La declaración de concurso”, 1ª edición, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2005, p. 33.

responsabilidad que quepa exigirle a los administradores. En efecto, de acuerdo con lo previsto en el artículo 367.1 de la Ley de Sociedades de Capital: “*Responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución*”.

La discordancia entre el régimen concursal y el societario fruto de las inconsistencias y contradicciones normativas descritas en los párrafos anteriores, hacen necesario analizar los criterios interpretativos que han sido propuestos por doctrina y jurisprudencia con el fin de conciliar regulaciones difícilmente armonizables entre sí.

Una posición entiende que, en el ámbito de las sociedades de capital, corresponde, sin matices y de forma exclusiva y excluyente, al órgano de administración (o liquidación), tanto la competencia para solicitar el concurso voluntario como para decidir la solicitud misma<sup>165</sup>. Se llega a esta conclusión principalmente en base a lo dispuesto en la norma del artículo 3.1, párrafo segundo de la Ley concursal. Se llama también, en apoyo de esta tesis “[...] *la necesaria*

---

<sup>164</sup> MORENO SERRANO, E., “Solicitud de concurso y refinanciación de deuda en sociedades de capital: órgano legitimado”, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, La Ley, N.º 18, 2013, <http://laleydigital.laley.es>, pp. 22 y 23.

<sup>165</sup> ROJO, A., “Concurso de acreedores”, en BELTRÁN, E., y GARCÍA-CRUCES, J.A. (Dir.), ÁVILA DE LA TORRE, A., y CAMPUZANO, A.B., *Enciclopedia de Derecho concursal*, Tomo 1º, 1ª edición, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 598. A esta posición se adscribe, empleando similares argumentos, PLEITEADO MARISCAL, si bien la autora matiza la diferencia existente entre la solicitud basada en la insolvencia inminente o actual. PLEITEADO MARISCAL, P., “La declaración de...”, *op. cit.*, p. 33.

*correlación que debe existir entre poder y responsabilidad*". Así se afirma que, siendo el órgano de administración o liquidación el único responsable por la falta de la oportuna solicitud de concurso, sería lógico que dicho órgano sea también "[...] *el único que ostente el poder de decisión en ese ámbito* [...]". Asimismo se señala cómo esta interpretación sería la única que no vaciaría de contenido la previsión del párrafo segundo del artículo 3.1 de la Ley concursal, teniendo en cuenta que la *mera solicitud de concurso* es ya competencia del órgano de administración como portador exclusivo del poder de representación. Los artículos 365 y 367 de la Ley de Sociedades de Capital, se limitarían a ordenar una "*extraña*" convocatoria a Junta pero, ni atribuiría competencia al órgano deliberativo ni exigirían la adopción de un acuerdo de solicitud de concurso, al contrario de lo que se estipularía en la Ley en sede de disolución de la sociedad.

Opuesta a la anterior se encuentra la postura de aquellos autores<sup>166</sup> que consideran necesario el acuerdo de la Junta por el que se adopta la decisión de solicitar el concurso. Si bien se admite el que la solicitud de la declaración de concurso no se relaciona entre las competencias que la Ley societaria atribuye al órgano deliberativo (art. 160, LSC), los partidarios de esta postura aducen no tratarse la solicitud de concurso de un simple acto de gestión. Ejemplo de lo anterior sería, para estos autores la posibilidad de que con el concurso, se produjese "[...] *la solicitud y entrada en liquidación de la sociedad*"<sup>167</sup> cuando tal competencia es atribuida con carácter exclusivo a la Junta [art. 160, h), LSC]. Si bien la declaración de concurso no implicaría la necesaria disolución de la persona jurídica deudora, no habría cómo tener certeza de que tal no sería el resultado hasta concluida la fase común del procedimiento (art. 98, LC). Por tanto, sería necesario que, ya con carácter previo, ya ratificando a posteriori la solicitud presentada por el órgano de administración, el órgano deliberativo manifestase su parecer. Junto al argumento

---

<sup>166</sup> Representante destacada de esta posición es PULGAR EZQUERRA. (PULGAR EZQUERRA J., "La declaración del..." *op. cit.*, pp. 416 y ss.).

<sup>167</sup> PULGAR EZQUERRA J., "La declaración del...", *ibid.*, p. 422.

anterior, también se cita el vínculo existente entre la constatación de pérdidas económicas con la competencia para la aprobación de la cuentas de la sociedad, también reservada por Ley a la Junta [art. 160, a), LC]. Por último, y frente a las eventuales consecuencias negativas que el incumplimiento del deber legal de solicitud de concurso puede tener para los administradores, se esgrime como argumento coadyuvante, el daño que por causa de la solicitud pueden sufrir socios y accionistas, derivados de una posible lesión del crédito del deudor en el tráfico, esto es del carácter “estigmatizante” que el concurso aún reviste en España.

Otro sector de la doctrina, a la vista de la confusa regulación legal de la solicitud de concurso, no acaba por decantarse de forma definitiva a favor de la competencia de uno u otro órgano societario para la solicitud del concurso de la sociedad de capital. No obstante, desde una perspectiva eminentemente práctica, señalan la inexistencia de consecuencias procesales cuando la solicitud de concurso es presentada sin acuerdo previo del órgano deliberativo. Efectivamente, en tal hipótesis, la Ley concursal no establece ni la inadmisión a trámite de la solicitud ni, declarado el concurso, su terminación<sup>168</sup>.

Éste último argumento creemos, es definitivo a la hora de ubicar correctamente la cuestión que nos ocupa. El que el órgano de administración solicite el concurso de la sociedad de capital prescindiendo del acuerdo del órgano deliberativo cuando la norma reguladora de la específica forma que adopte la persona jurídica así lo establezca - La Ley de Sociedades de Capital en el ejemplo visto, pero también, algunas leyes autonómicas de cooperativas - eventualmente podrá llegar a tener relevancia en el ámbito interno de la persona jurídica pero no impedirá al juez admitir la solicitud de concurso voluntario<sup>169</sup>. Apreciada la concurrencia de los presupuestos subjetivo

---

<sup>168</sup> MORA BENAVENTE, M. J., “Concurso voluntario y concurso necesario”, en FERNÁNDEZ DE LA GRANDA. L., y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M. (Coord.), *Comentarios a la Ley concursal*, 1º ed., Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 101 a 103.

y objetivo, procederá admitir la solicitud del concurso, en nuestra opinión, incluso si en la propia solicitud se insta la apertura de la fase de liquidación de la sociedad (art. 141.2, LC). Por el contrario, no cabe en ningún caso que el juez competente admita a trámite la solicitud de concurso voluntario realizada por quien no es representante legal del deudor.

¿Supondría alguna diferencia –desde el punto de vista expuesto en el párrafo anterior- que la solicitud de concurso se fundase en un estado de insolvencia actual o inminente? Creemos que no<sup>170</sup>. Es

---

<sup>169</sup> En este sentido, la opinión de SANCHO GARGALLO sobre la articulación del artículo 3.1 de la Ley concursal y el derogado artículo 105 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, es aún plenamente aplicable tras la entrada en vigor de la Ley de Sociedades de Capital: *“Así, a los efectos concursales, la competencia para solicitar el concurso es del órgano de administración de la sociedad, sin que sea precisa ratificación de la Junta y sin que un acuerdo contrario de ésta impida la declaración o provoque el desistimiento de la solicitud”*. SANCHO GARGALLO, I., “La responsabilidad de los administradores por las deudas de la sociedad, derivada del incumplimiento de los deberes legales de promover la disolución (artículos 262 TRLSA Y 105 LSRL)”, en GARRIDO ESPA, L. Y GIMENO BAYÓN COBOS, R. (Dir.), *Órganos de la Sociedad de Capital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 1151-1182.

<sup>170</sup> A este respecto, es relevante citar el auto del Juzgado de lo Mercantil N.º 3 de Barcelona que, pronunciándose respecto del pedido de medida cautelar dirigida a dejar sin efecto una solicitud de concurso voluntario fundado en estado de insolvencia inminente presentada por la administración societaria sin que la Junta hubiese tenido ocasión de manifestarse al respecto, señala, en su Fundamento de Derecho cuarto: *“En definitiva no puede ‘prima facie’ apreciarse un buen derecho que permita al actor la adopción de tan trascendentes medidas cautelares, cuando la base de la pretensión no es sino la opinión crítica de autores reputados pero minoritario en la medida en la que trasladan el debate respecto del derecho o el deber de los órganos de administración en orden a eludir posibles responsabilidades, con las cuestiones de legitimación. El hecho de que puedan existir voces doctrinales discrepantes (GARCÍA VIDAL o ALCOVER) respecto del criterio de interpretación de una norma en principio clara no debe ser argumento suficiente como para adoptar las medidas reclamadas, sin perjuicio de realizar un profundo debate respecto de las diversas posiciones que la doctrina haya podido plantear respecto de la legitimación para solicitar el concurso voluntario por*



cierto que la inexistencia del deber legal de declarar el concurso en el caso del estado de insolvencia inminente, deja sin uno de sus principales argumentos a aquellos que asignan la competencia para decidir la solicitud del concurso de forma exclusiva y excluyente al órgano de administración. Sin embargo, el Derecho positivo no permite al juez que conozca de la solicitud de concurso voluntario inadmitirla cuando la misma alegue el estado de insolvencia, ya inminente, ya actual, de la persona jurídica y no vaya acompañada de la resolución favorable de la Junta. Tampoco podrá el Juez del concurso concluir el procedimiento por dicho motivo. La corrección técnica de una propuesta de reforma legislativa que incorporase esta tesis no se discute, sino su viabilidad práctica en tanto interpretación de la legislación vigente.

Ahora, bien, aún queda sin responder la duda respecto a otro aspecto clave de la superposición de los regímenes societario y concursal: la articulación de la responsabilidad de los administradores por el incumplimiento del deber legal de promover la disolución de la sociedad (art. 367.1, LSC) y por el incumplimiento de la obligación legal de solicitar el concurso (art. 5.1, LC).

La norma contenida en el artículo 367.1 de la Ley societaria hace solidariamente responsables a los administradores por las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución cuando “[...]incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución”, así como cuando “[...]no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución”. Por otra parte, el incumplimiento de la obligación por parte del órgano de administración de solicitar el concurso de la persona jurídica dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que

---

*insolvencia inminente*” (Juzgado de lo Mercantil N.º 3 de Barcelona, Auto de 3 de diciembre de 2008, Id Cendoj: 08019470032008200003, FD 4º).

hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia (art. 5.1, LC), implica, caso de proceder la formación de la sección de calificación, una presunción *iuris tantum* de haber mediado dolo o culpa grave de los administradores (o liquidadores) del deudor en la generación o agravación del estado de insolvencia (arts. 164.1 y 165.1º, LSC) con las graves consecuencias que una eventual declaración de concurso culpable aparea la Ley (172 y 173, LSC).

La Ley de Sociedades de Capital, en su artículo 363.1. e), establece como causal de disolución de la sociedad la existencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y “*siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso*”. En tal caso, la Ley señala el deber de los administradores de convocar la junta general en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución o, si la sociedad fuera insolvente, ésta inste el concurso. Paralelamente, la Ley concursal impone a administradores y liquidadores la obligación de solicitar el concurso de la persona jurídica deudora en el plazo de dos meses desde que el estado de insolvencia actual fue conocido o debió conocerse (art. 5.1, LC). Si la reducción patrimonial configura a un tiempo estado de insolvencia, es muy improbable que se pueda cumplir con lo dispuesto en la Ley societaria dentro del plazo de dos meses que para la solicitud del concurso señala el precepto concursal. Así pues, y con independencia de que, como ya se ha sostenido, no quepa entender necesaria la presentación junto con la solicitud del concurso voluntario, de esta resolución del órgano deliberativo, subsiste la cuestión de si en el caso de las sociedades de capital, incurre en responsabilidad societaria la administración que conocido el estado de insolvencia actual del deudor decide solicitar el concurso voluntario y no convocar a la Junta. La respuesta, a nuestro parecer, debe ser negativa. Ello porque entendemos que la concurrencia de la causal de disolución por pérdidas y la insolvencia actual no pueden, en realidad, darse simultáneamente. Si se retorna al enunciado literal del artículo 363.1,e), vemos como la configuración del presupuesto fáctico que constituye la causal de disolución requiere que las pérdidas

que reduzcan el patrimonio neto a una cifra inferior a la mitad del capital social, no provoquen, como efecto un estado de insolvencia, en cuyo caso, no debe la sociedad disolverse sino solicitar su concurso.

Del mismo modo, cabe preguntarse si la convocatoria de la Junta, en el caso que nos ocupa, exceptúa o interrumpe de alguna manera el plazo de dos meses que, desde conocido el estado de insolvencia, la Ley concursal otorga a los administradores para la solicitud de concurso. De nuevo la respuesta ha de ser negativa. Conocido el estado de insolvencia, procede la solicitud de concurso, que debe realizarse por quien la Ley señala como obligado y en el plazo que para ello la Ley concede. Distinto es que, si los órganos de administración o liquidación, según sea el caso, incumplen su deber legal de solicitar el concurso, no quepa exigírsele a sus integrantes, la responsabilidad derivada del incumplimiento de sus deberes de convocatoria de la Junta y, a la vez de la no solicitud del concurso, algo que entendemos perfectamente posible.

En el caso de las cooperativas, la Ley estatal no hace referencia específica al tratamiento de la insolvencia<sup>171</sup>. La aplicación del artículo 3.1, párrafo segundo, de la Ley concursal a estos entes supone la designación como órgano competente para decidir sobre la solicitud de concurso voluntario al de administración, que normalmente adopta la estructura de un órgano colegiado de gobierno, el Consejo Rector, al que corresponde, “[...] *al menos, la alta gestión, la supervisión de los directivos y la representación de la sociedad cooperativa, con sujeción a la Ley, a los Estatutos y a la política general fijada por la Asamblea General*” (art. 32.1, párrafo primero, LCoop). No obstante, la Ley permite que en aquellas cooperativas con un número de socios inferior a diez, los estatutos puedan prever la designación de uno de los socios persona física como administrador único con las

---

<sup>171</sup>La redacción original de la Ley estatal, en lo relativo al tratamiento de la insolvencia se remitía, en su Disposición Adicional cuarta, a la “*legislación [estatal] sobre suspensión de pagos y quiebra*”. Dicha norma fue expresamente derogada por la Ley concursal (Disposición Derogatoria única. 8, LC).

competencias y funciones que la Ley estatal asigna al Consejo Rector, su Presidente y Secretario (art.32.1, párrafo segundo LCoop).

Sin perjuicio de lo señalado, la propia Ley de cooperativas, al regular las funciones y atribuciones del Presidente y, en su caso del Vicepresidente del Consejo, les señala como competencias “[...] *la representación legal de la [...cooperativa...], dentro del ámbito de facultades que les atribuyan los Estatutos y las concretas que para su ejecución resulten de los acuerdos de la Asamblea General o del Consejo Rector*”. La doble atribución de la representación de la cooperativa, hecha simultáneamente al Consejo y a su Presidente o Vicepresidente, hace que sea posible cuestionarse si, en primer lugar, dicha competencia es atribuida y es ejercitable de forma simultánea e independiente, tanto por el órgano como por su Presidente o Vicepresidente. En segundo lugar, cabe también preguntarse respecto a si la facultad de solicitar el concurso puede, mediante previsión estatutaria, atribuirse de forma exclusiva y excluyente al Presidente o Vicepresidente, y si cabe mediante acuerdo de delegación del consejo, asignar la misma a una comisión delegada, a uno o varios consejeros delegados, a uno o varios directores o gerentes o a terceros desvinculados de la gestión cooperativa.

Entendemos que la decisión de solicitar el concurso de la cooperativa podrá ser adoptada tanto mediante acuerdo del Consejo Rector (o decisión del Administrador Único, cuando ello proceda), plasmada en la correspondiente certificación (Cfr. art. 3.1, párrafo segundo, LC) como del Presidente o Vicepresidente o de quien actúe a través de delegación o apoderamiento<sup>172</sup>. No se niega la eventual responsabilidad que pueda serle exigida al Presidente, al consejero

---

<sup>172</sup> Siempre, claro está, que no exista una disposición legal que impida al órgano de administración adoptar un acuerdo por el que se delegue su competencia o se resuelva otorgar un poder con semejante contenido. Tal es el caso de la Ley 2/1998, de 26 de marzo, de Sociedades Cooperativas de Extremadura, en la redacción dada por la Ley 8/2006, de 23 diciembre, de Sociedades Cooperativas Especiales de Extremadura que su artículo 39.3, párrafo 2º, c) refiere, entre las facultades que en ningún caso podrán otorgarse al gerente, la de “solicitar el concurso”.

delegado o al apoderado que actuando al margen del Consejo solicite el concurso de la persona jurídica, pero ello no supondrá, necesariamente, ni la inadmisión de la solicitud ni, declarado el concurso la conclusión del procedimiento.

La mayor parte de las normas autonómicas sobre cooperativas, se remiten de forma expresa y general a la legislación concursal al tratar la insolvencia de estas personas jurídicas (art. 97, párrafo 1º, Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas de Euskadi; art. 103.1, Ley 4/1999, de 30 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid; art. 102, Ley 4/2001, de 2 de julio, de Cooperativas de La Rioja; 96, Ley 5/1998, de 18 de diciembre, de Cooperativas de Galicia. en la redacción dada por el art. único.36 de la Ley 14/2011, de 16 de diciembre; art. 108.1, Ley 2/1998, de 26 de marzo, de Sociedades Cooperativas de Extremadura, en la redacción dada por la Ley 8/2006, de 23 diciembre, de Sociedades Cooperativas Especiales de Extremadura; art. 84, Ley 8/2003, de 24 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad Valenciana; art. 91, Ley 18/2002, de 5 de julio, de Cooperativas. Cataluña; art. 70, Decreto Legislativo 2/2014, de 29 de agosto, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Cooperativas de Aragón; arts. 117.2 y 119, Ley 4/2010, de 29 de junio, de Cooperativas. Comunidad Autónoma del Principado de Asturias; art. 110.2, Ley 11/2010, de 4 de noviembre, de Cooperativas de Castilla-La Mancha).

Empero, en dos de las normas autonómicas el régimen de legitimación previsto plantea fricciones con las disposiciones de la Ley concursal en términos casi idénticos a los vistos en referencia a la articulación de ésta con la Ley de Sociedades de Capital.

La Ley 6/2013, de 6 de noviembre, de Cooperativas de Cantabria, en su artículo 91, letra g), establece como causa de disolución de las cooperativas la reducción de la cifra del capital social a una cifra inferior a la cifra de capital mínimo establecido en los estatutos, sin que se restablezca en el plazo de doce meses. Concurriendo tal causa, la Ley autonómica, en su artículo 92 dispone

que la disolución requerirá acuerdo de la asamblea general adoptado por la mayoría simple de votos, salvo que los estatutos sociales exigieran otra mayor, debiendo el consejo rector convocar la asamblea general en el plazo de un mes, desde que haya constatado la existencia de la causa, para que adopte el acuerdo de disolución o, en su caso, de solicitud de declaración de concurso. En términos prácticamente idénticos se expresa la Ley 8/2006, de 16 de noviembre, de Sociedades Cooperativas, de la Región de Murcia en la redacción dada por la Ley 6/2012, de 29 de junio, de medidas tributarias, económicas, sociales y administrativas de la Región de Murcia en su artículo 97.1,1º.

Ambas normas autonómicas prevén (arts. 97.3, LCRM y 92.3, LCCAN) que, para el caso en que la asamblea general no se celebre o no adopte el acuerdo de disolución o de solicitud de concurso, *“[...] el consejo rector o los socios que representen la décima parte del total de los de la sociedad cooperativa podrán instar la disolución de la misma o la declaración de concurso ante el órgano jurisdiccional competente”*.

Las leyes de cooperativas Murciana y Cantabra, de esta forma, no solo atribuyen la competencia para la solicitud de la declaración de concurso voluntario al órgano deliberativo, sino que, no adoptando éste el acuerdo por el que se decida tal solicitud, facultan indistintamente, al órgano de administración y representación de la cooperativa o a socios que representen la décima parte del total de los de la sociedad cooperativa.

En el caso de la Ley cooperativa murciana, las previsiones de su artículo 97.3 son aún más difíciles de explicar a la luz de la previsión contenida en su Disposición Adicional quinta que, bajo el epígrafe “Remisiones formales a la legislación estatal”, señala una serie de artículos y disposiciones, entre los que se encuentra el citado 97.3 y, respecto a los cuales, el legislador autonómico declara haberlos *“[...] incorporado a la presente Ley con el carácter de mera reproducción o de remisión formal a la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas,*

*y demás legislación estatal dictada en materia civil, mercantil, laboral y de Seguridad Social, concursal, procesal y de ordenación de registros e instrumentos públicos directamente aplicable a las sociedades cooperativas de competencia autonómica”.*

No nos cabe duda de la “manifiesta ilegalidad”<sup>173</sup> de lo previsto por los legisladores autonómicos cántabro y murciano al atribuir competencia al órgano deliberativo de la cooperativa para solicitar el concurso voluntario, contradiciendo con ello lo expresamente previsto en la legislación concursal estatal, materia mercantil cuya competencia exclusiva corresponde al Estado (art. 149.1.6ª, CE). Por otro lado, la atribución de legitimación para la solicitud del concurso de forma indistinta al órgano de administración y representación o a socios de la cooperativa que representen un diez por ciento del total, cuando la Asamblea no se celebre o celebrándose, no adopte el acuerdo de declaración de concurso es, además de ilegal, absolutamente ilógica, por cuanto pudiera interpretarse que se está legitimando un supuesto en el que se sustituiría la voluntad de la persona jurídica por la de alguno de sus socios. Siendo tal interpretación, no solo absurda sino contraria a la ley y al orden público, no cabrá sino entender la atribución de legitimación hecha por los legisladores autonómicos, limitada a la declaración de concurso necesario. Entonces, cabe recordar una vez más, la diferencia entre la voluntad orgánica, o dicho de otra manera, la manifestación o declaración de voluntad de la persona jurídica (cooperativa en el caso), de la voluntad individual o colectiva de algunos integrantes de órganos de la persona jurídica. En el primer caso, el concurso promovido sería voluntario, en el segundo, necesario. Aun así, tal atribución de legitimación resultaría más amplia que la prevista en el artículo 3.3 de la Ley concursal que, la limita a los socios, miembros o integrantes que sean personalmente responsables, conforme a la legislación vigente, de las deudas de aquélla.

---

<sup>173</sup> MORILLAS JARILLO, Mª J., “Las sociedades cooperativas, estatales y autonómicas, frente a la Ley concursal”, en *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho Concursal: Libro Homenaje al Profesor Rafael García Villaverde*, vol. 3, 1, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2007, pp. 2173 y 2174.

En nuestra opinión, el conflicto entre las normas concursales y las disposiciones de las leyes autonómicas cántabra y murciana, habrá, por los argumentos expuestos, de resolverse a favor de la legislación estatal.

Respecto de las fundaciones, el artículo 14.1 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones estatal, el órgano de gobierno y representación es el Patronato. Órgano de estructura colegiada constituido por un mínimo de tres miembros. Sus integrantes deberán elegir a un Presidente, pudiendo igualmente elegir a uno o varios vicepresidentes (art. 15.1, párrafo primero, LF) y a un Secretario que podrá no ser miembro del Patronato, en cuyo caso, tendrá voz pero no voto en las sesiones del órgano (art. 15.1, párrafo segundo, LF).

Las facultades del órgano de administración podrán delegarse en uno o más de sus miembros en tanto no lo prohíban los estatutos o sean indelegables por previsión expresa de la Ley. Conforme al artículo 16.1 de la Ley de fundaciones, son indelegables la aprobación de las cuentas y del plan de actuación, la modificación de los estatutos, la fusión y la liquidación de la fundación así como todos aquellos actos que requieran la autorización<sup>174</sup> del Protectorado.

Del régimen legal expuesto, al menos con relación a la regulación estatal de las fundaciones, no cabe en principio sino reiterar, en lo tocante a la legitimación para la solicitud del concurso voluntario por el Patronato, buena parte de lo ya mencionado respecto del órgano de administración y representación colegiado de la

---

<sup>174</sup> No la requiere la solicitud de concurso voluntario. Se precisará la autorización previa del Protectorado estatal de fundaciones para la realización de actos de enajenación, onerosa o gratuita, o de gravamen de los bienes y derechos que formen parte de la dotación y de los directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales (arts. 17.1 y 20.1, LF). También requerirá autorización del Protectorado la asignación por el Patronato una retribución a los patronos por servicios prestados a la fundación distintos de los que implican el desempeño de las funciones que les corresponden como miembros del Patronato [art.15.4 párrafo segundo, LF].



sociedad de capital, existiendo, no obstante algunas peculiaridades, en las que convendrá detenerse.

En principio, la competencia para la solicitud del concurso voluntario de la fundación corresponderá al patronato, órgano colegiado de gobierno, y, simultáneamente, de forma indistinta, a su presidente o, en su caso, al vicepresidente o los vicepresidentes nombrados, siempre y cuando los estatutos de la fundación no asignen la función de representación legal a otro de sus miembros, o prevean la existencia de otros órganos a los que se atribuya estatutariamente el desempeño de las funciones delegables que expresamente se les encomienden y, entre ellas, la de representación (Cfr. art. 16.1 *a sensu contrario* y 16.2, LF). Del mismo modo, podrá el Patronato apoderar a alguno de sus miembros o a un tercero para decidir sobre la solicitud de concurso voluntario siempre que los Estatutos no dispongan lo contrario (art. 16.3, LF)<sup>175</sup>. Las delegaciones, los apoderamientos

---

<sup>175</sup> HERNANDO CEBRIÁ, L. “Reflexiones en torno al concurso de la fundación-empresa mercantil”, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Sección Varía, Segundo semestre de 2010, N.º 13, La Ley, 2010, pp. 5 y 6. Versión electrónica consultada el 30 de octubre de 2014 en [www.laley.com](http://www.laley.com). En contra, LA CASA GARCÍA, R., que considera la atribución de competencia hecha por la Ley concursal al órgano de administración o representación “*en cuanto a tal*” y, por tanto, no susceptible de delegación “*máxime cuando se repara en su trascendencia*” debiendo “*reputarse inadmisibles cualquier hipotético condicionamiento o limitación contenido en los estatutos toda vez que se trataría de una disposición ‘contra legem’ que habría de tenerse por no puesta*”. LA CASA GARCÍA, R., “Apuntes sobre el concurso de las fundaciones”, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, N.º 5, La Ley, 2006, pp. 154 y 155. Sin embargo, no se comparte la indelegabilidad de esta competencia del órgano de administración. Es nuestro parecer que los únicos límites oponibles son los que de forma expresa establece la Ley al señalar las facultades y atribuciones indelegables mediante acuerdo de delegación u otorgamiento de poder, sin que quepa hacer una interpretación extensiva o analógica de los mismos, sea cual sea la trascendencia de la competencia de que se trate. Por otra parte, la norma contenida en el artículo 13.1, a), del Reglamento de Fundaciones de ámbito estatal, cita de forma expresa, entre las facultades del Presidente y de los vicepresidentes del Patronato: “*Ejercer la representación de la fundación en juicio y fuera de él, siempre que el Patronato no la hubiera otorgado expresamente a otro de sus*

generales y su revocación, así como la creación de otros órganos, deberán inscribirse en el Registro de Fundaciones (art. 16.4, LF).

Una significativa peculiaridad del régimen legal aplicable a las Fundaciones de ámbito estatal, se deriva de su sometimiento a la supervisión y control estatales. Dicha atribución la ejerce la Administración General del Estado a través del Protectorado de Fundaciones de competencia estatal, que vela por el correcto ejercicio del derecho de fundación y por la legalidad de la constitución y funcionamiento de las fundaciones (art. 34.1, LF). Las funciones del Protectorado se ejercerán por medio de los departamentos ministeriales que posean atribuciones vinculadas con los fines fundacionales.

Este organismo gubernamental está legitimado para ejercer provisionalmente las funciones del órgano de gobierno de la fundación si por cualquier motivo faltasen todas las personas llamadas a integrarlo [art. 35.1.g), LF], funciones entre las que, naturalmente se encuentra la solicitud del concurso voluntario.

Corresponderá, asimismo al Protectorado asumir todas las atribuciones legales y estatutarias del patronato durante el tiempo que determine la resolución judicial de intervención temporal de la fundación. Esta intervención temporal deberá solicitarse de la autoridad judicial en el caso que, detectada por el Protectorado una grave irregularidad en la gestión económica que ponga en peligro la subsistencia de la fundación, o una desviación grave entre los fines fundacionales y la actividad realizada, el patronato no adoptase en el plazo que se le señalare las medidas que el organismo gubernamental de supervisión hubiera dispuesto (art. 42.1 y 42.2, LF). Decretada la intervención, nada obsta – y de hecho, no será extraño – que, incurso en estado de insolvencia, el Protectorado inste la declaración de

---

*miembros*”, dando aquí por reproducido lo argumentado *supra* en relación con la solicitud de la declaración de concurso por el Presidente o Vicepresidente del Consejo de Administración de la sociedad de capital.

concurso voluntario de la fundación intervenida<sup>176</sup>.

## **B.- Documentación a presentar por las personas jurídicas mercantiles**

El artículo 6 de la Ley se dedica a la solicitud de concurso, ocupándose, en su numeral 1 del contenido de la solicitud en sí. Los numerales 2 y 3 se refieren a la documentación que habrá de acompañar obligatoriamente al escrito de solicitud.

Así, el artículo 6.2 señala, por una parte, la documentación que deberá presentarse junto con el escrito de solicitud, en todo caso y sea cual sea la clase de deudor: el poder especial para solicitar el concurso (art. 6.2.1º, LC); la memoria expresiva de la historia económica y jurídica del deudor, de la actividad o actividades a que se haya dedicado durante los tres últimos años y de los establecimientos, oficinas y explotaciones de que sea titular, de las causas del estado en que se encuentre y de las valoraciones y propuestas sobre la viabilidad patrimonial (art. 6.2.3º, LC), el inventario de bienes y derechos (art. 6.2.3º, LC) y la relación de acreedores (6.2.4º, LC).

En el mismo artículo también se relaciona una serie de documentos a presentar obligatoriamente solo por aquellos deudores legalmente obligados a la llevanza de contabilidad (art. 6.3, LC); o que empleen trabajadores (art. 6.5, LC).

Analizando el contenido concreto de algunos de los “documentos” se advierte que en realidad bajo un único epígrafe se hace referencia a varios documentos cuya presentación será o no obligatoria en función de la naturaleza y circunstancias del concreto deudor. Así, la memoria presentada por deudor persona jurídica (art. 6.2.2º, párrafo 3º, LC) deberá expresar “[...] *la identidad de los*

---

<sup>176</sup> El citado no es el único caso. Téngase en cuenta, entre otros el supuesto del nombramiento de una administración judicial (arts. 630 y ss., LEC) en el marco del cual, puede producirse el desplazamiento y sustitución del órgano de administración (o liquidación) de la persona jurídica.

*socios o asociados de que tenga constancia*”, así como de los administradores, o tratándose de una persona jurídica en liquidación, de los liquidadores. Asimismo, cuando al deudor la Ley imponga la obligación de auditar sus cuentas, será preciso que también se identifique al auditor nombrado para tal tarea. Del mismo modo, si la persona jurídica formara parte de un grupo de empresas (según el concepto recogido en el artículo 42.1 del Código de comercio al que expresamente se refiere la Ley en su Disposición Adicional sexta), deberá enumerar las entidades integradas en éste. Por último, cuando el deudor tenga admitidos valores a cotización en el mercado secundario oficial, la memoria deberá recoger tal circunstancia (art. 6.2.2º, párrafo 3º, LC). En el mismo sentido, la documentación a presentar por el deudor persona jurídica obligado a la llevanza de contabilidad variará en función de los concretos estados financieros, informes de gestión o de auditoría, y memorias que al deudor se le exijan, así como de si resulta preceptiva la presentación de informe de auditores o de si el deudor es miembro de un grupo, en cuyo caso será imprescindible acompañar informes de gestión, auditoría, memoria y cuentas consolidadas (art. 6.3.4º, LC).

Es preciso señalar la transcendencia tanto de la corrección como de la veracidad de la información recogida en los documentos que acompañen a la solicitud. Ello, no sólo por supeditar la Ley la admisión de la solicitud de concurso voluntario a la verificación de la presentación de todos los documentos que resulten obligatorios de acuerdo a lo previsto en el artículo 6 de la norma concursal, sino también por las especialmente severas consecuencias que apareja la verificación de graves irregularidades en la mencionada documentación. Dichas consecuencias recaerán sobre los administradores y liquidadores de hecho y de derecho, apoderados generales, y sobre quienes hubieren ejercido cualquiera de estas funciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso de la persona jurídica. En efecto, la Ley, en su artículo, 172 bis.1 permite<sup>177</sup> al juez condenar “[...] a todos o a algunos de los

---

<sup>177</sup> Respecto de la necesaria condena de los administradores o liquidadores cuando el concurso es calificado como culpable, hayan estos influido o no con su

*administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales, de la persona jurídica concursada [...]” afectados por la calificación del concurso como culpable a “[...] la cobertura, total o parcial, del déficit, en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia”.* Por otra parte, la norma contenida en el artículo 164.2.2º, califica como culpable el concurso, con independencia de la efectiva concurrencia o no de culpa o dolo en la causación o agravación del estado de insolvencia<sup>178</sup>, *“cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento, o hubiera acompañado o presentado documentos falsos”.* La falsedad de la documentación, requiere de la verificación de una conducta dolosa, esto es, la intencional alteración de la información suministrada con la solicitud de concurso. La inexactitud grave, por el contrario, se define como *“falta de adecuación a la realidad de la información contenida en [la] documentación, siendo el documento auténtico y válido”.* Tal inexactitud se calificará como “grave” en función de que *“[...] refiera a una información relevante para el concurso, en concreto, para alguna de sus operaciones sobre la masa activa o pasiva, para la calificación o para la aprobación del convenio”*<sup>179</sup>.

---

comportamiento en la causación o agravamiento del estado de insolvencia, ver el clarificador voto particular emitido por el Magistrado de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo, Ignacio Sánchez Gargallo, respecto de la STS 298/2012 de 21 de mayo. Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil, Sentencia 298/2012 de 21 de Mayo. La Ley 85895/2012. FD 6º.

<sup>178</sup> Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil, Sentencia 298/2012 de 21 de Mayo, *ibid*.

<sup>179</sup> Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, Sentencia 487/2008 de 30 de diciembre. La Ley 305184/2008, FD 3º. Ver, también, en este sentido, GARCÍA-CRUCES, J.A., “Concurso culpable (art. 164)”, en ROJO Á., BELTRÁN E. M. (Dir.) *Comentario de la Ley concursal*, vol. 2, 1ª edición, Editorial Civitas, Madrid, 2004, p. 2530.

La presentación de todos los documentos cuyo acompañamiento la Ley exige se adjunten al escrito de solicitud es, como ya se ha mencionado, obligatoria. Cuando, al momento de la presentación de la solicitud de concurso voluntario, el deudor omita alguno o algunos de los documentos que, con carácter general o de forma específica (en el caso del deudor persona jurídica, formar parte de un grupo de sociedades, ser empleador o estar obligado a la llevanza de contabilidad), exige la Ley, su falta deberá ser justificada, indicando el deudor en la solicitud, la causa que lo motiva. Del mismo modo corresponderá justificar las causas que motivan la presentación incompleta o defectuosa de los documentos (art. 6.5, LC).

En principio, la Ley supedita la admisión a trámite de la solicitud del deudor a la presentación de todos y cada uno de los documentos obligatorios, completos y sin defectos. No obstante, como indica la propia Ley, la no presentación de alguno de ellos o su presentación con defectos u omisiones no implica el automático rechazo de la pretensión del deudor. El Juez podrá, aun así, admitir la solicitud cuando ello se justifique por el deudor y dicha justificación se juzgue real y suficiente para eximir el cumplimiento de uno de los requisitos esenciales de la solicitud<sup>180</sup>.

#### **a.- El poder especial o apoderamiento *apud acta* para solicitar el concurso voluntario (art. 6.2.1º)**

Como ya ha sido mencionado, el poder al que aquí se refiere la Ley es el de procuración, que habrá de ser especial, ya autorizado por notario ya conferido, *apud acta*, ante el Secretario judicial de cualquier oficina judicial al mismo tiempo que se formule la solicitud (art. 24.1, LEC). Presentándose poder general y no especial, el juez deberá conceder plazo para la subsanación (art. 13.2, párrafo primero, LC). No subsanándose el defecto, el juez dictará auto que declare no

---

<sup>180</sup> ROJO Á., “Solicitud del deudor (art. 6)”, en ROJO Á., BELTRÁN E. M. (Dir.) *Comentario de la Ley concursal*, vol. 1, 1ª edición, Editorial Civitas, Madrid, 2004, p. 272.

haber lugar a la admisión de la solicitud. Esta resolución será susceptible de recurso de reposición (art. 13.2, párrafo segundo, LC).

En la hipótesis analizada (la solicitud de concurso voluntario del deudor persona jurídica), el poderdante deberá estar facultado para representar a la persona jurídica y expresar la voluntad de ésta. En este sentido, deberá acreditarse ante el notario o el Secretario judicial intervinientes, la identidad y las facultades de representación de quien actúa en representación de la persona jurídica deudora.

Pese a no exigir la Ley la presentación junto con la solicitud, de certificación de la decisión del órgano de administración competente para solicitar el concurso voluntario (art. 3.1, párrafo segundo, LC), entendemos, no obstante, será aconsejable que la misma se adjunte a la solicitud. Del mismo modo, cuando se hubiera adoptado una resolución por el órgano deliberativo de la sociedad por el que se inste al órgano de administración (o liquidación) a solicitar el concurso, será también recomendable unirla al escrito de solicitud. Todo lo anterior, en el buen entendido de que, si bien posible y en muchos casos procedente, el testimonio fehaciente de cualquiera de las resoluciones aludidas, en ningún caso es obligatorio ni podrá el juez por su falta inadmitir a trámite la solicitud <sup>181</sup>. Por el contrario, sí creemos posible que la solicitud de concurso voluntario se decida directamente por resolución del administrador único, de todos los administradores mancomunados o de cualquier administrador solidario, así como por acuerdo del órgano de administración, con independencia de la existencia de un eventual apoderamiento o delegación para el ejercicio de la facultad. Ello, porque la existencia de tal poder o delegación no basta para eximir al Consejo de la responsabilidad exigible a cada uno de sus miembros y no sólo a aquellos en que se delegó su ejercicio, derivada de la no solicitud del concurso.

#### **b.- La memoria (art. 6.2.2º, LC)**

---

<sup>181</sup> En contra, ROJO, en ROJO, Á., “Solicitud del deudor...”, *ibid.*, p. 250.

El siguiente documento que debe acompañar a toda solicitud de concurso voluntario es la memoria, documento en el que el deudor deberá explicar las causas que han llevado al estado de insolvencia, inminente o actual en que se encuentra así como su valoración y propuestas<sup>182</sup> de viabilidad futura (art. 6.2.2º, párrafo primero, inciso segundo, LC).

Además, la memoria deberá recoger en todos los casos la “[...] *historia económica y jurídica del deudor, de la actividad o actividades a que se haya dedicado durante los tres últimos años y de los establecimientos, oficinas y explotaciones de que sea titular*” (art. 6.2.2º, párrafo primero, inciso primero, LC). Por “historia económica” ha de entenderse, precisamente, la información que permita entender “[...] *la evolución del patrimonio y los resultados obtenidos como resultado de las actividades a que se hubiera dedicado el deudor*”<sup>183</sup>. “Historia jurídica” refiere a los datos esenciales de la constitución de la sociedad, junto con las modificaciones estatutarias, cambios estructurales y cambios significativos en los socios.

Tratándose de deudor persona jurídica, la Ley requiere se consigne también en la memoria “[...] *la identidad de los socios o asociados de que tenga constancia, de los administradores o de los liquidadores y, en su caso, del auditor de cuentas*” (art. 6.2.2º, párrafo tercero, inciso primero, LC).

En los casos en que el deudor persona jurídica forme parte de un grupo, deberá hacerlo constar así, “[...] *enumerando las entidades integradas en éste*” (art. 6.2.2º, párrafo tercero, inciso segundo, LC).

---

<sup>182</sup> El Juzgado de lo Mercantil N.º 1 de Málaga inadmite una solicitud de concurso voluntario por, entre otros defectos insubsanables, presentar “[...] *propuesta de liquidación inocua (6.5 LC) que en realidad no recoge propuesta alguna sino manifestación de liquidación*”. Juzgado de lo Mercantil N.º 1 de Málaga. Auto de 25 de febrero de 2009. Referencia La Ley 46797/2009.

<sup>183</sup> ROJO, Á., “Solicitud del deudor...”, *ibidem*, (art. 6)”, p. 250.



Por último, y tratándose de entidades con valores admitidos a cotización en mercado secundario oficial, deberá hacerlo constar.

**c.- El inventario (art. 6.2.3º, LC)**

Junto con el escrito de solicitud, el deudor persona jurídica de naturaleza mercantil deberá también presentar un inventario de bienes y derechos que la Ley concursal dispone debe expresar “*[...] su naturaleza, lugar en que se encuentren, datos de identificación registral en su caso, valor de adquisición, correcciones valorativas que procedan y estimación del valor real actual. Se indicarán también los gravámenes, trabas y cargas que afecten a estos bienes y derechos, con expresión de su naturaleza y los datos de identificación*”.

**d.- La relación de acreedores (art. 6.2.4º, LC)**

La Ley señala con minuciosidad las características que debe tener este preliminar y primer listado de acreedores del deudor. En el mismo se deberá relacionar alfabéticamente a los acreedores indicando: “*[...] la identidad, domicilio y dirección electrónica de cada uno de ellos [...]*”. La referencia a proporcionar las direcciones electrónicas, surge de la modificación del precepto operada mediante la Ley 38/2022 de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, Concursal.

Asimismo, la Ley concursal exige que este listado refiera expresamente a “*la cuantía y el vencimiento de los respectivos créditos y las garantías personales o reales constituidas*”, añadiendo que “*Si algún acreedor hubiera reclamado judicialmente el pago, se identificará el procedimiento correspondiente y se indicará el estado de las actuaciones*” (art. 6.2.4º, LC).

**e.- Plantilla de trabajadores e identidad del órgano de representación de los mismos si lo hubiere (art. 6.2.5º, LC)**

Cuando el deudor que solicita su propio concurso, sea a su vez empleador, deberá presentar junto con la solicitud de concurso, la plantilla de trabajadores. Dicho documento deberá relacionar a todos los trabajadores que “[...] voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección [...]” del deudor<sup>184</sup> (art. 1.1, ET). No se incluirán en la relación a quienes se limiten, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración [art. 1.3. c), ET]. Sí, por el contrario, deberá la plantilla de trabajadores comprender al personal de alta dirección [art. 2.1.a), ET].

La mención que la Ley concursal hace a la identidad del órgano de representación de los trabajadores cabe entenderla referida a los comités de empresa elegidos en los centros de trabajo cuyo censo sea de cincuenta o más trabajadores, (art. 63.1, ET) y a los delegados de personal, en los centros con menos de cincuenta y más de diez trabajadores (art. 62.1, ET). La expresión “si lo hubiera” empleada por el legislador en relación con la exigencia de identificación del órgano de representación de los trabajadores, alude a los centros de trabajo que cuenten con menos de 10 empleados, en los que la elección de delegados es potestativa, pero no un mandato legal (art. 62.1 *in fine*, ET). Entendemos que siendo el deudor empleador en varios centros de trabajo, la identificación de la representación de los trabajadores exigirá que se consignen los datos de los delegados e integrantes de comités de empresa existentes en cada uno de ellos, además de los que formen el comité intercentros que eventualmente pueda contemplar el convenio colectivo (art. 63.3, ET).

#### **f.- Cuentas anuales, informe de gestión e informes de auditoría correspondientes a los tres últimos ejercicios (art. 6.3.1º, LC)**

---

<sup>184</sup> Deberá la plantilla de trabajadores también, tratándose el deudor de una empresa de trabajo temporal legalmente constituida, relacionar a las personas contratadas por el deudor para ser cedidas a empresas usuarias (art. 1.2, ET).

El Código de comercio impone a todo empresario la obligación de formular cuentas anuales de su empresa al cierre de cada ejercicio. Estas cuentas comprenderán el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, un estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio, un estado de flujos de efectivo y la memoria, un conjunto de documentos que constituyen, no obstante una unidad (arts. 34.1, CCom y 254.1, LSC).

Por otra parte, el informe de gestión no integra las cuentas anuales, requiriéndose únicamente para las sociedades de capital que no puedan formular balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados (262.5, LSC). Dicho informe debe contener una exposición fiel sobre la evolución de los negocios y la situación de la sociedad, junto con una descripción de los principales riesgos e incertidumbres a los que se enfrenta (262,1, LSC).

Por último, la Ley requiere que se acompañen a la demanda los informes de auditoría realizados sobre las cuentas anuales de la sociedad. Existe obligación de someter a auditoría, con carácter general, las cuentas, y el informe de gestión en su caso, de las sociedades de capital<sup>185</sup> (art. 263.1, LC), obligación que en

---

<sup>185</sup>Tratándose de sociedades en liquidación, si bien la DGRN ha venido sosteniendo que tal circunstancia no exceptúa la obligación de auditar las cuentas (Dirección General de los Registros y del Notariado, resolución de 26 de mayo de 2009, BOE N° 155, Sección III, pp. 53.292 y ss.), el ICAC, sin embargo, sostenía la quiebra del principio de obligatoriedad de auditoría de cuentas de la sociedad en liquidación, puesto que “[...] *los accionistas minoritarios y los obligacionistas puedan controlar las operaciones de liquidación a través de interventores encargados de la fiscalización de dichas operaciones y de la censura del balance final de la liquidación, con lo cual los interventores vienen a sustituir con sus actuaciones a los auditores de cuentas previstos en la ley para el periodo de actividad de la sociedad anterior al acuerdo de disolución de la misma*“. Adicionalmente se aducía por el ICAC el decaimiento de la función de los auditores al “[...] *no existir, a partir de la entrada de la sociedad en periodo de liquidación, obligación de formular cuentas anuales de acuerdo con el régimen general y sustituyéndose las mismas por un balance final de liquidación que será censurado por los interventores*” (ICAC, Consulta N.º 2, BOICAC N° 12, Marzo de 1993, consultado en <http://www.icac.meh.es/Consultas/Boicac/ficha.aspx?hid=30>, el 25/04/2015). De

determinados supuestos, se extiende a las sociedades colectivas y comanditarias simples cuando al cierre del ejercicio todos los socios colectivos sean sociedades (art. 41.2, CCom). Se exime de esta obligación a las sociedades que, durante dos ejercicios consecutivos, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, reúnan al menos dos de las siguientes circunstancias: presenten un activo no superior a los dos millones ochocientos cincuenta mil euros; una cifra anual de negocios igual o inferior a los cinco millones setecientos mil euros de importe neto; y un número medio de empleados durante el ejercicio inferior a cincuenta [art. 263.2, párrafo primero, literales a), b) y c), LSC]. La facultad de no auditar cuentas se perderá cuando, durante dos ejercicios consecutivos, dejen de concurrir dos de las características referidas (art. 263.2, párrafo segundo, LSC). Del mismo modo quedan exceptuadas de auditar sus cuentas anuales e informe de gestión las sociedades respecto del primer ejercicio social desde su constitución, transformación o fusión si reúnen, al cierre de dicho ejercicio, al menos dos de los tres aspectos señalados en el artículo 263.2 (art. 263.3 LSC).

Las cuentas anuales e informes de gestión a que se refiere la Ley concursal son los formulados por el órgano de administración de la sociedad (art. 253.1, LC), aprobados por el órgano deliberativo (art. 272.1, LSC) y, en su caso, depositados y publicados (arts. 279 y ss., LSC).

---

todas formas, tras la reforma del artículo 388.2 de la Ley de Sociedades de Capital introducida por el art.1.24 de Ley 25/2011 de 1 agosto, es clara la obligación de la presentación de cuentas anuales. Así, cuando la liquidación se extienda “[...] *por un plazo superior al previsto para la aprobación de las cuentas anuales, los liquidadores presentarán a la junta general, dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio, las cuentas anuales de la sociedad y un informe pormenorizado que permitan apreciar con exactitud el estado de la liquidación*”. Al regularse específicamente la obligación legal del sometimiento a la aprobación de los socios de las cuentas durante el período de liquidación, entendemos que no hay ya argumentos para sostener la dispensa del requisito de informe de auditores en este caso.

No obstante, en relación con el informe de auditoría, pero también y en general, respecto de los documentos que integran las cuentas anuales o el informe de gestión, ha de recordarse que la dispensa legal de la obligación de formularlos o someterlos a auditoría externa, no excluye que la sociedad, aun sin estar obligada, redacte el informe de gestión o contrate la auditoría de sus cuentas de forma voluntaria en cuyo caso, es nuestra opinión que la obligación de acompañar los documentos e informes obligatorios debe, en buena lógica entenderse referida también a los voluntarios. Naturalmente, mal podrá el juez que conozca de la solicitud, advertir la falta de documentos o informes que el deudor no esté obligado a redactar. No obstante, tal discrepancia puede ser detectada posteriormente por la administración concursal que, en tal caso, podrá requerir la información faltante de los administradores o liquidadores, debiendo hacer constar en su informe tal hecho (Cfr. arts. 75.1.2º y 75.3, LC). Tratándose la información incluida en tales informes, de datos necesarios o convenientes para el interés del concurso, cabrá, en caso de una eventual apertura de la fase de calificación, considerar la conducta de los administradores o liquidadores sociales como presuntiva de la existencia de dolo o culpa grave en la generación o agravamiento del estado de insolvencia (art. 165.2º, LC). Otro tanto cabe afirmar con relación al informe de auditoría que, conforme a la previsión del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, solicitan los socios de las sociedades que no estén obligadas a someter las cuentas anuales a verificación por un auditor. En efecto, pueden los socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social, solicitar del registrador mercantil del domicilio social que, con cargo a la sociedad, nombre un auditor de cuentas para que efectúe la revisión de las cuentas anuales de un determinado ejercicio, siempre que no hubieran transcurrido tres meses a contar desde la fecha de cierre de dicho ejercicio. Este informe deberá acompañar a las cuentas aprobadas por la junta al presentarse a depósito en el Registro Mercantil (art. 279.1, *in fine*, LSC).

**g.- Memoria de los cambios significativos operados en el patrimonio con posterioridad a las últimas cuentas anuales**

**formuladas y depositadas y de las operaciones que por su naturaleza, objeto o cuantía excedan del giro o tráfico ordinario del deudor (art. 6.3.2º, LC)**

Esta memoria obviamente refiere a las modificaciones patrimoniales y operaciones que excedan el tráfico ordinario del deudor, acaecidas durante ejercicios contables cuyas cuentas no fueron formuladas, aprobadas por los socios, y, cuando ello fuera procedente, auditadas, depositadas en el Registro Mercantil y publicadas. La norma contenida en el artículo 6.3.2º de la Ley presupone la presentación junto con el escrito de solicitud, de al menos, las cuentas correspondientes a un ejercicio. Si, con posterioridad, se formularon por los administradores o liquidadores cuentas anuales pero las mismas no fueron aprobadas por los socios, no fueron depositadas en el Registro Mercantil o el Registrador Mercantil, apreciando algún defecto no accedió a su registro, será necesario, en todo caso la presentación de esta memoria, con independencia de que se adjunten también las cuentas formuladas, no aprobadas o no inscritas.

**h.- Estados financieros intermedios elaborados con posterioridad a las últimas cuentas anuales presentadas, en el caso de que el deudor estuviese obligado a comunicarlos o remitirlos a autoridades supervisoras (art. 6.3.2º, LC)**

Numerosas entidades están obligadas a la elaboración de estados financieros intermedios con una frecuencia mayor que la anual. Así, por ejemplo, lo impone la Ley del Mercado de Valores a las sociedades emisoras de valores admitidos a negociación en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado domiciliado en la Unión Europea (art. 35.1, párrafo primero, LMV). Estas entidades, además de deber redactar un informe financiero anual que incluirá las cuentas anuales y el informe de gestión revisados por el auditor (art. 35.1, párrafo segundo, LMV), son obligadas a publicar y difundir “[...] un informe financiero semestral relativo a los seis primeros meses del ejercicio, en el plazo máximo de dos meses desde la

*finalización del período correspondiente*” (art. 35.2, párrafo primero, LMV).

Cuando el informe financiero anual se haya publicado transcurridos dos meses de la fecha de cierre del ejercicio a que es referido, será necesario, complementariamente, la redacción de un segundo informe financiero semestral, acumulativo del anterior y referido a los doce meses del ejercicio (art. 35.2, párrafo segundo, LMV). El contenido de este informe semestral comprenderá “[...] *las cuentas anuales resumidas, un informe de gestión intermedio y las declaraciones de responsabilidad sobre su contenido*” (art. 35.2, párrafo tercero, LMV). Por último, se exige a los entes emisores que hagan público y difundan con carácter trimestral durante el primer y segundo semestre del ejercicio una declaración intermedia de gestión que contenga, al menos, una explicación de los hechos y operaciones significativos que hayan tenido lugar durante el período correspondiente y su incidencia en la situación financiera del emisor y de sus empresas controladas, así como la descripción general de la situación financiera y de los resultados del emisor y sus empresas controladas durante el período correspondiente (art. 35.3, LMV). Empero, este informe no será necesario para aquellas sociedades obligadas a la presentación de informes trimestrales o que, no estándolo, lo hagan voluntariamente<sup>186</sup>.

#### **i.- Supuestos en que debe acompañarse cuentas anuales e informe de gestión consolidados (art. 3. 4º, LC)**

La Ley concursal preceptúa que si el deudor forma parte de un grupo de empresas, como sociedad dominante o como sociedad dominada, deberá acompañar también las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados correspondientes a los tres últimos ejercicios sociales y el informe de auditoría emitido en relación con dichas

---

<sup>186</sup> Obligadas a la presentación de estados financieros trimestrales están, por ejemplo, las sociedades gestoras de fondos de inversión (art. 17, Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva).

cuentas, así como una memoria expresiva de las operaciones realizadas con otras sociedades del grupo durante ese mismo período.

La Disposición Adicional sexta que añade la Ley 38/2011, de 10 de octubre, remite de forma expresa a la definición contenida en el artículo 42 del Código de Comercio. El precepto define al grupo de sociedades obligado a la presentación de cuentas anuales e informe de gestión consolidados en función de la verificación de un supuesto de hecho: el control ejercido por una sociedad dominante sobre otras dependientes (art. 42.1, CCom). El Código permite presumir tal situación fáctica cuando la sociedad dominante posea la mayoría de los derechos de voto de las dependientes, ya sea por sí o a través de otras sociedades dependientes, o de terceros de cuyos votos disponga “...*de forma concertada*” [arts. 42.1.a), y 42.1 inciso final, CCom]. También ello se presume cuando la sociedad dominante tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración [arts. 42.1.b), CCom] o cuando, a través de acuerdos con terceros, disponga de la mayoría de los derechos de voto [arts. 42.1.c), CCom]. Por último, como se explicitó *supra* (PRIMERA PARTE, *Capítulo primero*, I.B.d.-), cabrá presumir asimismo la existencia de grupo de sociedades, en los casos que no se produzcan las dos primeras hipótesis relacionadas en las letras a) y b) del artículo, y la sociedad dominante designe con sus votos a la mayoría de los integrantes del órgano de administración de las dependientes durante los dos ejercicios inmediatos anteriores. Se presume tal situación, si la mayoría de los miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dependiente, lo son también de la dominante o de otra dominada por ésta.

### **C.-Documentación a presentar por otras personas jurídicas**

Respecto de la documentación a presentar por las personas jurídicas de naturaleza no mercantil, ha de señalarse, antes de nada, las escasas diferencias que con carácter general existen. Los deudores personas jurídicas no mercantiles, deberán presentar los documentos obligatorios comunes, esto es: el poder especial (o apoderamiento



*apud acta*, en su caso); la memoria de la historia económica y jurídica; el inventario y la lista de acreedores.

En referencia a los entes de base cooperativa, ha de insistirse, igualmente en su obligación de llevanza de contabilidad. La Ley estatal de cooperativas (y la legislación autonómica conexas) regula este deber en su Capítulo VI dedicado a la documentación social y contabilidad. En efecto, el Consejo Rector formula las cuentas anuales y el informe de gestión (art. 61.1, LCoop), que se auditan en los supuestos previstos en la Ley de Auditoría de Cuentas y sus normas de desarrollo o por cualquier otra norma legal de aplicación, así como cuando lo establezcan los Estatutos o lo acuerde la Asamblea General (art. 62.1, LCoop). Las cuentas y el informe de gestión, acompañadas del informe de auditoría se someterán a la aprobación de la Asamblea [art. 21.2.a), LCoop]. El Consejo Rector presentará para su depósito en el Registro de Sociedades Cooperativas, en el plazo de un mes desde su aprobación, certificación de los acuerdos de la Asamblea General de aprobación de las cuentas anuales y de aplicación de los excedentes y/o imputación de las pérdidas, en su caso, adjuntando un ejemplar de cada una de dichas cuentas, así como del informe de gestión y del informe de los auditores, cuando la sociedad esté obligada a auditoría, o éste se hubiera practicado a petición de la minoría (art. 61.4, LCoop).

En relación con las asociaciones, la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, establece para todas las asociaciones la obligación de llevar una contabilidad que permita obtener la imagen fiel del patrimonio, del resultado y de la situación financiera de la entidad, debiendo llevar su contabilidad conforme a las normas específicas que les resulten de aplicación (art. 14.1, LODA). Las asociaciones deberán, como mínimo, aprobar anualmente las cuentas formuladas, aprobación ésta que orgánicamente corresponde a la Asamblea General (art. 14.3, LODA). Este régimen mínimo podrá ser complementado con obligaciones contables adicionales en función de lo que en tal sentido prevean las normas autonómicas aplicables. En todo caso, la Ley contempla un régimen

de información contable más riguroso y detallado para las asociaciones que sean reconocidas como de utilidad pública.

Teniendo reconocida tal condición, las asociaciones deberán rendir las cuentas anuales del ejercicio anterior en el plazo de los seis meses siguientes a su finalización, y presentar una memoria descriptiva de las actividades realizadas durante el dicho periodo ante el organismo encargado de verificar su constitución y efectuar su inscripción en el Registro correspondiente, en el que quedarán depositadas (art. 34.1, LODA). Por su parte, el Real Decreto 1740/2003, de 19 de diciembre, sobre procedimientos relativos a asociaciones de utilidad pública, detalla el contenido de las cuentas anuales: “balance de situación, la cuenta de resultados y la memoria económica” (art. 5.2, Real Decreto 1740/2003, de 19 de diciembre), debiendo asimismo las entidades declaradas de utilidad pública obligadas a formular cuentas anuales en modelo normal, someter a auditoría sus cuentas anuales y acompañar a ellas un ejemplar del informe de los auditores, firmado por éstos (art. 5.4, Real Decreto 1740/2003, de 19 de diciembre).

Respecto de la presentación de informes contables, la llevanza de una ordenada y adecuada contabilidad es exigida por el artículo 25 de la Ley de Fundaciones estatal y disposiciones autonómicas conexas. Las fundaciones deberán presentar junto con su solicitud, sus cuentas anuales integradas, como en el caso de las sociedades mercantiles, por “*el balance, la cuenta de resultados y la memoria*” (art. 25.2, párrafo segundo, LF). Serán formuladas por el Presidente, o la persona que conforme a los Estatutos de la fundación o al acuerdo adoptado por sus órganos de gobierno, corresponda (art. 25.2, párrafo primero, LF). Deberán asimismo, ser aprobadas por el Patronato de la fundación y presentadas al Protectorado dentro de los diez días hábiles siguientes a su aprobación (art. 25.7, párrafo primero, LF). A las cuentas se acompañará un informe de auditoría cuando el total de las partidas del activo supere los 2.400.000 euros, o cuando el importe neto de su volumen anual de ingresos por la actividad propia más - en su caso - el de la cifra de negocios de su actividad mercantil, sea

superior a 2.400.000 euros (art. 25.5, LF). Una vez examinadas y comprobada su adecuación formal a la normativa vigente, el Protectorado procederá a depositarlas en el Registro de Fundaciones. Del mismo modo, la obligación de formular cuentas consolidadas se impone a las fundaciones en las mismas condiciones que para las personas jurídicas mercantiles, remitiéndose la Ley de fundaciones, en este sentido, a la regulación del Código de comercio (art. 25.9, LF).

## II.- Régimen jurídico uruguayo

### A.- Órgano competente para solicitar el concurso voluntario

En el Derecho uruguayo, el deudor - persona física o jurídica - se encuentra legitimado para solicitar la declaración judicial de concurso (art. 6.1, LCRE). Cuando el deudor solicita su propio concurso, el mismo será calificado como *voluntario* (art. 11, LCRE)<sup>187</sup>. En todos los demás casos, el concurso será necesario.

La calificación del concurso como *voluntario* es un extremo imprescindible, aunque no suficiente, para que el deudor pueda obtener un tratamiento más benévolo durante la tramitación del procedimiento concursal, como ser la limitación de la legitimación para disponer y obligar a la masa activa del concurso y no la suspensión (arts. 45 a 47, LCRE)<sup>188</sup>.

Si el deudor es persona jurídica, deberá presentar la solicitud de concurso por medio de sus *órganos con facultades de representación* o a través de *apoderado con facultades expresas* y específicas para ello (art. 6.1, LCRE).

Adicionalmente, el artículo 7 de la LCRE impone al deudor persona jurídica para la solicitud de concurso voluntario, presentar -

---

<sup>187</sup> Cuando el concurso sea solicitado por otros legitimados distintos del deudor (arts. 6.2 a 6.7 LCRE), el concurso será calificado como *necesario* (art. 11, LCRE).

<sup>188</sup> HOLZ, E. y RIPPE, S., “Reorganización Empresarial y...”, *op. cit.*, p. 95.

entre otros recaudos documentales - *testimonio notarial de la resolución del órgano de administración, aprobando la presentación* (art. 7.6, LCRE).

Por consiguiente, en lo que respecta al proceso de formación de la voluntad de las personas jurídicas resolviendo la presentación a concurso (faz interna), la norma del artículo 7.6 de la LCRE es clara y no admite dudas: el órgano competente para decidir la presentación a concurso, es el órgano de administración.

Doctrinariamente, se ha afirmado que al momento de determinar cuál es el órgano competente de la persona jurídica para decidir la presentación a concurso, deberá tenerse en consideración el ámbito regulatorio específico de la persona jurídica de que se trate. Así, la competencia para decidir la presentación a concurso, no le correspondería al órgano de administración, por no tratarse de un simple acto de gestión (*acto de gestión ordinaria*), sino que esta clase de resoluciones debería ser adoptada por los socios, en tanto afecta directamente sus intereses, así como la supervivencia de la persona jurídica misma<sup>189</sup>. En este sentido, para esos autores, si la persona jurídica “deudora es una sociedad anónima, una vez advertida la situación de insolvencia, corresponde que el órgano de administración convoque inmediatamente a asamblea”. Tanto la asamblea ordinaria, como la asamblea extraordinaria, “a instancias del órgano de administración”, tendrían competencia “para resolver la presentación de una solicitud de concurso, sin perjuicio de que la solicitud sea, luego, realizada por sus órganos con facultades de representación o por apoderado con facultades expresas para la solicitud (art. 6 LCU)<sup>190</sup>”.

---

<sup>189</sup> BADO, V. y LÓPEZ, C., “Presupuestos del Concurso”, *op. cit.*, p. 111.

<sup>190</sup> BADO, V. y LÓPEZ, C., *ibid.*, p. 111. Los autores fundamentan su posición, en los artículos 342 y 343 de la Ley 16.060. El primero, “prevé que la asamblea general ordinaria pueda asumir competencia en cualquier medida relativa a la gestión de la sociedad que someta a su decisión el administrador o el directorio”, y el segundo, “dispone que la asamblea general extraordinaria puede entender en cualquier asunto de competencia de la ordinaria, que sea necesario resolver urgentemente”.

En nuestra opinión, y sin perjuicio de las restricciones estatutarias que puedan imponerse a las facultades del órgano de administración de una persona jurídica<sup>191</sup>, en Uruguay la legislación no distingue entre actos de gestión ordinaria y actos de gestión extraordinaria. Por consiguiente, en principio, sería competente para resolver la presentación de concurso el órgano de administración (art. 7.6, LCRE).

El punto analizado precedentemente, resulta de gran trascendencia en el ámbito del procedimiento concursal. En efecto, el artículo 7.6 de la LCRE, indica que en caso de solicitud de concurso por parte del deudor persona jurídica, éste deberá acompañar *testimonio notarial de la resolución del órgano de administración, aprobando la presentación*. La consecuencia de la omisión de los recaudos exigidos por la norma - entre otros, la resolución del órgano de administración referida - es negativa para el deudor persona jurídica: el juez rechazará de plano la solicitud de concurso (art. 7 *in fine*, LCRE).

Con la existencia expresa, en la legislación uruguaya, de una disposición que ordena al deudor, al promover su concurso, adjuntar

---

<sup>191</sup> En materia de sociedades anónimas, es posible limitar estatutariamente las facultades de gestión del órgano de administración. Así, el artículo 342 numeral 1) de la Ley 16.060 otorga competencia expresa a la asamblea ordinaria de accionistas para considerar y resolver "...toda otra medida relativa a la gestión de la sociedad que le competa resolver conforme a la ley y al contrato...". En base a la disposición normativa parcialmente transcrita, no se advierte impedimento alguno para exigir aprobación asamblearia de los actos de gestión. En el mismo sentido, MILLER, A., "Sociedades Anónimas. Directorio - Síndico", 1ª. Edición, Montevideo, 2005, en página 46, manifiesta: "La asamblea de accionistas se encuentra habilitada para intervenir y resolver aspectos y temas de la gestión empresarial de la sociedad, si así lo dispone el estatuto, en función de la posibilidad que brinda el artículo 342 en su inciso primero". Agrega el jurista, que la "injerencia de la asamblea en la gestión societaria puede ser total o parcial, según lo determine el estatuto. Ello por cuanto la ley, al conferirle la posibilidad a la asamblea de intervenir en la gestión, no distingue entre atribuciones para el tratamiento de negocios puntuales o habituales. Tampoco diferencia entre negocios o actos de gestión ordinarios o extraordinarios".

“la resolución del órgano de administración”, en nuestra opinión, parecen despejarse en forma absoluta las dudas respecto a cuál es el órgano societario competente para decidir sobre la solicitud de concurso.

Por otra parte, se debe considerar lo relativo a la exteriorización o manifestación de la voluntad de la persona jurídica en la faz externa; en otras palabras, determinar cuál es el órgano de la persona jurídica con facultades para promover el concurso. En este caso, existen diferencias según se trate de una sociedad comercial, o de otras personas jurídicas.

Las personas jurídicas expresan su voluntad directamente mediante sus órganos. La legitimación para la solicitud de concurso, está conferida a los órganos con facultades de representación, o a los apoderados con facultades expresas y específicas para ello (representación voluntaria).

En materia de sociedades comerciales, el artículo 79 párrafo primero de la Ley 16.060, dispone: *“Los administradores tendrán a su cargo la gestión de los negocios sociales. Representarán a la sociedad salvo que la ley o el contrato atribuyan las funciones de representación a alguno o algunos de ellos o establezcan otro sistema para la actuación frente a terceros”*.

La propia disposición normativa parcialmente transcrita, permite que las funciones de representación (exteriorización de la voluntad social) sean conferidas a alguno o algunos de los administradores, o incluso, que se establezca otra modalidad de actuación frente a terceros. El titular del órgano de representación, podrá o no coincidir con el o los miembros del órgano de administración.

En las sociedades anónimas - salvo pacto en contrario - el administrador o el presidente del directorio, actuará como único integrante del órgano de representación, manifestando o declarando la voluntad de la sociedad en la esfera externa (art. 376, LSCU).

Es preciso distinguir la llamada representación voluntaria, de la representación orgánica. El denominado *representante* en la Ley 16.060 no se relaciona con el instituto de la representación (representación legal o voluntaria). En éste, es necesario la presencia de dos personas: un representante obrando a nombre ajeno y por poder (sujeto de la voluntad), y un representado (sujeto del interés). El o los *representantes*, en los términos de la ley societaria uruguaya, integran un órgano que expresa, en la esfera externa, la voluntad de la persona jurídica<sup>192</sup>.

En los distintos tipos sociales regulados en la Ley 16.060, es el órgano de representación quien detenta *facultades de representación*. Salvo pacto en contrario, el referido órgano estará integrado de acuerdo a lo que la Ley 16.060 determina para cada tipo societario<sup>193</sup>.

---

<sup>192</sup> Si una sociedad comercial a través de su administrador, otorga un poder a un tercero para realizar determinados actos, ello comprueba la aptitud de aquella para ser titular de relaciones jurídicas (capacidad de derecho) y su idoneidad para conformar por sí mismo relaciones jurídicas (capacidad de obrar). Si dicho tercero de acuerdo al poder conferido actúa en nombre de la sociedad y adquiere un bien para ésta, nos encontramos ante un supuesto de representación voluntaria. En el primer caso (otorgar un poder) se observa la declaración de voluntad de la sociedad comercial a través de un órgano (representante). En el segundo caso (compraventa), existen dos personas diferentes: el representante que actúa a nombre ajeno y con poder, y el representado (sociedad comercial).

<sup>193</sup> Al respecto ver, además del artículo 79 parcialmente transcrito: a) para sociedades colectivas, art. 200 Ley 16.060: “*El contrato regulará el régimen de la administración y representación. Los administradores podrán ser designados en el contrato de sociedad o por acto social posterior. En su defecto, la sociedad será administrada y representada por cualquiera de los socios indistintamente. En caso de vacancia o imposibilidad de actuar del administrador designado en el contrato, los socios por mayoría nombrarán al sustituto*”; b) para sociedades en comandita simple, art. 215: “*La administración y representación de la sociedad será ejercida por los socios comanditados o terceros designados al efecto*”; c) para sociedades de capital e industria, art. 221: “*La administración y representación de la sociedad podrá ejercerse por cualquiera de los socios capitalistas, conforme a lo dispuesto en la Sección I de este Capítulo*”; d) para sociedades de responsabilidad limitada, art. 237: “*La administración y representación de la sociedad corresponderá a una o*

A diferencia de lo que acontece en sede de sociedades comerciales, en las demás personas jurídicas uruguayas, las funciones de representación le corresponden al órgano de administración, no existiendo entonces, dos órganos diferentes (el de administración y el de representación).

En las cooperativas entonces, sin perjuicio de la representación voluntaria, a través del otorgamiento de poderes, las funciones de representación las ostenta el órgano de administración de las mismas, a saber, el Consejo Directivo<sup>194</sup>. El Consejo Directivo, por imperio de

---

*más personas, socias o no, designadas en el contrato social o posteriormente. El o los administradores o representantes tendrán los mismos derechos, facultades y obligaciones de los administradores o representantes de las sociedades colectivas. Si la administración fuera colegiada serán de aplicación las disposiciones sobre el funcionamiento del directorio de las sociedades anónimas. No podrá limitarse la revocabilidad, excepto cuando la designación sea condición expresa para la constitución de la sociedad. Aun en este caso podrán revocarse los administradores y representantes por justa causa. Los socios disconformes tendrán derecho de receso”; e) para sociedades anónimas, arts. 375 y 376: Art. 375: “La administración de las sociedades anónimas estarán a cargo de un administrador o de un directorio. El contrato podrá delegar en la asamblea de accionistas la determinación de una u otra forma de administración y del número de miembros del directorio. Tratándose de sociedades anónimas abiertas el órgano de administración será necesariamente un directorio”. Art. 376: “El administrador o el presidente del directorio representará a la sociedad, salvo pacto en contrario”; f) para sociedades en comandita por acciones, art. 477: “La administración y representación estará a cargo de uno o más administradores o de un directorio según se prevea en el contrato social. Los administradores o integrantes del directorio deberán ser socios comanditados o terceros designados por éstos o en el contrato social. Se le aplicarán al administrador las disposiciones contenidas en la Sección I del Capítulo II para las sociedades colectivas. Tratándose de directorio se le aplicarán las normas relativas de las sociedades anónimas”.*

<sup>194</sup> Según el artículo 35 de la Ley 18.407, “el Consejo Directivo es el órgano encargado de la administración permanente de la cooperativa” y “sus atribuciones serán determinadas en el estatuto, sin perjuicio de las establecidas por la ley”. Adicionalmente, la ley le atribuye facultades implícitas a este órgano: “las que la ley o el estatuto no reserven expresamente a la Asamblea y las que resultan necesarias para la realización de las actividades en cumplimiento del objeto social”.



la ley, es el órgano con *facultades de representación*. Así, expresa el artículo 39 de la Ley de Cooperativas, N.º 18.407: “*La representación de la cooperativa le corresponde al Consejo Directivo, debiendo actuar conjuntamente el Presidente y el Secretario del mismo, salvo que el estatuto disponga otra cosa al respecto*”.

El órgano con *facultades de representación* en las asociaciones civiles es el órgano de administración, comúnmente denominado “*Comisión Directiva*”. La regulación normativa con relación a estas entidades es muy escasa. Solo se encuentran referidas en el artículo 21 del Código civil uruguayo, donde se les reconoce como personas jurídicas. Por su parte, el artículo 1º del Decreto Ley 15.089, dispone que el Ministerio de Educación y Cultura “*ejercerá la policía administrativa de las asociaciones civiles y fundaciones, y en consecuencia, controlará su creación, su funcionamiento y su disolución y liquidación*”.

El estatuto tipo proporcionado por la Dirección General de Registros del referido Ministerio, indica que la Comisión Directiva tendrá a su cargo la dirección y administración de estas entidades.

En las fundaciones, el órgano con *facultades de representación* es el órgano de gobierno y de administración. El artículo 4 de la Ley 17.163, confiere estas facultades al Consejo de Administración.

En otro orden, el artículo 10 de la LCRE, relativo a la obligación que tiene el deudor de solicitar su propio concurso dentro de los treinta días siguientes a que conoció o debió conocer su estado de insolvencia, preceptúa que dicha obligación, en el caso de las personas jurídicas<sup>195</sup>, “*recae en cada uno de sus administradores, liquidadores o integrantes del órgano de control interno*”.

---

<sup>195</sup> A nivel doctrinario, se discute acerca de si se trata de una obligación o una carga. En nuestra opinión, es claro que no existe una obligación de solicitar el concurso, en el entendido que en caso de no procederse a la referida solicitud de concurso, no habrá nadie que pueda exigir el cumplimiento de la pretendida “obligación”. Sin embargo, entendemos que existen argumentos para afirmar que configura una carga

Como se analizó *supra*, es al órgano de administración a quien la LCRE le atribuye la facultad de decidir la promoción de concurso (voluntario) de la persona jurídica. El referido artículo 10, debió establecer simplemente la obligación del deudor, persona física o jurídica, de solicitar su propio concurso dentro de los treinta días siguientes a que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia. Sin embargo, atribuye esa obligación no a la persona jurídica, sino a “*cada uno de sus administradores, liquidadores o integrantes del órgano de control interno*”. Estos obligados, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 6.3 de la LCRE, se encuentran legitimados para promover el concurso necesario de la persona jurídica en la que integran el órgano de administración, de liquidación o de control.

La LCRE debió establecer, más que la obligación de cada uno de los integrantes de los órganos referidos, la responsabilidad de los integrantes del órgano de administración (o de liquidación) por no promover la adopción de decisiones orgánicas, o por votar en contra en las mismas. Respecto de los integrantes del órgano de control interno, al no disponer dicho órgano de las facultades para decidir la solicitud de concurso de la persona jurídica, no debió mencionarlos en la disposición que regula la obligación del deudor de promover su propio concurso.

---

(imperativo del propio interés), y más precisamente, un verdadero deber establecido por la Ley. Entienden HOLZ, E. y RIPPE, S., “Reorganización Empresarial y...”, *op. cit.*, en página 95: “*Cabe preguntarnos, del punto de vista de la naturaleza jurídica de que se imponga al deudor solicitar tempranamente su propio concurso, si la ley ha establecido una obligación en cabeza del deudor; o si en puridad se trata de una carga. Nos inclinamos por ésta última solución por cuanto las consecuencias positivas o negativas de la presentación temporánea se circunscriben al propio deudor sin que tampoco, en caso de no presentación en tiempo, nadie pueda reclamarle o demandarle por los daños y perjuicios causados por falta de cumplimiento*”.

De todas formas, y sin perjuicio de la presunción relativa de culpabilidad verificable cuando el deudor hubiere incumplido el deber de solicitar la declaración judicial de concurso (art. 194.1, LCRE), y de la eventual responsabilidad de administradores, liquidadores o miembros del órgano de control interno por la declaración de culpabilidad del deudor persona jurídica (art. 201, LCRE), la legitimación para promover el concurso necesario le es atribuida a cualquiera de los administradores o liquidadores de una persona jurídica, así como a los integrantes del órgano de control interno (síndico societario o miembro de la comisión fiscal; art. 6.3, LCRE).

Complementando la argumentación que expresa que cuando el concurso es promovido cualquiera de los administradores o liquidadores o integrantes del órgano de control interno, el mismo es necesario, el artículo 8 párrafo primero de la LCRE - que regula los requerimientos de *solicitud de concurso por otros legitimados* distintos del deudor - dispone que, “*fuera de los casos de solicitud de la declaración de concurso por el propio deudor (numeral 1 del artículo 6º), los solicitantes (...) deberán aportar los elementos de juicio que acrediten la existencia de una presunción de insolvencia*”.

Es posible concluir, entonces, que la obligación de solicitar el concurso que recae en cada uno de los administradores, liquidadores o integrantes del órgano de control interno (art. 10, LCRE), refiere a una hipótesis de concurso necesario<sup>196</sup> (solicitud por otros legitimados

---

<sup>196</sup> CHALAR, L., “La obligación del administrador de solicitar el concurso de la entidad en la Ley 18.387”, en Evaluación de la ley de sociedades comerciales a los 20 años de su promulgación, Semana Académica del Instituto de Derecho Comercial, 1ª ed., F.C.U., Montevideo, 2009, en página 618, asevera: “*Cabe preguntarse si el administrador integrante de un órgano colegiado que conoce la insolvencia de la sociedad no debe antes plantear en el seno del Directorio la necesidad de que ésta promueva el concurso voluntario, en lugar de promoverlo él directamente. Entendemos que esta es la solución más adecuada, principalmente porque todo indica que, si lo hiciera él en forma individual, el concurso encuadraría en la categoría de los necesarios (...) con todas las connotaciones negativas que esto tendrá para la sociedad cuyo interés el administrador debe proteger. Para agotar la vía interna, el director deberá convocar una reunión de Directorio (art.*

distintos del deudor). Por lo tanto, no se exige en este caso, acompañar a la solicitud de declaración de concurso, ninguno de los recaudos impuestos por el artículo 7 de la LCRE (entre ellos, el testimonio de la resolución del órgano de administración, aprobando la presentación). Sólo se requerirá la decisión del órgano de administración aprobando la promoción de concurso, en caso de concurso voluntario, es decir, cuando el concurso es deducido por el deudor (en el caso de las personas jurídicas, por el órgano con facultades de representación, o por un apoderado con facultades específicas para la solicitud).

### **B.- Documentación a presentar por las personas jurídicas mercantiles**

El artículo 7 de la LCRE refiere a la documentación que debe acompañar el deudor al promover el concurso, “además de cumplir con lo dispuesto por los artículos 117 y 118 del Código General del Proceso”<sup>197</sup>.

---

*386 inciso 1 de la LSC) solicitando la inclusión del punto en el orden del día. Si el Directorio así reunido resuelve no promover el concurso, el director instante quedará habilitado para hacerlo individualmente”.*

<sup>197</sup> Estas normas del Código General del Proceso, refieren a la forma y contenido de la demanda y a la prueba que se debe acompañar en la demanda. Art. 117: “(Forma y contenido de la demanda).- Salvo disposición expresa en contrario, la demanda deberá presentarse por escrito y contendrá: 1) La designación del tribunal al que va dirigida. 2) El nombre del actor y los datos de su documento de identidad y sus domicilios, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71. 3) El nombre y domicilio del demandado. 4) La narración precisa de los hechos en capítulos numerados, la invocación del derecho en que se funda y los medios de prueba pertinentes, conforme con lo dispuesto en el artículo siguiente. 5) El petitorio, formulado con toda precisión. 6) El valor de la causa, que deberá ser determinado precisamente, salvo que ello no fuera posible, en cuyo caso deberá justificarse la imposibilidad y señalarse su valor estimativo, indicándose las bases en que se funda la estimación. 7) Las firmas del actor o de su apoderado y del abogado, salvo los casos exceptuados por la ley”. Art. 118: “(De la prueba en la demanda). 118.1. Se acompañara a la demanda toda la prueba documentada que se intente hacer valer y los documentos que acrediten la personería, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 40, así como testimonio del acto conciliatorio en los casos en que éste procede. Si no se dispusiere de alguno de esos instrumentos, se reseñarán su

Antes de ingresar al análisis en particular de los recaudos que debe presentar el deudor que promueve su concurso, es preciso destacar que el artículo 7 de la LCRE, no se condice con la voluntad expresada en la Exposición de Motivos. En la misma, se estableció que uno de los “*pilares orientadores de la reforma*” lo constituía la posibilidad de acceder temporáneamente al concurso, estimulando el acceso al mismo a deudores y acreedores mediante la incorporación de mecanismos de *alerta temprana*, basados “*en elementos objetivos para iniciar los procedimientos*” (refiere a las presunciones absolutas y relativas de insolvencia). Esto, permitiría la flexibilización y agilidad para el inicio de los procedimientos concursales, “*procedimientos en los cuales la detección pronta de una situación de dificultad es clave para una solución que evite la destrucción de valor*”<sup>198</sup>.

Indudablemente, la idea de fácil acceso al concurso tiene su contracara en lo preceptuado por el artículo 7 de la LCRE, requiriendo al deudor que solicita el concurso, una serie de recaudos que en la práctica han llevado a enlentecer y dificultar el ingreso al procedimiento.

Examinando el contenido específico de algunos de los recaudos, es posible advertir que bajo un mismo rótulo se incluyen varios documentos, cuya presentación será o no preceptiva en función de la

---

*contenido, indicándose con precisión el lugar en que se encuentre y se solicitarán las medidas pertinentes para su incorporación al proceso. 118.2. También deberá indicar el actor el nombre y domicilio de los testigos de que habrá de servirse, así como los demás medios de prueba de que habrá de valerse y solicitar su diligenciamiento. Lo relativo a la declaración de parte se regirá por lo dispuesto en la Sección II del Capítulo III de este Libro. 118.3. Sólo podrán ser propuestas posteriormente las pruebas claramente supervinientes las referidas a hechos nuevos o a los mencionados por la contraparte al contestar la demanda o la reconvencción”.*

<sup>198</sup> Exposición de Motivos, adjuntada por el Poder Ejecutivo al proyecto de ley referente a los fenómenos de crisis económica, el 21 de agosto de 2006. [http://archivo.presidencia.gub.uy/\\_Web/proyectos/2006/08/CM%20205\\_21%2008%202006\\_00001.PDF](http://archivo.presidencia.gub.uy/_Web/proyectos/2006/08/CM%20205_21%2008%202006_00001.PDF), “pilar 3”, pp. 7 y 8, consultado el 14 de abril de 2015.

naturaleza del deudor (persona física o jurídica, y en este último caso, civil o comercial), lo que se analizará detalladamente *infra*.

Debe destacarse la trascendencia, tanto de las formalidades requeridas en los recaudos a presentar, como la autenticidad y exactitud de la información contenida en los mismos, en tanto y en cuanto el defecto en la presentación de la documentación, podría enlentecer la declaración del concurso, y la omisión de alguno de los recaudos, traerá aparejado el rechazo *de plano* de la solicitud<sup>199</sup>.

Seguidamente, se analizará el contenido específico de los *documentos* que debe acompañar el deudor persona jurídica mercantil al promover su concurso.

#### **a.- Memoria explicativa**

El artículo 7 numeral 1 de la LCRE, exige la presentación de una *memoria explicativa* con determinada información relativa al deudor. Se debe relatar la historia económica y jurídica, con indicación de las actividades desarrolladas por el deudor, así como los establecimientos de los que fuere titular, explicando “*las causas del estado en que se encuentra*”. Este último aspecto - entre otras consideraciones que deberían tener en cuenta el síndico o el interventor - podrá ser relevante al tiempo de la calificación del concurso, ya sea como fortuito, o como culpable<sup>200</sup>.

---

<sup>199</sup> La veracidad en cuanto a la documentación presentada tendrá incidencia directa en la calificación del concurso, en virtud que la LCRE prevé como presunción absoluta de culpabilidad el hecho que “*el deudor hubiera cometido falsedad en cualquiera de los documentos adjuntados a la solicitud de declaración judicial de concurso...*” (art. 193.5, LCRE).

<sup>200</sup> El artículo 192 de la LCRE preceptúa que el concurso se calificará como culpable cuando en la producción o en la agravación de la insolvencia hubiera existido dolo o culpa grave del deudor o, en caso de personas jurídicas, de sus administradores o de sus liquidadores, de derecho o de hecho.

Adicionalmente, el artículo 7 numeral 1 exige al deudor persona jurídica indicar nombre y domicilio de socios, asociados o accionistas de los que tenga conocimiento, así como de los administradores, liquidadores y de los miembros del órgano de control interno, en caso de corresponder. También deberá indicar si forma parte de un grupo de empresas, en cuyo caso, enumerará las entidades que lo componen.

La identificación de los sujetos involucrados con el deudor es relevante a los efectos de determinar quiénes podrían ser los eventuales titulares de *créditos subordinados*<sup>201</sup>.

### **b.- Inventario de bienes y derechos**

El deudor deberá presentar una lista ordenada (*inventario*) de bienes y derechos de los que sea titular (art. 7.2, LCRE)<sup>202</sup>. Este inventario debe cumplir con ciertos requisitos: ser confeccionado a la fecha de promoción del concurso, contar con estimación de valor de los bienes y lugar de localización de los mismos, así como los datos de identificación a nivel registral, en caso de corresponder. Son varios los motivos de este requerimiento. Fundamentalmente, el inventario constituirá el primer reflejo del contenido de la *masa activa del concurso*. Ésta, se encuentra “*integrada por la totalidad del patrimonio del deudor a la fecha de la declaración y por los bienes y derechos que adquiriera hasta la conclusión del procedimiento*” (art. 71 párrafo primero, LCRE). La formación de la masa activa del concurso, será tarea del síndico o del interventor, la que podrá alterarse durante el transcurso del procedimiento concursal. Evidentemente, que el síndico o el interventor conozcan los bienes y derechos de los que sea titular el deudor que solicita el concurso, así

---

<sup>201</sup> Artículo 112. 2) LCRE.

<sup>202</sup> El artículo 2 del Decreto 146/009, dispone: “*A los efectos de la estimación del valor de los bienes y derechos indicados en el artículo 7 numeral 2 de la Ley N° 18.387, el deudor deberá indicar los criterios de valuación utilizados para cada uno de los mismos. En caso que dichos criterios de valuación difieran de los criterios utilizados en la elaboración de los estados contables exigidos en el numeral 4) del artículo 7, el deudor deberá justificar los mismos*”.

como la localización de los bienes, facilitará enormemente su tarea de formación de la masa activa.

Asimismo, si alguno de los bienes estuviere gravado por derechos reales o estuviere embargado, el deudor deberá indicarlo, aportando datos que permitan la identificación de los referidos gravámenes y embargos. Conocer los gravámenes reales, así como los embargos específicos sobre los bienes, permitirá determinar con mayor certidumbre el activo que respalda la operativa del concursado, así como la identificación de los trámites judiciales para ejercitar el fuero de atracción concursal<sup>203</sup>.

### **c.- Relación de acreedores**

Se exige al deudor acompañar a la solicitud de concurso, una *relación de acreedores* (art. 7.3, LCRE) ordenada alfabéticamente, con indicación de sus principales datos identificatorios (nombre, número de Registro Único Tributario o cédula de identidad, según corresponda y domicilio), así como de los créditos de que sean titulares (cuantía, fecha de vencimiento, existencia de garantías sobre bienes del deudor o de terceros). Como contracara del inventario de bienes y derechos, la ley exige al deudor presentar un listado de los acreedores, primer esbozo en el procedimiento concursal de la *masa pasiva del concurso*, compuesta por “*todos los acreedores del deudor, cualquiera sea su naturaleza, nacionalidad o domicilio...*” (art. 55, LCRE).

Se ha afirmado, que la relación de acreedores requerida por la LCRE, omite toda referencia a la naturaleza jurídica de los créditos, cuestión de gran importancia para la etapa de verificación y graduación de los mismos<sup>204</sup>.

---

<sup>203</sup>MARTÍNEZ BLANCO, C., “Manual del nuevo...”, *op. cit.*, pág. 165.

<sup>204</sup>MARTÍNEZ BLANCO, C., *ibid.*, pág. 165.



#### **d.- Estados contables, memoria del órgano de administración e informe del órgano de control interno**

El artículo 7 numeral 4 de la LCRE, requiere al *deudor que estuviera obligado a llevar contabilidad*, acompañar los estados contables (con informe suscrito por contador público), y en caso de corresponder, la memoria del órgano de administración e informe del órgano de control interno, todo, de los tres últimos ejercicios.

En caso de omitir la presentación de cualquiera de los recaudos referidos precedentemente, el deudor deberá indicar *“la causa por la cual no puede aportarlos”*. Podría entenderse, en este caso, que la presentación de los documentos requeridos por el artículo 7.4 de la LCRE no es preceptiva, pero, en tal caso, el deudor tendrá que explicar el motivo por el que no los pudo aportar conjuntamente con la solicitud de concurso<sup>205</sup>.

La LCRE no exige la presentación de los libros de comercio, sino a quienes tienen la obligación de llevarlos, acompañar los estados contables que determine la reglamentación<sup>206</sup>. Esta reglamentación está prevista en el artículo 3 Decreto 146/009, de 23 de marzo de 2009, el que preceptúa: *“Los deudores organizados como sociedades comerciales deberán presentar los estados contables preparados según normas contables adecuadas exigidos por la Ley N° 16.060 y por su reglamentación. En el caso de los deudores no organizados como sociedades comerciales deberán presentar los estados contables que hayan presentado a los terceros interesados (Instituciones Financieras, en caso de existencia de deudas bancarias, o en su defecto a la Dirección General Impositiva, o a cualquier otro interesado) y expresarán en qué medida dichos estados se ajustan a*

---

<sup>205</sup> HEUER, F. y RODRÍGUEZ MASCARDI, T., “Las pericias en...”, *op. cit.*, p. 87. Señalan los autores: *“En cada caso el Juez del concurso deberá apreciar el fundamento invocado para no presentar los estados contables, por ejemplo podemos pensar entre otros en el extravío, hurto o destrucción”*.

<sup>206</sup> Cfr. HEUER, F. y RODRÍGUEZ MASCARDI, T., *ibid.*, p. 87.

*las normas contables adecuadas de las sociedades comerciales*”. El antedicho Decreto también prevé el caso de empresas unipersonales<sup>207</sup> que no tengan la carga de llevar contabilidad regular. En esta hipótesis, dichas empresas unipersonales deberán presentar “*los estados contables que hayan presentado a terceros (acreedores, bancos o Dirección General Impositiva)*”, pero si no emitieron estados contables en los últimos tres años antes de la fecha de solicitud de concurso, estarán eximidas de cumplir con el requisito de acompañar los mismos.

Por consiguiente, solo para el caso de la *persona física que realiza actividad empresarial* (art. 2, LCRE), la reglamentación exime al deudor de presentar los estados contables, cuando los mismos no hayan sido emitidos en los últimos tres años con anterioridad a la solicitud del concurso.

El artículo 88 párrafo segundo de la Ley de sociedades comerciales N.º 16.060, exige la confección de los estados contables de acuerdo a *normas contables adecuadas*, las que reflejarán con claridad - entre otros aspectos - la situación patrimonial de la sociedad. Complementando la disposición societaria referida, el artículo 91 párrafo primero de dicha Ley, delegó en el Poder Ejecutivo la determinación de “*las normas contables adecuadas a las que habrán de ajustarse los estados contables de las sociedades comerciales*”<sup>208</sup>.

---

<sup>207</sup> Refiere al deudor persona física que realiza *actividad empresarial*.

<sup>208</sup> En función de lo expuesto, se sancionaron diferentes Decretos por los que se incorporan al Derecho uruguayo como normas contables adecuadas, las Normas Internacionales de Contabilidad. Ver, en tal sentido, Decretos: 162/004, de 12 de mayo de 2004 y 266/2007, de 31 de julio de 2007, 99/009, de 27 de febrero de 2009, 283/009, de 15 de junio de 2009, el cual, a partir del Decreto 104/012, no es de aplicación preceptiva, 37/010, de 1º de febrero de 2010 (para ejercicios cerrados a partir del 31 de diciembre de 2009) y 291/014 (obligatorio para los ejercicios iniciados a partir del 1º de enero de 2015, que regula la aplicación de la Norma Internacional de Información Financiera para pequeñas y medianas entidades; NIIF para PYMES).

Además de los estados contables, en caso de corresponder y si existieran, el deudor deberá acompañar a la presentación de concurso, memoria del órgano de administración <sup>209</sup>, informe del órgano de control interno (todo, de los tres últimos ejercicios), e informe de auditoría externa<sup>210</sup> de los estados contables, si se hubiera contratado.

#### **e.- Testimonio de estatutos o contrato social**

El deudor persona jurídica debe acompañar a la solicitud de concurso, testimonio notarial de los *estatutos* o del *contrato social*. La presentación de esta documentación permitirá conocer algunos aspectos importantes de la sociedad, entre otros, el nombre de los socios (con excepción de las sociedades anónimas, ya que el nombre de los socios no figura en el estatuto) y el régimen de administración y representación de la entidad.

Si hubo modificaciones al contrato social o a los estatutos, también deberá agregarse testimonio notarial de las mismas.

---

<sup>209</sup> El artículo 92 de la Ley 16.060, impone a los administradores rendir cuentas sobre la marcha de la sociedad, presentando una memoria explicativa del balance general, con información a los socios de los aspectos que puedan resultar de interés. En particular, la memoria contendrá: Las razones de variaciones significativas operadas en las partidas del activo y del pasivo; la adecuada explicación de los gastos y ganancias extraordinarias y su origen y de los ajustes por ganancias y gastos de ejercicios anteriores, cuando sean significativos; las razones por las cuales se proponga la constitución de reservas, explicadas clara y circunstanciadamente; una explicación u orientación sobre la perspectiva de las futuras operaciones; la mención de las relaciones con las sociedades vinculadas, controladas o controlantes y las variaciones operadas en las respectivas participaciones y en los créditos y deudas y, por último, las causas por las que se proponga el pago de dividendos o la distribución de ganancias en otra forma que en efectivo.

<sup>210</sup> El artículo 4 párrafo segundo del Decreto 146/009, de 23 de marzo de 2009, indica: “*De no existir informe de auditoría externa, el deudor deberá presentar el tipo de informe emitido por Contador Público exigido por la Dirección General Impositiva, Auditoría Interna de la Nación para dar cumplimiento al registro de los Estados Contables, o por los bancos acreedores, de acuerdo con las normas dictadas por el Banco Central del Uruguay*”.

Adicionalmente, la norma objeto de análisis exige acompañar testimonio de la constancia de la inscripción de la sociedad comercial en el Registro de Personas Jurídicas, Sección Registro Nacional de Comercio<sup>211</sup>.

#### **f.- Testimonio notarial de resolución del órgano de administración**

Por último, el artículo 7.6 de la LCRE, exige al deudor persona jurídica acompañar a la solicitud de concurso, testimonio de la resolución del órgano de administración *aprobandando la presentación*.

Entonces, como fuera ya analizado, la LCRE atribuye al órgano de administración, las facultades para formar la voluntad de las personas jurídicas a efectos de decidir la presentación a concurso.

#### **C.- Documentación a presentar por otras personas jurídicas**

Con respecto a la documentación a presentar por parte de las personas jurídicas de naturaleza no comercial, en Uruguay no existen prácticamente diferencias con las exigencias que fueron analizadas precedentemente (*supra* 2.B.).

El artículo 7.5 LCRE exige acompañar a la solicitud de concurso, testimonio notarial de la *autorización estatal*. La referida autorización, en los casos de asociaciones civiles y fundaciones, se requiere para su constitución, y es otorgada por parte del Ministerio de Educación y Cultura (art. 1º *in fine*, Decreto Ley 15.089).

---

<sup>211</sup> Artículo 294, Ley 17.296.

**SEGUNDA PARTE: EFECTOS DEL CONCURSO CON  
RELACIÓN AL FUNCIONAMIENTO DEL ÓRGANO DE  
ADMINISTRACIÓN Y REPRESENTACIÓN DE LA PERSONA  
JURÍDICA CONCURSADA**



## ***Capítulo Primero: Funcionamiento del órgano de administración y representación***

### **I.- Régimen jurídico español**

#### **A.- Consideraciones generales**

Pese a la declarada voluntad del legislador de prestar especial atención “[...] a los supuestos de concurso de persona jurídica y a los efectos que en este caso produce la declaración, materia de gran importancia, como corresponde a la que estos entes y, fundamentalmente, las sociedades revisten en el moderno tráfico” (E. de M. III, LC)<sup>212</sup>, el tratamiento de los efectos del concurso en el deudor persona jurídica en la redacción original de la Ley concursal pronto se reveló notoriamente insuficiente. La modificación realizada a través de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, del artículo 48 de la norma concursal y la introducción de tres nuevos artículos (48 *bis* al 48 *quater*; LC), respondió, en buena medida, al intento de subsanar alguna de las carencias y omisiones de las que el marco regulatorio adolecía. Con todo, ni la mencionada reforma, ni las que la siguieron han solventado definitivamente los problemas que la aplicación de la Ley en su redacción original planteaba, especialmente, en lo que refiere a los efectos del concurso en el funcionamiento y ejercicio de facultades del órgano de administración y representación<sup>213</sup>.

---

<sup>212</sup> MORILLAS cita similares declaraciones contenidas los Anteproyectos de Ley concursal APLC 1959 (punto XIII), APLC 1983, APLC 1995 y APLC 2001. Textos publicados, según cita de la autora en *CDC*, número monográfico, *La reforma del Derecho Concursal*. 1997, pp. 123-210; 211-311, 315-426 y *DN*, 134, noviembre de 2001, pp. 86-164, respectivamente. MORILLAS JARILLO, M<sup>a</sup> J. “El concurso de las sociedades”. Iustel, Paracuellos del Jarama, 2004, pp. 40 y 41.

<sup>213</sup> SANCHEZ CALERO y SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, valoran positivamente la reforma llevada a cabo por la Ley 38/2011 que, consideran, regula con mayor detalle los efectos del auto de la declaración de concurso de la persona jurídica, SÁNCHEZ CALERO, F., y SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, “Instituciones de Derecho Mercantil”, Vol. II, 35<sup>a</sup> edición, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 615. Un juicio más severo de la eficacia de las modificaciones

El artículo 48 de la Ley concursal, se ocupa del efecto de la declaración de concurso sobre los órganos de las personas jurídicas deudoras. Al respecto, la norma contenida en el numeral 1 del artículo 48 dispone el mantenimiento de los órganos de la persona jurídica durante la tramitación del concurso, “[...] *sin perjuicio de los efectos que sobre su funcionamiento produzca la intervención o la suspensión de sus facultades de administración y disposición*”.

El análisis de las razones para el mantenimiento de los órganos del deudor persona jurídica resulta de utilidad a la hora de delimitar el ámbito en que las restricciones al ejercicio de sus facultades patrimoniales operan. En este sentido, se ha señalado cómo la declaración de concurso hace surgir un ámbito competencial que sólo a los órganos de la persona jurídica cabe desarrollar y que se identifica, por un lado, con el ejercicio de las funciones y facultades para la defensa de los *intereses de la sociedad en el concurso*<sup>214</sup>, y por otro, con el cumplimiento de deberes que la Ley concursal impone a los órganos de las personas jurídicas en atención a los *intereses del concurso*.

Si antes del inicio del trámite del concurso, la persona jurídica, a través de sus órganos persigue de forma exclusiva y excluyente la consecución del interés social, durante el procedimiento concursal y respecto del ejercicio de las facultades patrimoniales de administración y disposición de los bienes integrados en la masa activa, el interés que debe guiar a la persona jurídica, será el del concurso. Del articulado de la Ley cabe inferir dicho interés como uno vinculado a las finalidades del procedimiento concursal, finalidades

---

operadas por la Ley 38/2011 en MARTÍNEZ FLÓREZ, A. “La Junta general de la sociedad concursada”, Editorial Aranzadi, Cizur Menor. 2012, pp.18 a 20.

<sup>214</sup> MARTÍNEZ FLÓREZ, A. “La Junta general...”, *ibid.*, pp.339 a 340. En consonancia con el alcance del trabajo publicado, la autora refiere exclusivamente a órganos societarios. Empero, el aspecto orgánico alcanza a todas las personas jurídicas concursables.



que sin duda contemplan de forma prominente la satisfacción de las diversas categorías y clases de acreedores, pero que también pondera el interés de la sociedad concursada y los intereses generales. De todas formas, en nuestra opinión, al concursar la persona jurídica, no desaparece el interés social. El mismo – que será diferente según la naturaleza del ente - se mantiene al concursar, pero debe someterse, adaptarse y adecuarse a los fines, características y límites que impone el procedimiento concursal.

Junto a dicho interés, surgiría la defensa del interés de la persona jurídica en el concurso, generando un nuevo ámbito competencial que perseguiría no ya la realización de su fines mediante el desarrollo de su objeto, sino la “subsistencia” de la persona jurídica cuando la solución que se siga sea la consecución de un convenio o, en su caso, “la protección de los intereses sociales durante la liquidación”<sup>215</sup>. Tal interés se hace evidente en, por ejemplo, el recurso de impugnación del Auto de declaración del concurso (art. 20.3 LC), la presentación de propuesta de convenio (art. 99.1 LC, en la redacción dada por el artículo 17.15 de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre), o la solicitud de separación de los administradores concursales que no actúan con la diligencia exigible (art. 37.1, LC).

Por otra parte, también se identifica un ámbito competencial no afectado por la declaración de concurso, integrado por un conjunto de facultades que no interferirían con las atribuidas a los órganos concursales ni cuya conservación y ejercicio por los órganos societarios sería incompatible con las limitaciones impuestas por las normas reguladoras del concurso: funciones de naturaleza esencialmente societaria tales como la adopción de acuerdos por los que se deciden modificaciones estatutarias, el nombramiento o remoción de administradores, o el otorgamiento o revocación de poderes<sup>216</sup>, funciones que se considerarían ajenas al ámbito

---

<sup>215</sup> MORILLAS JARILLO, M<sup>a</sup> J. “El concurso de...” *op. cit.*, p.339 a 340.

<sup>216</sup> En contra la RDGRN de 24 de julio de 2014, que rechaza el recurso contra la nota de calificación del registrador mercantil por la que se deniega la inscripción de

correspondiente a la administración y disposición del patrimonio concursal destinado a satisfacer a los acreedores.

Además, y pese a que en la inmensa mayoría de los casos - ciertamente, en el de las sociedades de capital - el patrimonio del deudor persona jurídica coincidirá con la masa activa de bienes afectados al concurso, no es menos cierto que, respecto a determinadas formas asociativas u organizacionales, resulta factible pensar en bienes no afectados por la declaración del concurso y cuya administración y disposición, se ha argumentado, cabría fuesen

---

escritura pública de cancelación de poderes otorgada por el administrador único de una sociedad limitada sometida al régimen concursal de intervención del ejercicio de las facultades de administración y disposición. La resolución fundamenta la consideración de las relaciones de representación como relaciones de naturaleza patrimonial en la atribución a la administración concursal de la legitimación para el ejercicio de la acción de responsabilidad que pueda corresponder a la sociedad frente a socios o administradores sociales (arts. 48 *bis* y 48 *quáter* LC), así como la facultad que asiste a la administración concursal de solicitar al Juez de la causa la adopción de medidas cautelares que impliquen el embargo de *“bienes y derechos de los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, apoderados generales y de quienes hubieran tenido esa condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de aquella declaración cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que en la sentencia de calificación las personas a las que afecte el embargo sean condenadas a la cobertura del déficit resultante de la liquidación”* (art. 48 *ter* LC). Partiendo de esa base, la DGRN considera el *“interés directo [de la administración concursal] en la intervención de las relaciones de apoderamiento del deudor”, no sólo en el caso de que se otorguen nuevos poderes o se revoquen los existentes sino también en el ejercicio de acciones frente a terceros que ostenten o que hayan ostentado en el plazo legal un poder de representación de la sociedad.* Sin la intervención necesaria de la administración concursal en el otorgamiento y revocación de poderes por los administradores y liquidadores societarios, razona la Resolución, *“...quedaría hurtado a la administración concursal el conocimiento de la existencia de una relación representativa y, en consecuencia, frustrada su obligación de exigir, en su caso, la responsabilidad que corresponda en beneficio de los acreedores sociales.* También en contra, MORILLAS para quien es necesaria autorización de la administración concursal en el caso de intervención. En los casos de suspensión, se suscitaría *“la duda de si la administración concursal (...) está facultada para revocar poderes o delegaciones que hubiera conferido el órgano de administración de la sociedad declarada en concurso o sus apoderados o delegados”*. MORILLAS JARILLO, M<sup>a</sup> J. *“El concurso de...”*, *op. cit.*, p. 344.

conservadas por el deudor. Así, por ejemplo, y respecto a las cooperativas, los bienes integrados al Fondo de Educación y Promoción Cooperativa (art. 56 LCoop.), de carácter irrepartible e inembargable excepto por deudas contraídas para el cumplimiento de sus fines.<sup>217</sup>

Del mismo modo, el funcionamiento de los órganos societarios puede ser necesario para el ejercicio de la actividad empresarial o profesional que venía desempeñando la persona jurídica concursada y que la declaración de concurso no interrumpe necesariamente (art. 44 LC).

*Mantenimiento*, implica que los órganos siguen existiendo durante el trámite del concurso, y ello a pesar de que su composición, estructura y competencias puedan verse afectadas. La Ley concursal regula un régimen de intervención o suspensión, según el caso, del ejercicio de las facultades patrimoniales relativas a los actos de administración y disposición de los bienes integrados en la masa activa del concurso, régimen que no se extendería al ejercicio de facultades sin dicho cariz patrimonial.

El mantenimiento de los órganos de la persona jurídica es necesario incluso en supuestos de suspensión de la concursada en el ejercicio de las facultades de administrar y disponer. No sólo por ser la suspensión una medida temporal revisable en cualquier momento por el juez<sup>218</sup>, sino por existir competencias sólo ejercitables por los órganos societarios<sup>219</sup>.

---

<sup>217</sup> En contra, MORILLAS JARILLO, M<sup>a</sup> J. “El concurso de...”, *op. cit.* p.214.

<sup>218</sup> MORILLAS subraya lo ilógico de eliminar órganos sociales de una sociedad que en cualquier momento puede recuperar el ejercicio de sus facultades. MORILLAS JARILLO, M<sup>a</sup> José. “El concurso de...”, *ibid.*, p. 328.

<sup>219</sup> La DGRN se pronuncia en contra de esta tesis. RDGRN de 1 de febrero de 2008 respecto de la inscripción del acuerdo de nombramiento de nuevos consejeros tras haber cesado, siendo nombrados en su sustitución administradores concursales por encontrarse la sociedad declarada en concurso y suspendida en el ejercicio de las

La Ley no define *funcionamiento*, si bien lo distingue - aún vinculándolo - del ejercicio de las *facultades de administración y disposición* (art. 48.1 *in fine*, LC). En un sentido general, *funcionamiento* refiere al desempeño por la administración societaria de las funciones que le son propias<sup>220</sup>. Con un significado más restringido, la Ley de Sociedades de Capital refiere al término en varios de sus artículos. Así, por ejemplo, el artículo 245, al tratar “*la organización y funcionamiento del consejo de administración*” señala como contenido necesario de este régimen “[...] *las reglas de convocatoria y constitución del órgano, así como el modo de deliberar y adoptar acuerdos por mayoría*”. En el mismo sentido, y al regular el consejo de administración de las sociedades anónimas cotizadas, el artículo 528 refiere a la obligatoria elaboración por el propio órgano de su *reglamento de normas de régimen interno y funcionamiento* que contendrá “[...] *las medidas tendentes a la mejor administración de la sociedad*”. También la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas estatal, al regular el funcionamiento del consejo rector, se ocupa de la constitución del órgano colegiado y de las normas que determinan el procedimiento a seguir para la adopción de acuerdos.

De esta manera, la mención al término funcionamiento del artículo 48.1 de la Ley concursal, la entendemos circunscrita a los

---

facultades de administrar y disponer. La RDGRN señala la innecesariedad de nombrar administradores sociales cuando las medidas judiciales han atribuido todas las facultades de gestión y administración a la administración concursal. La Dirección General entiende que no existe acefalia: los administradores voluntarios habrían sido sustituidos por administradores concursales: “pretender que los consejeros cesados recuperen las facultades de gestión de las que han sido despojados judicialmente (...) supondría vulnerar el principio perseguido por la declaración de concurso que por razones de seguridad jurídica, exige que sólo exista un órgano que ejecute dichos actos”. Dirección General de los Registros y del Notariado. Resolución de 1 de febrero de 2008. BOE, 19 de febrero de 2008, N.º 43. Esta posición de la DGRN no es de recibo por varias razones, lo que es analizado en la Tercera Parte de esta Tesis, Capítulo primero.

<sup>220</sup> Cfr. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “Diccionario de la...”, *op. cit.*

procedimientos, formas y protocolos que encauzan el efectivo ejercicio de las facultades atribuidas al órgano de administración y representación de la persona jurídica concursada.

Este capítulo se centrará en el análisis de algunos aspectos específicos del funcionamiento del órgano de administración del concursado persona jurídica. En concreto, se tratará el efecto de la intervención o suspensión de las facultades de administración y disposición en el protocolo fijado - legal, estatutaria o reglamentariamente - para la adopción de los acuerdos o la toma de decisiones en que se concreta el ejercicio de las funciones de administración y representación. De mismo modo, y en estrecha relación con lo anterior, será preciso analizar la consideración que, durante el concurso, deberá darse a los gastos vinculados con el mantenimiento de la administración societaria, así como el eventual requisito del otorgamiento por la administración concursal o el Juez, de la conformidad o autorización de tales egresos.

El periodo durante el cual el funcionamiento del órgano de administración y representación de la persona jurídica se podrá ver afectado (si no directamente, en cuanto no se traten, en sí mismas, de facultades de administración o disposición, sí indirectamente debido a sus eventual efecto patrimonial derivado de los gastos que impliquen)<sup>221</sup> por el régimen de intervención o suspensión del ejercicio de sus facultades patrimoniales, se inicia con la declaración del concurso pero no termina, necesariamente, con la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación de la persona jurídica. En efecto, el convenio podrá establecer “[...] *medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades de administración y disposición del deudor*” (art. 137.1, LC) que se mantendrán hasta la declaración judicial de cumplimiento (art. 139.1,

---

<sup>221</sup> Interpretando “funcionamiento” en un sentido estricto y prescindiendo de las eventuales consecuencias patrimoniales, el Tribunal Supremo ya ha aclarado cómo el concurso “[...] *no afecta al regular funcionamiento de los órganos sociales*”. Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil, Sentencia 258/2012 de 24 de abril. Referencia Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi RJ/2021/6099.

LC) o incumplimiento (art. 140.1, LC) del convenio. Del mismo modo, decretada la apertura de la fase de liquidación, se suspenderá al concursado en el ejercicio de sus facultades patrimoniales cuando tal no fuera ya el régimen impuesto al tiempo de dictarse el auto declarativo de concurso o modificado posteriormente (art. 145.1, LC), pasando a ejercer dichas funciones los administradores concursales. El artículo 145.3, sin embargo establece, como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, “[...] *el cese de los administradores o liquidadores, sin perjuicio de continuar aquellos en representación de la concursada en el procedimiento y en los incidentes en los que sean partes*”. La redacción vigente de la norma es introducida mediante la Ley 38/2011, de 10 de octubre, a fin de enmendar las graves deficiencias del texto originalmente aprobado en el que se preveía “el cese de los administradores o liquidadores” sin otra consideración o matiz. La norma originalmente aprobada hizo necesaria la interpretación de la expresión “cese” en el sentido de que la sustitución del órgano de administración no produjese la indefensión de la persona jurídica<sup>222</sup>.

---

<sup>222</sup> BELTRÁN E., Y MARTÍNEZ FLÓREZ A., señalaban respecto de la redacción original de la norma, la imposibilidad de la asunción por la administración concursal de la representación de la persona jurídica en toda circunstancia. El conflicto de intereses latente se evidenciaría, por citar sólo uno de los ejemplos citados por los autores, en la inviabilidad de ejercitar recurso de apelación contra el auto de declaración del concurso. BELTRÁN E., Y MARTÍNEZ FLOREZ A., “Efectos sobre el concursado (art. 145)”, en ROJO A., y BELTRÁN, E., *Comentario de la Ley concursal*, Tomo II, 1ª edición, 2ª reimpresión, Editorial Civitas, Madrid, 2004, pp. 2345 y 2346. También se señalaba por la doctrina, al poco de la entrada en vigor de la norma concursal, el resultar irreconciliables entre sí, las previsiones del artículo 145.3 de la Ley, con la facultad concedida al deudor de formular observaciones y propuestas de modificación al plan de liquidación elaborado por la administración concursal, que otorga el artículo 148.2, “[...] *deudor que, en caso de sociedad, sólo puede actuar a través de su órgano de administración/ liquidación pues en él recae en exclusiva el poder de representación; pero este órgano ha sido privado de su portador, que es como decir que ha desaparecido...*”. GALLEGO SÁNCHEZ. E. y ALTÉS TÁRREGA, J., “Efectos de la declaración del concurso: efectos sobre el concursado”, en HERNÁNDEZ MARTÍ, J. (Coord.), *Concurso e insolvencia punible*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 179-207. Versión electrónica consultada en <http://Tirant.com>, el 15 de julio de 2015.

## **B.- Sociedades mercantiles**

### **a.- Convocatoria y celebración de las sesiones del órgano de administración y representación societaria durante el concurso: el derecho del administrador concursal a ser convocado y participar de las mismas**

Tal como se mencionó, tras la declaración de concurso no deja de ser precisa la actuación de la administración y representación societaria. El mantenimiento de los órganos sociales de la concursada no significa sólo su subsistencia formal, sino su funcionamiento efectivo. El administrador único o los administradores estatutarios o legalmente designados, podrán adoptar decisiones válidas durante todo el trámite del concurso. Del mismo modo, cuando el órgano societario adopte una estructura colegiada, seguirá siendo posible (y necesario, si así lo indican normas legales, estatutarias o el reglamento interno del órgano <sup>223</sup>) la convocatoria del mismo, con independencia del régimen de intervención o suspensión impuesto al deudor respecto al ejercicio de sus facultades patrimoniales, e incluso tras la apertura de la fase de liquidación de la sociedad. Así lo reconoce implícitamente la Ley al disponer el “[...] *derecho de asistencia y voz de la administración concursal en las sesiones de los órganos colegiados de la persona jurídica concursada*” (art. 48.2, párrafo primero, inciso primero, LC). A tal efecto, la administración concursal deberá ser convocada en la misma forma y con la misma antelación que los demás legitimados a participar [art. 48.2, párrafo primero, inciso segundo y art. 33 b) 2º LSC LC]. El derecho de la administración concursal de ser convocada, participar y expresar su opinión en todas las sesiones de los órganos colegiados de la persona jurídica concursada ha de entenderse formulado no sólo en relación

---

<sup>223</sup> Así, por ejemplo, el artículo 245. 3 de la Ley de Sociedades de Capital, en la redacción dada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, exige una reunión trimestral mínima. Idéntica periodicidad mínima es exigida para las reuniones del Consejo de Dirección en la Sociedad Anónima Europea (art. 44.1, Reglamento (CE) N.º 2157/2001 del Consejo de 8 de octubre de 2001 y art. 485 en relación con el art. 245.3, LSC). Ninguna norma en Derecho español permite dispensar esta obligación.

con las reuniones del órgano de administración, sino también respecto de cualesquiera otras comisiones delegadas.

El artículo 40 de la Ley señala los dos posibles efectos del concurso sobre el ejercicio por el deudor de las facultades patrimoniales de administración y disposición. Tratándose de concurso voluntario, en principio, el deudor conservará el ejercicio de dichas facultades, si bien sometido a la autorización o conformidad de los administradores concursales (art. 40.1, LC). Siendo el concurso declarado necesario, se suspende el ejercicio por el deudor de sus facultades de administración y disposición de los bienes derechos y obligaciones que hayan de integrarse en el concurso, sustituyéndolo en el mismo la administración concursal (art. 40.2 y 6, LC). En cualquier caso, el juez, podrá, en función de las circunstancias del caso concreto, decretar el régimen de intervención, en el concurso voluntario o el de suspensión, en el necesario, cuando con ello se eviten riesgos o se deduzcan ventajas para la consecución de los fines del concurso (*cf.* art. 40.3, LC). Del mismo modo el régimen inicialmente decretado podrá ser modificado por el juez del concurso a instancia de la administración concursal y oído el deudor “en cualquier momento” (art. 40.4, LC).

Sin embargo, el legislador no modula el derecho de la administración concursal – ni el correspondiente deber para la administración societaria – de participar con voz en las sesiones de los órganos colegiados de la sociedad en función de la naturaleza de los asuntos que se sometan al órgano colegiado en la concreta sesión de que se trate. En principio, el derecho de asistencia y voz de la administración concursal no se ve supeditado a que el orden del día propuesto para la reunión se ciña o no a temas ajenos a facultades sobre las que incida la intervención o suspensión impuesta en el auto declaratorio de concurso o modificado mediante resolución posterior por el juez. La exigencia se formula como absoluta. Ahora bien, no quedan claras las eventuales consecuencias que de la falta de participación en la sesión del órgano de administración colegiado puedan deducirse.



En efecto, la Ley declara inválida la constitución de órganos colegiados universales “[...] *sin la concurrencia de la administración concursal*” (art. 48. 2, párrafo segundo, inciso primero, LC) y ello, a salvo de que la eventual validez del acuerdo adoptado requiera o no autorización o confirmación de la administración concursal (art. 48. 2, párrafo segundo, *in fine*, LC). Varias cuestiones surgen en relación con las previsiones del artículo 48.2.

La primera deviene de la configuración de la convocatoria, asistencia y participación de la administración concursal en las sesiones de los órganos colegiados de la sociedad deudora como un derecho y no una obligación <sup>224</sup>. En este sentido no parece razonable cuestionar la válida constitución del órgano o la impugnabilidad de los acuerdos adoptados en una sesión, por no concurrir la administración concursal, cuando fue convocada en la forma y con la antelación que señala la Ley, los estatutos o el reglamento de funcionamiento para los integrantes del órgano. Entendemos que el carácter facultativo de la potestad otorgada a la administración concursal de participar en los

---

<sup>224</sup> Así lo entiende BELTRÁN, que no obstante, cree conveniente su efectivo ejercicio, en tanto resultaría exigencia del “[...] correcto desarrollo de la función de la administración concursal [...]”. BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO M., “Efectos sobre el deudor persona jurídica (art.48)”, en ROJO, Á. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., (Dir.), *Comentario de la Ley concursal*, vol. 1, 1ª edición, Editorial Civitas, Madrid, 2004, pp. 970. En parecidos términos, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, quien, si bien señala cómo el derecho de la administración concursal a participar y ser oída en las reuniones de los órgano colegiados del concursado, resulta menos operativo con relación al órgano de administración societario debido a los frecuentemente opuestos intereses de la administración concursal y la societaria, razón por la cual “[...] *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 información que establece el art. 42.1 LC*”. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “La convocatoria de la junta general ante la suspensión de los administradores sociales: (comentario al Auto número 106/2007 del Juzgado de lo Mercantil número 7 de Madrid, de 29 de marzo de 2007)”, en *Anuario de Derecho concursal*, vol. 9, N.º 12, 2007, Madrid. consultada versión electrónica depositada en el archivo institucional *E Prints Complutense*, [www.ucm.es/eprints](http://www.ucm.es/eprints), el 27/170/2014, p. 15.

órganos colegiados de la concursada, supone el que la válida constitución del órgano quede supeditada, no a su efectiva concurrencia, sino a la correcta y oportuna convocatoria.

La consecuencia de la falta o inadecuada convocatoria a la administración concursal para participar de las reuniones de los órganos colegiados de administración de la sociedad declarada en concurso, no se señala de forma expresa y con carácter general por la Ley concursal, limitándose en su artículo 48.2 párrafo segundo, a disponer la invalidez de la constitución, solo de los órganos colegiados de carácter “*universal*”.

La norma deviene necesaria por la peculiar constitución de tales órganos, que no requiere de previa convocatoria, orden del día ni otra formalidad, excepto la inequívoca voluntad de todos sus miembros de constituirse como órgano con carácter universal. El órgano colegiado de administración así constituido - a diferencia de la junta general universal de socios o accionistas (art. 178.1 LSC) - no es previsto de forma expresa en la Ley societaria, pero su admisibilidad, en ausencia de una disposición legal o estatutaria que la excluya es, en nuestra opinión, consecuencia del principio de autonomía de la voluntad societaria (arts. 1255 CC y 28 LSC)<sup>225</sup>. En tales casos el legislador, creemos con buen criterio, introduce la salvaguarda del párrafo segundo del artículo 48.2, a fin de evitar que mediante la constitución del órgano societario con carácter universal se fustre - intencionalmente o no - el derecho de la administración concursal de participar en las reuniones de los órganos colegiados del deudor persona jurídica. No obstante, la consecuencia - nulidad de la

---

<sup>225</sup>De hecho, tal forma de constitución puede, lejos de responder a la voluntad de los integrantes del órgano, estar prevista en los propios estatutos como obligatoria, sin que quepa entender que el requisito de unanimidad en la asistencia desvirtúe el carácter colegial del órgano. Ver en este sentido, Dirección General de los Registros y del Notariado, Resolución 11658/2013 de 7 de octubre de la Referencia AranzadiRJ/2013\7846.

convocatoria y, por tanto de los acuerdos que eventualmente se adopten - parece innecesariamente rigurosa<sup>226</sup>.

No obstante, como se comenzó por señalar, la nulidad de la constitución del órgano de administración societario derivada del incumplimiento de la obligación de convocar a la administración concursal, solo la prevé la Ley para los casos en que el órgano se constituya con carácter universal, lo que lleva a preguntarse si tal previsión es aplicable extensivamente al resto de supuestos. Es decir: además de en el caso del consejo de administración universal ¿es nula la constitución del órgano colegiado de administración que excluye a la administración concursal, no convocándola o haciéndolo sin cumplir con las formalidades, requisitos y en los plazos legal y estatutariamente señalados?

La respuesta a esta cuestión requiere, en primer lugar, aclarar que el régimen aplicable a los eventuales acuerdos emanados del órgano de administración que se constituye vulnerando el mandato legal del artículo 48.2 de la Ley concursal, nada tiene en común con la acción de impugnación que legitima exclusivamente a la administración concursal para instar la anulación de los actos del deudor que infringen los términos de la intervención o suspensión del ejercicio de sus facultades patrimoniales y que no fueron confirmados o convalidados (art. 40.7, LC)<sup>227</sup>. Las consecuencias de la irregular constitución del órgano societario no se desencadenan necesariamente a instancia de la administración concursal, sino que constituyen una sanción cuyo presupuesto objetivo es la convocatoria y celebración de la reunión del órgano societario incumpliendo una norma legal (la contenida en el artículo 48.2 de la Ley concursal). No existiendo una

---

<sup>226</sup> Ver MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “La Junta general...”, *op.cit.*, pp. 209 y ss.

<sup>227</sup> Coincidimos con BELTRÁN en distinguir esta acción impugnatoria respecto de la facultad otorgada en exclusiva a la administración concursal para instar la anulación de los actos del deudor que infringen los términos de la intervención al ejercicio de sus facultades patrimoniales y que no fueron confirmados o convalidados (art. 40.7, párrafo 1º, LC). BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO M., “Efectos sobre el...”, *op. cit.*, p. 971.

identidad de razón entre las normas contenidas en los artículos 40.7 y 48.2, creemos posible excluir su aplicación analógica al supuesto no regulado.

Ahora bien, ante el silencio de la Ley concursal ¿procede la aplicación extensiva de lo previsto para el consejo universal al resto de consejos de administración a los que no se convoque a la administración concursal? Creemos que ello tampoco es procedente. Solo una previsión expresa de la Ley concursal permitiría desconocer las previsiones del Derecho societario en materia de impugnación de acuerdos del consejo de administración y, no existiendo tal norma, las consecuencias de la incorrecta constitución de los órganos de la sociedad concursada deberán ser las fijadas en la Ley reguladora de su funcionamiento. A este respecto, ha de considerarse la reforma introducida por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. Tal como indica la Exposición de Motivos que acompaña a la Ley, con esta reforma el legislador unifica “[...] *todos los casos de impugnación bajo un régimen general de anulación*” (E. de M. IV, Ley 31/2014, de 3 de diciembre).

Es así, que tras la reforma de la Ley de Sociedades de Capital, el artículo 204.1 declara “[...] *impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley*” y lo serán, es claro (por infringir la constitución del órgano lo previsto en el artículo 48.2 de la Ley concursal), los adoptados por el consejo o comisión de la sociedad concursada cuando no se hubiera convocado válidamente a la administración concursal. Siendo ese el caso, estarán legitimados para impugnar los acuerdos sociales adoptados cualquiera de los administradores, los terceros que acrediten un interés legítimo - entre los que cabe contar a la administración concursal y a los acreedores - y los socios bajo determinadas condiciones (art. 206.1, LSC)<sup>228</sup>.

---

<sup>228</sup> MORENO SERRANO, E., “El órgano de administración de una sociedad de capital en concurso”, 1ª edición, La Ley, Las Rozas, 2014, p. 316. BELTRÁN, sin embargo, refiriéndose a Derecho derogado, consideraba los acuerdos nulos. BELTRÁN SÁNCHEZ, EMILIO M., “Efectos sobre el...”, *op. cit.*, p. 970. Para el

Aun así, queda pendiente examinar si la contravención de la norma contenida en el artículo 48.2 de la Ley concursal, implica la nulidad de la constitución del órgano colegiado de administración y representación y, con ella, la radical nulidad de cualesquiera acuerdos emanados del consejo irregularmente constituido, al no convocarse al mismo a la administración concursal. A este respecto, debe tenerse presente lo dispuesto en el artículo 6.3 del Código Civil, que declara la nulidad de pleno derecho de “[...] los actos contrarios a las normas imperativas y prohibitivas [...] salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”. Como ya se mencionó, si bien la Ley concursal establece de forma explícita la consecuencia (invalidez de la constitución del órgano societario) de la no concurrencia de la administración concursal a la sesión de los órganos colegiados de carácter universal (art. 48.2, párrafo segundo, LC), respecto al resto de modalidades de constitución, se limita a proclamar el derecho de asistencia y voz de la administración concursal en sus sesiones. Estándose en presencia de una norma imperativa, y no estableciendo ni la Ley concursal, ni la de Sociedades de Capital un efecto distinto del de la nulidad para la contravención de la norma contenida en el artículo 48.2, podría llevar a considerar, efectivamente, como nula la constitución del consejo o comisión colegiados a cuya sesión no se convocase a la administración concursal o, se la convocase de forma irregular. Empero, los efectos de esta interpretación supondrían el absurdo de facultar a cualquier interesado a instar la declaración de nulidad de la constitución del órgano societario y, con ella, de todos los acuerdos en él adoptados,

---

estudio de jurisprudencia y doctrina aplicables al régimen anterior, ver: SOTILLO MARTÍ, A., “Acuerdos impugnables de la Junta General y del Consejo de Administración. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre impugnación de acuerdos sociales”, en *La impugnación de acuerdos sociales y del Consejo de Administración. Actuación en nombre de otro*, CGPJ, Madrid, 2006, pp. 171 a 177; CUÑAT EDO, V., “Reseña de jurisprudencia mercantil del Tribunal Supremo (julio-diciembre 2001)”, UCE, Jesús Olavarría Iglesias, en *Revista de Derecho mercantil*, N.º 244, Madrid, 2002, pp. 973 a 976; BLASCO GASCÓ, F., “La impugnación de acuerdos por defectos formales”, en *Estudio de derecho judicial*, N.º 107 (Ejemplar dedicado a la impugnación de acuerdos sociales y del Consejo de Administración. Actuación en nombre de otro), Madrid. 2006.

cuando aún convocada, la Administración concursal podrá decidir no asistir a la sesión e, incluso decidiendo comparecer, al no atribuirle la Ley derecho de voto, es claro que no integra el órgano y la influencia en las decisiones que eventualmente se adopten, será al menos, relativa<sup>229</sup>. Una vez que se examina la naturaleza de la participación de la administración concursal en las sesiones del consejo de la sociedad concursada, se hace evidente en nuestra opinión, su naturaleza meramente procedimental, y en tal sentido, no parecería alcanzar a fundamentar la impugnación de un acuerdo<sup>230</sup>. Sin embargo, si lo que se impugnase fuera la propia constitución del órgano, una interpretación rigorista de las previsiones del artículo 6.3 del Código Civil, llevaría a declarar nulo de pleno derecho el mismo acuerdo.

Creemos, por el contrario, que es posible una lectura integradora que permitiría aplicar el régimen general de impugnabilidad, señalado en la Ley de Sociedades de Capital, de los acuerdos adoptados por el órgano colegiado de administración a cuya sesión no se convocó a la administración concursal, pero que no cuestione por ese simple hecho, la válida constitución del órgano. Apoya esta interpretación la reiterada jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo que, en sentencia de 17 de abril de 2009 afirma que es necesaria “[...] una interpretación flexible adecuada al sentido teleológico del precepto contenido en el artículo 111 LSA [...]”. En el mismo sentido, la Sentencia de 12 de junio de 2008 declara cómo no es “[...] transportable a las causas de nulidad de la LSA el precepto del art. 6.3 CC, ni las contravenciones legales tienen todas la misma entidad y efectos”, recordando a continuación reiterada jurisprudencia de la

---

<sup>229</sup> Si bien la participación y voz de la administración concursal en las sesiones del órgano deliberativo de la sociedad puede revestir innegable utilidad en atención a la defensa de los intereses del concurso, es a nuestro criterio, dicha utilidad más discutible cuando refiere a las sesiones del órgano ejecutivo y representativo.

<sup>230</sup> El artículo 204.3.a) de la Ley de Sociedades de Capital, señala la no impugnabilidad de los acuerdos basada en “la infracción de requisitos meramente procedimentales establecidos por la Ley [...] salvo que se trate de una infracción relativa a la forma y plazo previo de la convocatoria [...]”.

Sala que aconseja “[...] *extremada prudencia y criterios flexibles*’ en la aplicación de la nulidad radical”<sup>231</sup>.

Por último, es preciso hacer referencia a las hipótesis en las que la adopción de resoluciones por el órgano colegiado de administración no implica la celebración de una reunión. Así, no sólo es posible sino frecuente que los administradores societarios deliberen empleando medios de comunicación a distancia como el teléfono o el correo electrónico y, una vez alcanzado un acuerdo, el mismo se plasme por escrito y se pase a la firma de los integrantes del órgano. Al respecto, el artículo 248.2 de la Ley de Sociedades de Capital dispone: “*En la sociedad anónima la votación por escrito y sin sesión sólo será admitida cuando ningún consejero se oponga a este procedimiento*”, lo que parece confirmar la posibilidad del empleo de este procedimiento de votación para la adopción de acuerdos por la administración de las sociedades capital, con las excepciones que pudieran caberle a tipos sociales distintos a la sociedad anónima. Creemos entonces, que el recurso a tal sistema de votación es posible en el resto de sociedades de capital en tanto no exista disposición legal que lo excluya, atendiendo al amplio margen de libertad que el artículo 245 de la Ley societaria otorga a la hora de la autorregulación estatutaria o reglamentariamente “las reglas de convocatoria y constitución del órgano” de administración de la sociedad. En este sentido, el requisito de la falta de oposición de cualquiera de los integrantes del órgano, sería también exigible en el caso de otras sociedades que no prohíban este método de adopción de acuerdos (*cf.* art. 100.2, RRM).

Es obvio que el empleo de la votación por escrito y sin sesión es difícilmente conciliable con el derecho otorgado a la administración concursal de participar en las sesiones del Consejo de administración de la sociedad concursada. Pese a ello, no apreciamos fundamentos jurídicos suficientes para excluir tal práctica, simplemente por haberse

---

<sup>231</sup> Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil, Sentencias 553/2008, de 12 de junio. Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, referencia RJ2008\3221. FD 3º; y 244/2009, de 17 de abril, ID Cendoj 28079110012009100248. FD 2º.

declarado el concurso. Encauzado el funcionamiento del órgano de administración societario a través de este procedimiento, en nuestra opinión, al menos, se deberá dar traslado fehaciente a la administración concursal del contenido de los acuerdos que se someterán a votación por los integrantes del órgano, para que ésta pueda, previamente, manifestar también por escrito, los comentarios u observaciones que tenga a bien hacer. De esta forma se asegurarán las dos principales finalidades a las que atiende la norma contenida en el artículo 48.2 de la Ley: Informar puntualmente a la Administración concursal de los asuntos debatidos en el seno del órgano colegiado de administración del deudor y dar lugar a la manifestación de su parecer a los integrantes del órgano antes de que estos decidan secundar o no las mociones que les sean presentadas<sup>232</sup>.

---

<sup>232</sup> En contra MORENO SERRANO, E., que entiende no procede la adopción de acuerdos sin sesión y por escrito durante la tramitación del concurso. Afirma dicho autor que “[...] la votación sin sesión se constituye en una vía para evitar la presencia de la administración concursal [...]; es evidente que de este modo no se cumple la finalidad perseguida por la normativa concursal que quiere que la administración concursal esté presente cuando se reúnan los consejeros y participe en las deliberaciones, podemos afirmar que la LSC queda desplazada en este supuesto concreto, por lo que no debería llevarse a cabo una votación sin sesión durante la vigencia del concurso, ya [...] que incluso la vía de adoptar los acuerdos sin sesión podría llevar implícito un fraude de ley [...]”. MORENO SERRANO, E., “El órgano de...”, *op. cit.*, pp. 319 y 320. No se comparte la opinión de MORENO SERRANO. En efecto, la votación sin sesión no persigue necesariamente evitar la presencia de la administración concursal; tampoco la vía de adoptar acuerdos sin sesión tiene como consecuencia necesaria un fraude de ley. El fraude podría verificarse tanto si se adopta la voluntad social mediante sesión o sin ella. No puede, por sí, interpretarse que la Ley concursal deroga o impide en este aspecto de funcionamiento orgánico, la actuación en las formas aceptadas o reguladas en la ley societaria. Adviértase que cuando se suspende o limita la legitimación para administrar o disponer, la norma concursal no modifica el funcionamiento orgánico de la persona jurídica. No solo mantiene el funcionamiento de dichos órganos, sino que no ingresa en ningún momento a modificar la forma de actuación. Solamente se designa a un administrador concursal que nunca pasará a ser integrante de órgano alguno de la persona jurídica, estableciéndose, según el caso, las funciones y atribuciones del mismo. El problema planteado del eventual desconocimiento por parte del administrador concursal de la actuación y resolución del órgano, no se soluciona impidiendo la formación de la voluntad orgánica y social en caso de concurso, invalidando una de las formas admitidas de actuación, sino a través de la



## **b.- Asunción de los costes del funcionamiento del órgano de administración y representación societario**

Otro aspecto esencial del efecto de la declaración de concurso sobre el funcionamiento de la administración societaria es el vinculado al sostenimiento de los gastos que de aquél se derivan. El mantenimiento de los órganos de la persona jurídica concursada y su funcionamiento efectivo supondrá, con frecuencia, incurrir en desembolsos que, fuera del concurso, serán naturalmente asumidos por la sociedad, decidiéndolos y realizándolos la propia administración societaria. Esta situación, se ve modificada sensiblemente a raíz de la declaración de concurso.

En el caso del concurso de la persona jurídica y muy especialmente, en el de las sociedades mercantiles, no existen en el patrimonio del deudor bienes o derechos inembargables no integrables en la masa activa, que puedan afectarse al mantenimiento de la persona jurídica (*cf.* art. 76.2, LC). Del mismo modo, tampoco podrá, evidentemente, la sociedad concursada beneficiarse del derecho a alimentos que la Ley concede al deudor persona física cuyo estado de necesidad lo justifique (art. 47.1, LC). Por tanto, decretada la intervención o la suspensión del ejercicio de las facultades patrimoniales en el concurso de la persona jurídica, el desempeño por parte de la administración societaria de sus deberes y obligaciones requerirá, cuando el mismo demande un acto de disposición de bienes afectados al concurso, ya de la activa colaboración de la

---

exigencia de la comunicación previa al administrador, lo que permitiría atender los fines perseguidos por la norma concursal y manifestar por la vía ya referida, la opinión de éste último, en caso de entenderlo pertinente. Todo, sin perjuicio de reiterar la opinión de SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, la que se comparte, en el sentido de afirmar que en lo relativo al órgano de administración, los administradores concursales pocas veces participan en sus reuniones, renunciando de hecho a asistir a las reuniones del consejo de administración y canalizan sus contactos “a través del genérico deber de colaboración e información que establece el art. 42.1 LC”. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “La convocatoria de...”, *op. cit.*, p. 15.

administración concursal, ya de su autorización, o como mínimo, de su tácita aquiescencia. No obstante, la Ley no se ocupa de forma expresa de los criterios o circunstancias bajo los cuáles debe la administración concursal realizar o autorizar las erogaciones necesarias para el normal funcionamiento del órgano de administración societario.

Además, la enajenación o gravamen de los bienes que integran la masa activa, está sujeta, con carácter general, a autorización previa del juez del concurso, desde decretado éste, hasta la aprobación de convenio o apertura de la liquidación (art. 43.2, LC) <sup>233</sup>. No obstante, el numeral 3 del artículo 43 regula actos de disposición o gravamen sin autorización judicial en tres supuestos: cuando la administración concursal considere tales actos como imprescindibles para garantizar la viabilidad de la empresa o las necesidades de tesorería que exija la continuidad del concurso (art. 43.3.1º, LC) <sup>234</sup>; cuando, tratándose de bienes no necesarios para la continuidad de la actividad, se presenten ofertas que coincidan sustancialmente con el valor que les haya sido atribuido en el inventario (art. 43.3.2º, LC); y cuando se trate de actos de disposición inherentes a la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor (art. 43.3.3º, LC). Corresponderá pues, en primer lugar, determinar si los actos de disposición derivados del funcionamiento del órgano de administración y representación de las sociedades, precisan autorización judicial, o si diferentemente, tales

---

<sup>233</sup> Pudiendo, en ese sentido, ser necesaria la autorización judicial durante las fases de convenio o liquidación. El convenio puede disponer la autorización judicial como medida limitativa del ejercicio de facultades de administración o disposición. Si no se establece limitación alguna, los actos administrativos o liquidatorios del patrimonio concursal se realizarán libremente por el deudor. Por otra parte, abierta la liquidación, y hasta la aprobación del plan liquidatorio o la adopción del acuerdo judicial de liquidación de los bienes, siendo necesarios actos de administración o disposición de los que integren la masa activa, la administración concursal seguirá vinculada por el régimen establecido antes de la apertura de la liquidación. MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “Conservación y administración...”, *op. cit.*, pp. 891.

<sup>234</sup> Inmediatamente después de la realización del acto de disposición o gravamen, el mismo deberá comunicarse al juez del concurso, acompañando justificación de su necesidad (art. 43.3.1º, *in fine*, LC).

actos de disposición pueden entenderse incluidos en alguna de las categorías o supuestos exceptuados de dicho régimen en el artículo 43.3 de la Ley concursal.

Descartada por obvias razones la categoría de actos dispositivos del artículo 43.3.2º de la Ley, habrá de examinarse si los gastos de funcionamiento del órgano administrativo pueden ser considerados como actos imprescindibles para garantizar la viabilidad o continuidad del concurso, o en su caso, actos inherentes a la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Ciertamente, algunos gastos vinculados al funcionamiento del órgano de administración y representación del deudor podrán ser calificados como imprescindibles para garantizar la viabilidad del concurso (piénsese por ejemplo en los gastos necesarios para la elaboración de una propuesta de convenio). Del mismo modo, otros gastos, como los derivados de la formulación de cuentas anuales de la sociedad concursada con el ejercicio de sus facultades patrimoniales intervenido (art. 46.1, LC) podrán ser calificados como inherentes a la actividad profesional o empresarial del deudor<sup>235</sup>. Lo que no será posible es formular un criterio único respecto a la necesidad de autorización judicial del conjunto de gastos derivados del funcionamiento del órgano de administración y representación.

Decretándose la aplicación del régimen de suspensión, el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre el patrimonio de la sociedad deudora, pasa a corresponder a la administración concursal (art. 48.3, LC), por lo que cualquier gasto de funcionamiento del órgano de administración societario deberá, en todo caso, ser realizado por la administración concursal, con la autorización del juez en los supuestos y con las excepciones vistas. Así, resultará que, cuando el cumplimiento por parte de la administración societaria de sus funciones requiera de la realización de gastos por parte de la sociedad, las alternativas que se presentan son únicamente dos: solicitar a la administración concursal la

---

<sup>235</sup>MARTÍNEZ FLÓREZ, Aurora. “La Junta general...”, *op. cit.*, p. 82 .

realización del gasto, o sufragar el mismo con recursos que no formen parte de la masa activa del concurso, aportados por los propios administradores, por uno o varios socios o por terceros. No existiendo personas distintas del deudor que puedan o deseen sufragar los gastos de funcionamiento de la administración societaria, las opciones se reducirán a instar de la administración concursal la realización del gasto.

De forma similar, cuando el régimen de limitación del ejercicio de las facultades patrimoniales que se imponga al deudor sea el de intervención, corresponderá al órgano societario la realización de los actos de disposición y administración precisos para su mantenimiento y funcionamiento, si bien sometidos tales actos a la autorización o conformidad de la administración concursal (art. 40.1, LC) y del juez, cuando proceda. Dicha autorización o conformidad deberá otorgarse para cada acto de disposición (art. 44.2, LC)<sup>236</sup>.

Para determinar cuándo es procedente autorizar la satisfacción de gastos producidos por el normal funcionamiento del órgano de administración societario con los bienes que integran la masa activa, debemos necesariamente partir, como primera consideración, de lo dispuesto por la Ley concursal con relación a la conservación y administración de la masa activa. En efecto, el artículo 43.1 de la Ley concursal contiene un mandato dirigido tanto a los administradores societarios como a los concursales, quienes al ejercitar sus facultades de administración y disposición sobre la masa activa, deben atender “[...] a su conservación del modo más conveniente para los intereses del concurso”. La redacción de la norma suscita bastantes más dudas que certezas: ¿qué sentido cabe atribuir al término “conservación”?

---

<sup>236</sup> Entendemos que, en la hipótesis de intervención, la autorización o confirmación de la administración concursal debe solicitarse y concederse para cada acto individual de disposición, no siendo posible incluir a los actos de disposición que tienen por causa el funcionamiento del órgano de administración societario, entre los actos u operaciones propios del giro o tráfico de la actividad profesional o empresarial del deudor que, en el supuesto de continuidad de la misma, son susceptibles de ser autorizados con carácter general cuando su naturaleza o cuantía lo aconseje (art. 44.2, LC).

¿cuáles son los intereses del concurso y cómo se resuelven los conflictos que entre tales intereses puedan plantearse?

La conservación de la masa activa, está supeditada a los intereses presentes en el concurso (art. 43.1, LC). El ejercicio de las facultades de administración y disposición del concursado, ya sea por la administración concursal o por la administración societaria con autorización o confirmación de aquella, debe procurar dar cumplimiento efectivo a los fines del concurso, siendo el principal y no el único, la mayor satisfacción a los acreedores. El término “conservación” no puede interpretarse en forma unívoca, ya que se relaciona tanto con el mantenimiento o no de la actividad de la concursada, como con el tipo de actividad o actividades que la misma realice. En efecto, si se mantiene la actividad, es casi seguro que dentro de la masa activa sea necesaria la adquisición de bienes y demás insumos imprescindibles para la producción y comercialización de productos. Posiblemente se deba proceder a la venta de bienes relacionada con el giro ordinario, lo que implica modificaciones en la masa activa. Tanto para el mantenimiento de la producción como del valor de los elementos productivos (maquinaria u otros activos fijos) será importante asumir los costes que impliquen que esos elementos productivos continúen operativos. Por consiguiente, el vocablo “conservación” no puede interpretarse en el sentido estricto de no realizar acto fáctico o jurídico alguno sobre los bienes del activo.

Respecto a los intereses del concurso, conviene en primer lugar señalar su pluralidad. El legislador español no opta por orientar el procedimiento concursal exclusivamente a la satisfacción de las legítimas expectativas de los acreedores de ver satisfechos sus créditos en la mayor cuantía posible. Ésta es sin duda una de las finalidades del concurso, siendo el interés de los acreedores posiblemente el primordial, pero no el único, ni mucho menos. En la mayor parte de los casos, otros intereses eventualmente presentes en el concurso (como el de los trabajadores, los generales de la economía, etc.) se atenderán en la medida que ello sea compatible con la maximización

de la satisfacción de los acreedores <sup>237</sup>. De hecho, algunas previsiones de la Ley concursal, como la que dispone la posibilidad de continuar la actividad del deudor durante la tramitación del procedimiento (E. de M., III, párrafo cuarto y art. 44.1 LC), sin duda pretenden la conservación de la masa activa en beneficio de los acreedores, pues la Ley parte de la premisa del mayor valor de venta (o mayor satisfacción de los intereses del concurso, si se prefiere) de los activos integrados en una organización productiva y en funcionamiento (*cf.* E. de M. VII, párrafo quinto, LC). Empero, aparte del valor añadido que los bienes del deudor reciben por el hecho de estar incorporados a una estructura empresarial, ello también constituye un reconocimiento de la relevancia concursal que la Ley concede a valores de rango constitucional como el derecho al trabajo (art. 35, CE) o la libertad de empresa (art. 38, CE). Sin embargo, existen supuestos en los que, ya por su entidad, ya por disposición legal expresa, el procedimiento concursal prioriza intereses distintos del de la masa de acreedores. Obviamente, el valor supremo de la vida e integridad del concursado persona física y sus dependientes en estado de necesidad, se atiende en la Ley, con independencia de cualquier consideración respecto a la satisfacción del interés de la masa acreedora: *“El concursado persona natural que se encuentre en estado de necesidad tendrá derecho a percibir alimentos durante la tramitación del concurso, con cargo a la masa activa, siempre que en ella existan bienes bastantes para atender sus necesidades y las de su cónyuge, pareja de hecho inscrita cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 25.3 y descendientes bajo su potestad”* ( art. . 47.1, LC). Del mismo modo, los gastos necesarios para dar cumplimiento a la obligación legal de formular las cuentas anuales de la concursada (art. 46, LC), si bien indirectamente podrán redundar en una mejor conservación de la masa activa, deberán realizarse por disposición expresa de la Ley (art. 84.2.10º, LC) y con independencia de cualquier otra consideración. Otro ejemplo se encuentra en el derecho del deudor (y de la administración concursal) a estar asistido y representado durante toda

---

<sup>237</sup> MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “Conservación y administración de la masa activa (Art. 43)” en ROJO, Á. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (Dir.), *Comentario de la Ley concursal*, vol. 1, 1ª edición, Editorial Civitas, Madrid, 2004, pp. 891.

la tramitación del procedimiento y sus incidentes, cuando su intervención sea legalmente obligatoria, por lo que los gastos que se deriven de tales asistencia y representación deberán ser soportados por la masa activa del concurso (art. 84.2.2º, LC).

Además de los casos especialmente referidos por la Ley concursal, la remisión general que la norma hace a la hora de considerar créditos contra la masa, a los nacidos de la ley o de la responsabilidad extracontractual del concursado con posterioridad a la declaración de concurso y hasta la conclusión del mismo (art. 84.2.10º), implica la imputación al patrimonio concursal de los gastos que suponga el cumplimiento de deberes de la sociedad deudora impuestos por la legislación societaria o fiscal<sup>238</sup>.

Aún así, podrá suceder que la administración concursal no acceda a autorizar, confirmar o realizar el gasto que el cumplimiento de las obligaciones o deberes legales del órgano de administración importen. En esta hipótesis, y prescindiendo de la eventual responsabilidad que de ello se derive (art. 36.1, LC), lo cierto es que el régimen concursal de limitación al ejercicio de las facultades patrimoniales del deudor, puede interferir gravemente en el funcionamiento del órgano de administración y representación de la sociedad declarada en concurso, especialmente si se considera que frente a la negativa de la administración concursal a autorizar, confirmar o realizar por sí los gastos que el funcionamiento del órgano societario importe, no podrá el juez del concurso suplir su decisión<sup>239</sup>.

---

<sup>238</sup> Es cierto que el cumplimiento de alguno de estos deberes pudiera ser considerado como un acto conservativo de la masa activa por cuanto su inobservancia implicará, muy frecuentemente, sanciones que superan en entidad al gasto que su cumplimiento supone, pero ello no será, cuando ocurra, más que una afortunada coincidencia. El incumplimiento de los deberes y obligaciones legales de la persona jurídica concursada no es una opción ni para los administradores sociales ni para la administración concursal o el propio juez que conoce del procedimiento, y genera responsabilidad por los daños que del incumplimiento se deriven para el patrimonio concursal, la sociedad o los socios.

Más complejas aún aparecen las hipótesis en las que el funcionamiento del órgano de administración y representación de la sociedad concursada obedece, no a un específico deber u obligación legal, sino a un mandato contenido en los estatutos o al ejercicio de facultades puramente societarias. Es decir, ¿hasta qué punto legitima el Derecho concursal a intervenir a la administración concursal en el regular funcionamiento de los órganos de la deudora a través de la negativa a autorizar, confirmar o realizar los gastos que ello importe? Adviértase que las diferentes posiciones que administración concursal y societaria ocupan en el procedimiento hacen probable que el interés del concurso, al que debe orientarse la actuación de ambas, se aprecie desde ópticas distintas y puedan surgir diferencias en cuanto a la valoración de la conveniencia o no de un determinado acto. Debemos partir del reconocimiento de que no cabe, dentro del concurso, un ejercicio irrestricto de las facultades legal, estatutaria o reglamentariamente encomendadas al órgano de administración y representación de la sociedad deudora, de forma que se desconozca la situación en que ésta se encuentra. En tal sentido, creemos posible que la administración concursal no acceda a realizar un acto que, sin exigirlo la Ley, a priori sea de cuestionable utilidad o simplemente lesivo del principio de conservación de la masa activa del concurso. Entendemos que el principio del mantenimiento de los órganos de la persona jurídica concursada no alcanza a cubrir el ejercicio frívolo o irresponsable de competencias que, si bien pueden considerarse ajenas a las de administración y disposición de la masa, tienen obvias consecuencias patrimoniales. Por el contrario, si el normal funcionamiento de los órganos no tiene consecuencias patrimoniales y

---

<sup>239</sup> Señala MORILLAS cómo, salvo en caso de que la negativa surja de la disconformidad entre los administradores concursales (art. 35.2, LC), el sometimiento de la administración concursal a la supervisión del juez tan solo permitiría a éste solicitar informes (art. 35.4, LC), y, apreciando la concurrencia de justa causa, separar de su cargo a los administradores concursales (art. 37.1, LC), pero no realizar por sí mismo el acto de disposición. MORILLAS JARILLO, M<sup>a</sup> J., “El concurso de...”, *op. cit.*, pp. 345 y ss.



no contraría a los principios del concurso, no se advierte argumento alguno para oponerse, impedir o imposibilitar el mismo.

Creemos que respecto a la autorización o confirmación de gastos de actuación orgánica, la naturaleza flexible del procedimiento que ordena la insolvencia, exige que los administradores concursales dispongan de un cierto grado de discrecionalidad (no arbitrariedad) que les permita apreciar las específicas circunstancias del caso concreto. Ello por cuanto un mismo acto vinculado al funcionamiento del órgano de administración puede aparecer como sumamente beneficioso (al menos a priori) para los intereses del concurso, o absolutamente carente de sentido según sea la situación patrimonial de la sociedad, las relaciones entre los socios y los administradores societarios, la actitud de los acreedores, etcétera. No se trataría, a nuestro juicio de tolerar una arbitraria conculcación del derecho societario, puesto que la discrecionalidad que se reclama para la administración concursal tiene como contrapeso la responsabilidad que cabría exigir por los daños que de la misma resulten. No obstante, se tratará de un difícil equilibrio en el que deberán ponderarse cuidadosamente la necesaria previsibilidad y seguridad jurídica que el procedimiento concursal debe brindar a todos los actores intervinientes junto con la consecución de los fines que tal procedimiento persigue.

## **C.- Cooperativas, asociaciones y fundaciones**

### **a.- Cooperativas**

En relación con el concurso de cooperativas y al funcionamiento de su órgano de administración y representación, son pocas las peculiaridades que pueden apuntarse.

La administración concursal deberá ser, también en el concurso de cooperativas, convocada a las reuniones del órgano de administración cuando el mismo adopte la forma de órgano colegiado (art. 48.2, primer párrafo, LC). Dicha forma será normalmente la que

revista el órgano necesario de administración de la cooperativa, disponiendo la Ley la obligatoria constitución de un Consejo Rector (art. 32.1, LCoop), permitiéndose únicamente la designación estatutaria de un administrador único, tan solo en las cooperativas de menos de 10 miembros. La obligatoriedad de la convocatoria se extiende también a las reuniones de las comisiones, comités y comisiones ejecutivas que se constituyan como órganos colegiados. Del mismo modo, respecto de las cooperativas de viviendas, deberá convocarse a la administración concursal a las reuniones del órgano colegiado encargado de la administración de cada fase o promoción, cuando las mismas existan y su gestión autónoma se encomiende a un órgano de este tipo (art. 90, párrafo primero, LCoop), así como, declarado el concurso de una cooperativa en liquidación, a las sesiones del órgano colegiado de liquidación cuando, no se haya designado un liquidador único (art. 71.1, LCoop).

Del mismo modo, muy poco ha de añadirse respecto a lo señalado en relación con el sostenimiento de los gastos del órgano de administración de la cooperativa deudora. La existencia de recursos propios de la cooperativa, no integrados en la masa activa del concurso es más discutida (véase por ejemplo, el fondo de educación y promoción, inembargable según establece la Ley cooperativa en su artículo 56.5), pero en ningún caso existirán en el patrimonio de la cooperativa concursada fondos no integrables en la masa activa que puedan destinarse a sufragar los gastos de funcionamiento del órgano de administración.

## **b.- Asociaciones y fundaciones**

No aparecen diferencias sensibles con relación a los efectos del concurso en el funcionamiento del órgano de administración de la asociación concursada

Respecto al funcionamiento del órgano de administración y representación de los entes de base fundacional, la principal especificidad del efecto de la declaración de concurso se da como

consecuencia de la peculiar intensidad de la intervención de las Administraciones Públicas en la administración de la Fundación.

Los protectorados de fundaciones estatal y autonómicos tienen atribuido, en virtud del interés general que la finalidad fundacional debe perseguir (art. 3.1, LF), la supervisión del funcionamiento de estos entes. (art. 34.1, LF y legislación autonómica conexas). En ejercicio de sus competencias de control, la Ley concede a los protectorados, amplias facultades respecto del órgano deliberativo, de administración y representación de la fundación: el patronato. Así, se faculta a los protectorados, a *“ejercer provisionalmente las funciones del órgano de gobierno de la fundación si por cualquier motivo faltasen todas las personas llamadas a integrarlo”* [art. 35.1.g), LF]; así como a *“[...] impugnar los actos y acuerdos del Patronato que sean contrarios a los preceptos legales o estatutarios por los que se rige la fundación”* (art. 35.2, párrafo segundo, LF). Del mismo modo, cuando fueran detectadas graves irregularidades en la gestión económica o desviaciones de la actividad de la fundación respecto a los fines fundacionales, podrá el Protectorado incluso, solicitar de la autoridad judicial la intervención temporal de la fundación, pasando a asumir aquél, *“[...] todas las atribuciones legales y estatutarias del Patronato”* durante el tiempo en que la fundación permanezca judicialmente intervenida (art 42.1 y 2, LF).

Además, y en todo caso, los protectorados de fundaciones deberán autorizar previamente *“la enajenación, onerosa o gratuita, así como el gravamen de los bienes y derechos que formen parte de la dotación [fundacional], o estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales”* (arts. 21.1 LF y 17.1, Reglamento de fundaciones de competencia estatal).

Examinadas las disposiciones anteriores, resulta evidente la existencia de un área de intersección en el objeto de aplicación de las regulaciones concursal y fundacional. Surgen, del silencio y desatención de la Ley concursal hacia las especificidades que presenta el concurso de fundaciones, numerosos interrogantes, también

respecto a los efectos del concurso en el funcionamiento del patronato de la fundación concursada.

Es lícito preguntarse si el régimen de control impuesto por la normativa de fundaciones al ejercicio de facultades de administración por el Patronato fundacional, subsiste a la declaración de concurso o si el mismo se ve desplazado por las normas del concurso. Al respecto, coincidimos con la opinión doctrinal que, en base al criterio de especialidad, sostiene la postergación de la autorización o comunicación de actos de disposición que exige la Ley de fundaciones, en favor de la competencia para autorizar tales actos que la Ley concursal atribuye al juez y a la administración concursal<sup>240</sup>.

La fundación se distingue radicalmente de los entes de base asociativa por la inexistencia de un “interés social”<sup>241</sup>. Éste se ve sustituido por el “interés fundacional” determinado por la voluntad de los fundadores. Dicho interés debe alinearse con el interés general promovido por las Administraciones públicas (art. 3.1, LF) y en tal sentido no parece posible calificar como uno exclusivamente privado al interés fundacional. Teniendo presente este hecho, es preciso examinar la norma contenida en el mencionado artículo 42 de la Ley de Fundaciones estatal, que autoriza al Protectorado a solicitar del Juez la intervención temporal de la fundación y el desplazamiento de

---

<sup>240</sup> HERNANDO CEBRIÁ, L. H., “Reflexiones en torno al concurso de la fundación-empresa mercantil” en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, N.º 13, Editorial la Ley 2010. Versión electrónica consultada el 01/05/2015 en el portal de revistas de [www.laley.es](http://www.laley.es), p. 14.

<sup>241</sup> El término “interés social” se refiere, evidentemente al interés que ostenta una sociedad. Sin embargo, el mismo puede ser diferente en las sociedades mercantiles de otras formas societarias. En las sociedades mercantiles, y sin perjuicio de diferentes posiciones doctrinarias, algunas de ellas indicando simples matices, el interés social se reduce a un interés de lucro manifestado en la obtención de ganancias por parte del ente, para el posterior reparto de las mismas a sus socios. Verbigracia, una asociación tiene interés social, pero el mismo no coincide con el interés social de una sociedad mercantil. De todas formas, y más allá de la terminología empleada, es evidente el alcance conceptual distinto entre el interés social y el interés fundacional.

los integrantes de sus órganos de administración, deliberación y representación, sustituyendo a los mismos el propio Protectorado. La previsión de la Ley de fundaciones es especialmente relevante en el marco del procedimiento concursal pues, los supuestos fácticos que legitiman a la administración para solicitar la intervención y asumir el control del ente (*“graves irregularidades en la gestión económica o desviaciones de la actividad de la fundación respecto a los fines fundacionales”*), podrán muy frecuentemente coincidir con el estado de insolvencia de la fundación deudora, cuando tales irregularidades estén en el origen de la causación o agravamiento de la incapacidad de cumplir la fundación con sus obligaciones. Así son diversos los escenarios en que las previsiones del artículo 42 de la Ley de Fundaciones podrían jugar un papel destacado en el seno del concurso.

En primer lugar, puede que la intervención judicial que ordene el desplazamiento de autoridades de la fundación y la asunción del ejercicio de sus competencias por el Protectorado, haya antecedido a la declaración de concurso. A este respecto, como ya se ha mencionado en este trabajo, cabe perfectamente que fuera el propio Protectorado quien, tras la asunción de la representación de la fundación instase el concurso voluntario (siendo solicitado por los representantes legales de la entidad, deberá entenderse pedido por el propio deudor)<sup>242</sup>,

---

<sup>242</sup> Puede citarse, en apoyo de nuestra tesis el Auto de 25 de marzo de 2015, del Juzgado de lo Mercantil N.º 1 de Madrid. En esta resolución, el órgano jurisdiccional considera la solicitud hecha por los administradores nombrados por el Banco de España, con relación a una entidad de intermediación financiera intervenida, como realizada por el deudor. Juzgado de lo Mercantil N.º 1 de Madrid. Auto de 25 de marzo de 2015, Id Cendoj: 28079470012015200001, FD 6º, párrafo 2º. Entendemos que la intervención a que faculta la Ley Estatal de fundaciones en su artículo 42 puede, a los efectos que nos ocupan, equipararse a la intervención administrativa de entidades de crédito por el Banco de España en virtud de lo previsto en el artículo 70.1. b) de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

En segundo lugar y del mismo modo, entendemos que la solicitud de intervención judicial podrá también realizarse una vez declarado el concurso, ya sea este solicitado por el propio deudor, ya por otro legitimado.

En tales hipótesis, nos encontraremos ante el caso, absolutamente excepcional en el procedimiento concursal, en el que todas las facultades de las autoridades orgánicas de la persona jurídica se trasladan en bloque, en virtud de la resolución judicial de intervención a un órgano administrativo: el Protectorado. Éste, será quien represente en exclusiva el interés fundacional a lo largo del concurso y en tanto se mantenga la medida de intervención dictada<sup>243</sup>.

Dada esta situación, el Protectorado, en tanto representante de la concursada, ostentará en el seno del concurso todas las facultades de la administración orgánica de la fundación, debiendo, asimismo cumplir con todos los deberes y obligaciones que, a resultas del concurso, recaen sobre el órgano de administración y representación del deudor. Deberá pues, darse por reproducido lo manifestado en sede de concurso de sociedades, respecto de los efectos del concurso sobre el funcionamiento del órgano de administración y representación.

#### **D.- Especificidades con relación al concurso de grupo**

En lo esencial, y atendiendo exclusivamente a los efectos que la declaración de concurso produce en el funcionamiento de los órganos de administración de las diversas personas jurídicas que, ya ostentando el control ya en calidad de sociedades controladas, integran

---

<sup>243</sup> Porque, si durante la tramitación del concurso, decayese la intervención dictada, ya fuera por haberse obtenido los fines con ella perseguida, por haber finalizado el periodo para el que se dictó o, simplemente, por haber sido revocada, creemos que la consecuencia natural de este hecho (la reposición de las autoridades orgánicas de la fundación), no se ve impedida por el mero hecho de haberse declarado el concurso, con independencia de la fase en que se encuentre el procedimiento. Como ya hemos sostenido anteriormente, el mantenimiento de los órganos del concursado es necesario durante toda la sustanciación del concurso.

un grupo, en nada se distinguen de los que se dan en el concurso declarado respecto a una persona jurídica de forma aislada. Sin embargo, ha de tratarse a este respecto los eventuales efectos que la previsión del artículo 48.5 de la Ley concursal puede llegar a tener en relación con el funcionamiento de los órganos de administración de estos conglomerados empresariales en algunos supuestos.

En efecto, dispone el mencionado precepto que *“a solicitud de la administración concursal, el juez podrá atribuirle, siempre que se encuentren afectados los intereses patrimoniales de la persona jurídica concursada, el ejercicio de los derechos políticos que correspondan a ésta en otras entidades”*. A la luz del texto de la norma, es posible preguntarse si, amparada en la previsión del artículo 48.5, podrá la administración concursal solicitar del juez el ejercicio de los derechos políticos que correspondan a una sociedad miembro del grupo en otra y, mediante tal procedimiento, incidir en el funcionamiento del órgano de administración de alguna de las sociedades concursadas. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto en que la participación en el capital social de otra de las concursadas le permita a ésta designar, por el sistema de representación proporcional, a uno o varios (art. 243.1, LSC) consejeros de la sociedad participada.

A este respecto, se debe partir de la constatación del amplio margen que la Ley concursal otorga a la administración concursal para solicitar y al juez del concurso para conceder la autorización para el ejercicio de los derechos políticos que atribuya la participación en otra sociedad al deudor concursado, sólo limitada a la presencia de una afectación de los intereses patrimoniales de la masa del concurso. En ese sentido, el amplio margen legal otorgado podrá ser aplicado en múltiples supuestos, pero, en nuestra opinión, la posibilidad de afectación de los intereses patrimoniales del deudor no podrá alegarse como causa para una exorbitante intromisión en el normal funcionamiento de los órganos necesarios de administración de las personas jurídicas integrantes del grupo. Ello, porque de la mera elección de los integrantes del consejo de administración no cabrá razonablemente inferir, por ese simple hecho, la adopción futura de

medidas susceptibles de dañar los intereses del concurso. Así, aunque teóricamente posible, no parece probable que la autorización judicial del ejercicio de derechos políticos alcance a facultar por esta vía, al órgano de administración concursal, a designar los representantes de una de las sociedades integrantes del grupo en el órgano de administración de otra.

## II.- Régimen jurídico uruguayo

### A.- Consideraciones generales

El tratamiento de los efectos de la declaración judicial de concurso respecto del deudor (efectos de naturaleza personal y patrimonial), se encuentra regulado a partir del artículo 44 de la LCRE.

En primer lugar, deberá tenerse en consideración que la declaración judicial de concurso no apareja, necesariamente, “*elcese o clausura de la actividad del deudor*”<sup>244</sup>, salvo disposición judicial en contrario. Es decir, la regla general es la “*continuación de la actividad del deudor*” (art. 44, LCRE), la que es priorizada frente a otras alternativas previstas legalmente.

Razones de política legislativa, han llevado a que la LCRE observe el denominado *principio de conservación de la empresa*, o mantenimiento de la actividad económica viable, lo que podría redundar en beneficio no sólo del deudor concursado (mantenimiento de las relaciones de trabajo y de la actividad a la que se dedica), sino también de los acreedores, pues el valor de una entidad en

---

<sup>244</sup> BADO, V., LÓPEZ, C. y ROMANG, C., “Efectos sobre el deudor”, en LÓPEZ, C. (Dir.), BADO, V., y ROMANG, C. (Coautoras), *Ley de Declaración Judicial del Concurso y Reorganización Empresarial. Análisis Exegético*, Tomo I, La Ley, Uruguay, Montevideo, 2012, p. 266. Manifiestan que esta expresión es equívoca, ya que “las actividades pueden “cesar” pero no “clausurarse”. Lo que puede clausurarse, “en todo caso, son los establecimientos”.



funcionamiento, por lo común, es claramente superior al valor de cada una de sus partes por separado cuando la entidad no está en marcha.

La declaración judicial de concurso afectará las facultades del deudor con un alcance diverso, según se suspenda o limite su legitimación para disponer y obligar a la masa activa del concurso. La suspensión o la limitación de la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa activa del concurso, se mantendrá mientras transcurra o no se homologue una propuesta de convenio, o se concluya el concurso.

Cabe recordar, que la suspensión de la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa activa del concurso opera en caso de concurso solicitado por legitimados distintos del deudor (art. 45.1, LCRE), o en caso de concurso solicitado por el propio deudor, cuando el activo no sea suficiente para satisfacer el pasivo (art. 45.2, LCRE).

Por su parte, la limitación de la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa activa del concurso, ocurre únicamente en caso de concurso voluntario (solicitado por el propio deudor), cuando el activo es suficiente para satisfacer el pasivo (art. 45.2 *in fine*, LCRE).

En caso de suspensión de la legitimación del deudor concursado, el juez designará un síndico que sustituirá al deudor “*en la administración y disposición de sus bienes*” (art. 45.1 y 45.2, LCRE). Por su parte, en caso de limitación de la legitimación del deudor, el juez “*designará un interventor que coadministrará los bienes conjuntamente con el mismo*” (art. 45.2 *in fine*, LCRE).

La propia normativa concursal exceptúa de la suspensión o limitación de la legitimación del deudor para disponer, a “*los actos personalísimos o referidos a bienes inembargables, la presentación de propuestas de convenio y la impugnación o interposición de recursos contra la actuación del síndico o del interventor y contra las resoluciones judiciales*” (art. 45.6, LCRE).

La LCRE regula los efectos generales de la suspensión y de la limitación de la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso. En los casos de suspensión de la legitimación (art. 46, LCRE), será el síndico el único legitimado para realizar actos de administración y disposición respecto de los bienes y derechos que componen la masa activa del concurso; los actos que realice el deudor, serán ineficaces frente a la masa. Los pagos que se realicen al deudor, no tendrán efecto liberatorio para los deudores del concursado, con excepción de los que hubieran realizado de buena fe entre la sentencia que declara el concurso y la registración y publicación de la misma <sup>245</sup>. Adicionalmente, el síndico sustituirá al deudor en los procedimientos administrativos o jurisdiccionales en los que éste sea parte.

En tanto, cuando opera la limitación de la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso (art. 47, LCRE) el deudor estará sujeto a un sistema de autorizaciones previas o de controles ulteriores. En efecto, requerirá autorización del interventor para realizar cualquier acto o negocio jurídico sobre bienes que integran la masa activa, así como para contraer, modificar o extinguir obligaciones, o para conferir, modificar o revocar poderes (art. 47.1, LCRE). Queda exceptuado del régimen señalado, lo relativo a las *operaciones ordinarias del giro del deudor* <sup>246</sup>, las que serán realizadas por el deudor, bajo el contralor del interventor (art. 47.2, LCRE).

---

<sup>245</sup> Entiende MARTÍNEZ BLANCO que el numeral 4º del artículo 46 de la LCRE, incurre en un error al señalar que “*los pagos realizados al deudor no tendrán efecto liberatorio para los acreedores*”. Considera que la expresión de la Ley es incorrecta. Para ese autor, la confusión radica en que “*se trata de pagos efectuados por deudores [no acreedores] del (deudor) concursado, por lo que (...) el efecto liberatorio que no tendrán, por tratarse de pagos mal realizados, es para esos ‘deudores’, que serán interpelados por el Síndico a pagar nuevamente*” (MARTÍNEZ BLANCO, C., “Manual del nuevo...”, *op. cit.*, pág. 248).

<sup>246</sup> La LCRE excluye como *operaciones ordinarias del giro del deudor*, a los actos relacionados con “*bienes de uso registrables, la venta o arrendamiento del establecimiento comercial y la emisión de obligaciones negociables*” (art. 47.2 *in fine*).

En caso de no contar el deudor con la autorización previa del interventor, los actos de administración y disposición que realice (referidos en el numeral 1 del art. 47, LCRE: “*cualquier acto jurídico relativo a bienes de la masa activa*”), “*serán ineficaces frente a la masa*” (art. 47.3, LCRE). La expresión *ineficacia frente a la masa*, debería entenderse referida a la masa pasiva (los acreedores concursales) pues, si refiriera a la masa activa, no habría estrictamente *ineficacia*, sino que podría hablarse de *intangibilidad* de la masa activa<sup>247</sup>.

He aquí una cuestión significativa que debe ser dilucidada. La referencia del artículo 47.3 de la LCRE a los “*actos de administración y disposición detallados en el numeral 1*”, debe entenderse realizada - en principio - a los actos jurídicos relativos “*a bienes de la masa activa*”, mas no necesariamente, a los actos por los que se contraen, modifican o extinguen obligaciones, o aquéllos por los que se confieren, modifican o revocan poderes y que no se relacionan con bienes de la masa activa.

La consecuencia de la realización de los actos referidos en el artículo 47.1 de la LCRE sin autorización del interventor, es la ineficacia frente a la masa para los *actos jurídicos relativos a bienes de la masa*. Empero, no se podrá extraer idéntica consecuencia para los demás actos enumerados en el artículo 47.1 de la LCRE, pues no serían actos de administración y disposición respecto de bienes o derechos que integren la masa activa del concurso.

En estos casos, la doctrina se ha planteado la interrogante acerca de cuál sería la consecuencia de contraer, modificar o extinguir obligaciones, o de conferir, modificar o revocar poderes, sin previa autorización del interventor. Específicamente, la cuestión radica en determinar si “*la ineficacia frente a la masa también afecta a estos actos o se los excluyó a propósito para someterlos a las*

---

<sup>247</sup> BADO, V., LÓPEZ, C. y ROMANG, C., “Efectos sobre el...”, *op. cit.*, p. 297.

*consecuencias que impone la aplicación del artículo 8 del Código civil [uruguayo]”, que dispone que lo hecho contra las normas prohibitivas es nulo<sup>248</sup>.*

A nuestro entender, si bien es cierto que la LCRE no determina cuál es la consecuencia de contraer, modificar o extinguir obligaciones, o de conferir, modificar o revocar poderes, sin previa autorización del interventor, en la que no se vean afectados bienes o derechos que integren la masa activa del concurso, no sería razonable sostener que la consecuencia es la nulidad de dichos actos, pues las sanciones deben ser de carácter restrictivo y estar establecidas a texto expreso. Lo que debe tenerse en consideración, de forma primordial, es que la disposición analizada se encuentra incluida dentro de una norma que regula los efectos de la limitación de la legitimación del deudor para disponer y obligar la masa del concurso. En tal sentido, todo aquello que no está especialmente limitado en lo referente a la disposición y obligación a la masa, implica que el deudor se encuentra legitimado. En consecuencia, más allá que la Ley plantea a texto expreso la exigencia de la autorización del interventor, la falta de consecuencias específicamente establecidas en la Ley, solo puede implicar la validez y eficacia de los actos ya referidos. Es claro, no obstante, que los actos realizados contraviniendo el régimen de limitación patrimonial impuesto al deudor, a pesar de ser válidos, no desplegarán su eficacia en cuanto ello suponga obligar o disponer de bienes integrados en la masa activa del concurso.

Por otra parte, la LCRE no define qué debe entenderse por *operaciones ordinarias del giro del deudor*. Evidentemente, estamos ante un concepto jurídico indeterminado, cuya vaguedad e imprecisión genera enormes dudas interpretativas a los efectos de determinar en cada caso concreto, cuándo un acto o negocio jurídico requiere autorización previa o contralor posterior del interventor, circunstancia que reviste gran trascendencia práctica.

---

<sup>248</sup>*Ibidem*, p. 299.

Se ha afirmado que pueden ser incluidas como operaciones ordinarias del giro, aquéllas que resulten imprescindibles para la continuidad de la actividad del deudor, como ser, el pago de salarios, el pago de los consumos de bienes de primera necesidad (como la energía eléctrica), y el pago a proveedores por el suministro de materias primas<sup>249</sup>. Sin embargo, son cuantiosos los actos que podrían ingresar en zonas de dificultosa determinación como consecuencia de las múltiples actividades que desarrolla cualquier deudor concursado. Piénsese, por ejemplo, en determinadas operaciones que permitan dotar de liquidez al deudor (obtención de créditos, descuento de cheques) para poder continuar sin mayores sobresaltos con su actividad<sup>250</sup>.

A diferencia de lo previsto por la Ley concursal española (art. 44.2, LC), que faculta al administrador concursal a elaborar un elenco en el que se incluyan las operaciones que el deudor pueda desarrollar sin requerir autorización previa, en Uruguay la normativa concursal se limita a excluir a ciertos actos de la categoría de *operaciones ordinarias del giro del deudor* (art. 47.2, LCRE). Esta abstracción e indeterminación legal, dificulta enormemente la tarea del interventor concursal y del juez que interviene en el procedimiento concursal, al momento de determinar si un acto realizado por el deudor requerirá autorización previa o contralor posterior.

Acumulativamente a la necesidad de autorización previa por parte del interventor, está prevista la hipótesis contenida en el artículo 75 párrafo segundo de la LCRE. La misma dispone que tratándose de enajenación o gravamen de bienes de uso o de derechos de cualquier clase cuyo valor supere el 5% del valor de la masa activa, ya sea hasta la resolución judicial que apruebe el convenio o disponga la apertura

---

<sup>249</sup>*Ibidem*, p. 294.

<sup>250</sup>*Ibidem*, p. 295.

de la liquidación<sup>251</sup>, se requerirá autorización (previa) del juez del concurso.

Más allá de los efectos generales de la declaración judicial del concurso respecto del deudor, la LCRE contiene disposiciones normativas específicas sobre los efectos de la referida declaración respecto al funcionamiento de los órganos sociales de la persona jurídica concursada, tanto en los casos de suspensión como de limitación de la legitimación para disponer y obligar a la masa del concurso.

Declarado el concurso, junto a la consecución del interés social o fundacional de la persona jurídica concursada, los que deberán adecuarse y adaptarse al interés o fines del concurso. Como se expresó, el principal pero no único fin del concurso es la satisfacción de los acreedores. En función de dichos fines, es que se advierte en la normativa, como propósito adicional, el mantenimiento de la actividad, lo que se vislumbra en distintos pasajes de la LCRE, como ser, la posibilidad de recurrir la sentencia que declara el concurso (art. 22, LCRE), así como la eventualidad de presentar una propuesta de convenio por parte del deudor concursado (arts. 138 y ss., LCRE).

La declaración de concurso del deudor persona jurídica, no sólo produce efectos sobre la persona jurídica en sí misma (suspensión o limitación de la legitimación para disponer y obligar a la masa del concurso), sino que altera el funcionamiento de sus órganos, alteración que tiene alcances diferentes ya sea se disponga la suspensión o limitación de la legitimación del deudor.

---

<sup>251</sup> Al igual que el Derecho español permite que el convenio imponga medidas prohibitivas o limitativas de las facultades patrimoniales del deudor (art. 137.1, LC), siendo posible se incluya el control judicial de actos de administración o disposición durante el cumplimiento del convenio y, siendo igualmente posible la ejecución anticipada de bienes de la masa activa una vez abierta la fase de liquidación, se comprueba cómo, también en Derecho uruguayo, no existen impedimentos para que el control jurisdiccional de actos dispositivos y de administración de la masa activa se extienda a todas las fases del concurso (ver arts. 139 y 74, LCRE).

La Ley concursal preceptúa un régimen de limitación o suspensión, según el caso, del ejercicio de las facultades patrimoniales relativas a los actos de administración y disposición de los bienes que componen la masa activa del concurso.

En particular, el artículo 48 de la LCRE se ocupa del régimen de los órganos de la persona jurídica deudora en la hipótesis de suspensión de la legitimación para disponer y obligar a la masa del concurso, y el artículo 49, regula el régimen de los órganos de la persona jurídica deudora en la de limitación de la legitimación para disponer y obligar a la masa del concurso.

En lo que respecta a los efectos del concurso con relación a los órganos de la persona jurídica en supuesto de suspensión de la legitimación del deudor, la norma contenida en el artículo 48 de la LCRE, dispone que el síndico será quien ejerza las facultades atribuidas legal y contractualmente a los administradores o liquidadores, los que perderán el derecho a percibir remuneración<sup>252</sup>; que la obligación legal o contractual de convocar reuniones de socios queda suspendida y en caso de ser convocadas, sus resoluciones requerirán para su validez, ratificación por la sindicatura<sup>253</sup>; y que quedará suspendido en sus funciones el órgano de control interno<sup>254</sup>.

---

<sup>252</sup> HEUER, F. y RODRÍGUEZ MASCARDI, T., en “Las Pericias en...”, *op. cit.*, p. 194, afirman: “Una cuestión que puede plantear esta norma es si cuando el citado artículo 48 establece la pérdida del derecho a percibir remuneración, rige respecto a las remuneraciones futuras, es decir generadas con posterioridad a la declaración del concurso o también se aplicaría respecto de créditos ya generados y adeudados al administrador o liquidador. Pese a la expresión ‘perderán’ que podría llevar a concluir que se está refiriendo a las remuneraciones como derechos ya adquiridos que por imperio legal se perderían, nos inclinamos por la otra solución, es decir que la norma se está refiriendo a créditos futuros, lo que es coherente en la medida en que en el caso de suspensión de la legitimación, los administradores o liquidadores ya no ejercerán sus funciones sino que serán desplazados por el síndico”. Es compatible la opinión de los autores, la que se ve reforzada por lo dispuesto en los artículos 110.1 párrafo segundo y 112.2 literal B) de la LCRE, los que incluyen como créditos concursales, aquéllos generados antes de la declaración de concurso por parte de los administradores o liquidadores de la persona jurídica.

Mientras tanto, en lo relativo a los efectos del concurso respecto de los órganos de la persona jurídica en caso de limitación de la legitimación del deudor, el artículo 49 de la LCRE señala que los referidos órganos se mantendrán en funcionamiento; que se requerirá autorización del interventor para convocar a reunión de socios por parte de administradores o liquidadores <sup>255</sup>; y que el interventor podrá solicitar al Juez la suspensión del órgano de control interno, en forma fundada, asumiendo las funciones de dicho órgano <sup>256</sup>.

La LCRE no se pronuncia con relación a los efectos de la celebración de una reunión de socios sin la autorización del interventor. Se ha afirmado que, por aplicación de los principios generales, la reunión de socios será nula por ser contraria a la ley

---

<sup>253</sup> Si bien queda suspendida la obligación de convocar a reuniones de socios o accionistas, no se excluye la posibilidad de su convocatoria. Es más, en caso de reunión de socios o accionistas, no se requerirá autorización previa del síndico, sino únicamente, ratificación posterior.

<sup>254</sup> En virtud de quedar suspendido en sus funciones el órgano de control interno, y más allá que la LCRE no lo disponga en forma expresa, es posible afirmar que sus integrantes (síndico o miembros de la comisión fiscal), perderían el derecho a percibir remuneración.

<sup>255</sup> Parecería haber un contrasentido con la solución adoptada por la LCRE para el caso de suspensión de la legitimación para disponer y obligar a la masa activa del concurso. En efecto, en caso de suspensión de la legitimación (supuesto de mayor intensidad que la limitación de la legitimación), se podría convocar a reunión de socios sin la autorización previa por parte del síndico, alcanzando para la validez de la misma, la ratificación ulterior de la sindicatura. Mientras tanto, en caso de limitación de la legitimación, la LCRE requiere autorización previa por parte del interventor.

<sup>256</sup> Como regla general, el órgano de control interno se mantendrá en funcionamiento - al igual que los demás órganos de la persona jurídica concursada - salvo que, por motivos fundados, el interventor requiera al juez la suspensión de dicho órgano, en cuyo caso, correspondería la pérdida del derecho a percibir remuneración de sus integrantes.



concurzal<sup>257</sup>. No se comparte esa posición. En primer lugar, no se advierte en qué se contraría a la Ley concursal. En todo caso, se trata de interpretar una disposición en ella contenida. Entendemos que la sanción de nulidad por contravención de lo dispuesto en una norma prohibitiva, que establece el artículo 8 del Código civil uruguayo (No “[...] surtirá efecto la renuncia especial de leyes prohibitivas: lo hecho contra estas será nulo, si en las mismas no se dispone lo contrario”), debe manejarse con extremada prudencia, tanto más cuando existan interpretaciones que, dentro de la Ley, permiten la conservación del acto jurídico, como creemos ser éste el caso. La disposición objeto de análisis no es estrictamente una norma prohibitiva sino imperativa. Como hemos escrito con anterioridad, “*es atendible el argumento relativo a que la norma imperativa al imponer un hacer, implícita y concomitantemente, contiene una disposición que prohíbe el comportamiento contrario*”. Entonces, pese al texto legal del artículo 8 del Código civil uruguayo, parcialmente transcrito, podría sostenerse, “*que las consecuencias para normas prohibitivas e imperativas son las mismas, esto es, la nulidad si no se dispone normativamente una consecuencia diferente*”<sup>258</sup>. Empero, el artículo 49.2 de la LCRE requiere la autorización del interventor para la convocatoria de cualquier reunión o asamblea de socios o accionistas por parte de administradores o liquidadores. Esta disposición no establece sanción alguna. Si bien entonces, el artículo 49.2 de la Ley concursal uruguaya no indica las consecuencias jurídicas de la convocatoria del órgano deliberativo de la persona jurídica faltando la autorización del interventor, sí lo hace su artículo 48.2 al referir a la validez de las resoluciones del órgano societario en caso de suspensión, sometiéndose la misma a la ratificación del síndico. Parece lógico que si el régimen de suspensión implica una intromisión más intensa que el de intervención en la legitimación del deudor para

---

<sup>257</sup>HEUER, F. y RODRÍGUEZ MASCARDI, T., en “Las pericias...”, *op. cit.*, p. 195.

<sup>258</sup>GERMÁN, D., “Impugnación y nulidad de resoluciones de asambleas por contrarias a la ley y al orden público. Análisis comparativo de las legislaciones española y uruguaya”, FCU, Montevideo, 2010, p. 52.

disponer y obligar a la masa, la sanción que apareja el ordenamiento a la convocatoria de junta realizada sin autorización del interventor, no pueda ser más severa que la dispuesta en caso de suspensión. Tampoco el precepto del artículo 49.2, regula los casos en que la convocatoria no es orgánica, ya sea porque la misma fuese realizada, en el caso de sociedades mercantiles, “por cualquiera de los directores, de los miembros de la comisión fiscal, por el órgano estatal de control o judicialmente” (art. 344, LSU); o, siendo orgánica, porque ella se efectúa no por el órgano de administración, sino por el órgano de control. Por consiguiente, una interpretación armónica de la normativa, no podría jamás entender nula una convocatoria sin la autorización del interventor, si la misma es efectuada por el órgano de administración (administradores o liquidadores) y válida si es efectuada por el órgano de control, por miembros del órgano de administración o de control, por la Auditoría Interna de la Nación (órgano estatal de control) o por el juez competente. Entonces, más allá de ser una norma imperativa, la consecuencia de la violación a la misma, será la determinada por la propia norma. Al no hacerlo, la contravención a lo dispuesto por la norma imperativa no importa nulidad, sino que, analizando la finalidad del precepto contrariado y de los derechos e intereses garantizados, la única consecuencia posible es la validez y eficacia de la convocatoria ya referenciada.

En lo que respecta al alcance de la autorización del interventor para llamar a reunión de socios o asamblea de accionistas en sede de limitación de la legitimación para disponer, el artículo 49.2 de la LCRE alude a la convocatoria realizada “*por parte de administradores o liquidadores*”.

La doctrina uruguaya se ha pronunciado en este sentido, advirtiendo que en el caso de las sociedades comerciales y, en particular, en materia de sociedades anónimas (art. 344 párrafos tercero y sexto, LSCU), la convocatoria a reunión de socios o asamblea de accionistas corresponde, en principio, al órgano de administración o al órgano de liquidación y no a los miembros de los referidos órganos (administradores o liquidadores). Los

administradores o liquidadores tienen la facultad de convocar a reunión de socios o asamblea de accionistas, únicamente en caso que los citados órganos omitieran la convocatoria<sup>259</sup>.

Adicionalmente, tampoco son dichos órganos los únicos que tienen la atribución para convocar a reunión de socios o asamblea de accionistas, pues la Ley 16.060 también confiere esta posibilidad al órgano de control interno (síndico o síndicos, o comisión fiscal)<sup>260</sup>, a los miembros tanto del órgano de administración, liquidación, y de control interno, a la Auditoría Interna de la Nación (órgano estatal de control)<sup>261</sup>, y al juez competente.

Se ha considerado que, con relación a los supuestos de convocatoria no reguladas en forma explícita en el artículo 49.2 de la LCRE, la falta de autorización no atentaría contra la legitimidad de las resoluciones adoptadas en la reunión de socios o asamblea, “sin perjuicio de su eventual ineficacia o inoponibilidad frente a la masa activa del concurso, en lo que pudieran tales resoluciones perjudicarla...”<sup>262</sup>.

En nuestra opinión, el artículo 49.2 de la LCRE concerniente a la autorización del interventor para convocar a reunión de socios o asamblea de accionistas “*por parte de administradores o liquidadores*”, ha querido referir al órgano de administración o,

---

<sup>259</sup> BADO, V., LÓPEZ, C. y ROMANG, C., “Efectos sobre el...”, *op. cit.*, p. 302.

<sup>260</sup> En materia de sociedades comerciales, el artículo 397 de la LSCU prevé la existencia del órgano de fiscalización privada, de carácter preceptivo en las sociedades anónimas abiertas y en las sociedades de responsabilidad limitada de veinte o más socios (art. 238 *in fine*, LSCU). Dentro de sus atribuciones, el artículo 402.6 de la LSCU, dispone que podrá convocar a asamblea cuando omita hacerlo el órgano de administración.

<sup>261</sup> La fiscalización estatal de las sociedades anónimas, corresponde a la Auditoría Interna de la Nación. Según el artículo 344 de la LSCU, podrá convocar a asamblea de accionistas, *ibidem*, p. 302.

<sup>262</sup> HOLZ, E. – RIPPE, S., “Reorganización Empresarial y...”, *op. cit.*, p. 122.

eventualmente, al de liquidación, y no a los administradores o liquidadores considerados individualmente. Por consiguiente, y exclusivamente en lo que refiere a la convocatoria en sede de sociedades anónimas, sólo se requeriría autorización del interventor para la convocatoria a reunión de socios o asamblea de accionistas, únicamente en los casos que la solicitud sea realizada por los órganos de administración y liquidación y no en los supuestos en que la convocatoria se efectúe por cualquier otro legitimado diferente (órgano de control, integrantes de los órganos de administración, liquidación o control, Auditoría Interna de la Nación o juez competente).

El mantenimiento de los órganos de la persona jurídica en caso de limitación de la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa activa del concurso, supone que los mismos siguen existiendo durante la tramitación del procedimiento concursal, más allá que su funcionamiento pueda verse alterado o restringido, según el caso.

Incluso, subsisten los órganos de la persona jurídica en supuestos de suspensión de la legitimación de la concursada en el ejercicio de sus facultades de administración y disposición, más allá que en algunos casos, sus órganos quedarán suspendidos en sus funciones. No tendría sentido la supresión de los órganos de la persona jurídica, ya que los mismos manifiestan interior y exteriormente la voluntad del ente, y esa manifestación de voluntad es imprescindible que se realice orgánicamente en todos los casos que la Ley lo habilite, sin perjuicio de la limitación o suspensión de la legitimación para disponer que corresponda en cada caso. Es necesaria la formación de la voluntad orgánica de la persona jurídica, tanto para la oposición a la declaración de concurso, a todas las resoluciones judiciales y actuaciones de la sindicatura o intervención concursal, a la presentación de un proyecto de convenio y a la actuación en el marco del incidente de calificación. Además, la suspensión de la legitimación es una medida temporal, revisable en cualquier momento por el juez (arts. 45.3 y 161, LCRE).

En caso de limitación de la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso, “*los órganos de la persona jurídica se mantendrán en funcionamiento*”, con las restricciones establecidas en la LCRE (art. 49.1). Esta mención al *funcionamiento* de los órganos, refiere al efectivo ejercicio de las facultades atribuidas a los órganos de administración y de representación de la persona jurídica concursada.

La restricción en el funcionamiento de los órganos de la persona jurídica, se inicia con la sentencia que declara el concurso (art. 19, LCRE), con distinto alcance si se suspende o limita la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso. Esta restricción es provisoria, pues con la aprobación judicial de convenio (si en el mismo no se estipula la limitación de las facultades patrimoniales del deudor conveniado) y, en todo caso, tras la declaración de su cumplimiento, los órganos de la persona jurídica recuperarán su funcionamiento en plenitud.

## **B.- Sociedades mercantiles**

La declaración judicial de concurso no supone el cese de actuación de los órganos de administración y representación de las sociedades comerciales.

Empero, en caso de suspensión de la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso, el funcionamiento de los órganos sociales se altera y reduce de manera significativa, pues corresponderá al síndico el ejercicio de varias de las facultades atribuidas legal y contractualmente (estatutariamente) a los administradores o liquidadores. Adicionalmente, se suspende la obligación legal y contractual o estatutaria de convocar a reuniones de socios o asambleas de accionistas y, en caso de ser convocadas se requerirá, para su validez, que las mismas sean ratificadas por la sindicatura.

No ocurre lo mismo, en el supuesto de limitación de la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso, pues la LCRE dispone que los órganos “*se mantendrán en funcionamiento*”, con algunas reducidas limitaciones. En caso de convocatoria a reunión de socios o asamblea de accionistas, se requerirá autorización del interventor.

A diferencia de lo previsto en la Ley concursal española, ni en la hipótesis de suspensión, ni en el supuesto de limitación de la legitimación del deudor, se requiere la convocatoria del administrador concursal (síndico o interventor), a las reuniones de los órganos de la sociedad comercial concursada. La LCRE se enmarca - como ya se explicitó - en un sistema de autorizaciones previas y de contralores posteriores, sin participación directa del síndico o interventor en las reuniones de los órganos sociales.

Por consiguiente, la validez o invalidez de la convocatoria, constitución y adopción de resoluciones que adopten los órganos de la sociedad comercial concursada, no dependerá de la asistencia o inasistencia del administrador concursal, sino del cumplimiento o no de los requerimientos legales y/o contractuales previstos.

El órgano de administración de las sociedades comerciales podrá estar integrado por uno o más administradores o por un órgano colegiado, directorio en el caso de las sociedades anónimas (arts. 200, 215, 221, 237, 375 y 477, LSCU). Se reunirá y adoptará sus resoluciones de acuerdo al régimen fijado por la Ley, según el tipo adoptado, y en el contrato social. En las sociedades colectivas, en comandita simple, de capital e industria, de responsabilidad limitada, en comandita por acciones (en éstas dos últimas, cuando el órgano de administración no sea colegiado<sup>263</sup>) y anónimas cuando esté a cargo de

---

<sup>263</sup> El artículo 477 de la LSCU, preceptúa a la letra: “(Administración y representación). La administración y representación estará a cargo de uno o más administradores o de un directorio según se prevea en el contrato social. Los administradores o integrantes del directorio deberán ser socios comanditados o terceros designados por éstos o en el contrato social. Se le aplicarán al

un administrador, la Ley societaria uruguaya no prevé un régimen específico para la constitución, funcionamiento y adopción de resoluciones del referido órgano. De todas formas, más allá de remitirse a lo que se establezca contractualmente, la legislación establece un régimen supletorio. Sin embargo, para los casos de las sociedades anónimas, de las sociedades de responsabilidad limitada y en comandita por acciones, cuando el órgano de administración sea colegiado, será de aplicación, de manera supletoria a lo previsto estatutariamente, el régimen que regula el directorio de la sociedad anónima (art. 386, LSCU)<sup>264</sup>.

En determinadas circunstancias, el órgano de administración de naturaleza colegiada, podrá adoptar resoluciones sin la celebración de una reunión. No existe previsión expresa en la LSCU que contemple este supuesto. Sin embargo, el principio de la autonomía de la voluntad que impera en Derecho privado, así como la necesidad de agilizar la adopción de decisiones propias de la actividad comercial, tornan viable - y a veces, necesario - este mecanismo de *reuniones a distancia*. Es práctica habitual que los integrantes del órgano de administración societario colegiado, deliberen a través de la

---

*administrador las disposiciones contenidas en la Sección I del Capítulo II para las sociedades colectivas. Tratándose de directorio se le aplicarán las normas relativas de las sociedades anónimas”.*

<sup>264</sup> Art. 386 LSCU: “(Directorio. Constitución, reuniones, resoluciones). El directorio se reunirá de conformidad al régimen que fije el estatuto o al que en su defecto acuerden sus integrantes, y toda vez que lo requiera cualquier director. En este último caso el presidente hará la convocatoria para reunirse dentro del quinto día de recibido el pedido. Si no lo hiciera podrá convocarlo cualquiera de los directores. Sesionará con la asistencia de la mitad más uno de sus integrantes. En las sociedades anónimas abiertas el directorio se reunirá por lo menos una vez por mes. Las resoluciones se adoptarán por simple mayoría de votos de presentes, salvo cuando la ley o el estatuto exijan una mayoría más elevada. En caso de empate, el presidente tendrá doble voto. Quien vote en blanco o se abstenga de votar se reputará como habiendo votado en contra, salvo que la abstención resulte de obligación legal”.

utilización de medios técnicos con la finalidad de tomar decisiones propias de las atribuciones del órgano.

Esta circunstancia, no afectaría en lo más mínimo la actuación del administrador concursal. Cuando se suspenda la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso, será el síndico quien ejerza varias de las facultades conferidas al órgano de administración.

Por otra parte, si se hubiera dispuesto la limitación de la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso, en caso que la resolución adoptada refiera a *operaciones ordinarias del giro del deudor*, las mismas requerirán el control posterior del interventor. En las demás situaciones, fuera de las inherentes al funcionamiento orgánico que no implique ejercicio de facultades de administración y gestión, se requerirá autorización previa (art. 47.1 y 47.2, LCRE).

No existe disposición normativa en el Derecho uruguayo, relativa a la obligación o facultad del administrador concursal de asistir a las reuniones de los órganos de la sociedad comercial concursada. Por ello, en modo alguno, se altera el mecanismo ordinario de convocatoria y celebración de reuniones del órgano societario.

En nuestra opinión, en caso de limitación de la legitimación del deudor para disponer, y si bien no resulta una obligación legal específica de los órganos de la sociedad comercial concursada, constituirá un claro ejemplo de colaboración con la administración concursal, además de una práctica saludable, poner en conocimiento del interventor concursal las decisiones con relevancia para el procedimiento concursal. De esta forma, el interventor concursal podrá actuar de manera coordinada con la sociedad concursada, pudiendo aquél emitir comentarios, sugerencias u opiniones tendientes a la mejor conservación de la masa activa y al beneficio del conjunto de acreedores concursales.



Otra cuestión fundamental relativa a los efectos de la declaración de concurso sobre el funcionamiento del órgano de administración de las sociedades comerciales, es aquel emparentado con los gastos que se generan durante el procedimiento concursal. Tanto en el caso de suspensión de la legitimación, como en el de limitación de la legitimación, el mantenimiento de los órganos de la sociedad comercial concursada y el desarrollo de sus atribuciones legales y contractuales, suponen incurrir en erogaciones que, con anterioridad a la declaración judicial del concurso serían asumidos con naturalidad por el ente societario, previa decisión del órgano de administración (o deliberativo, en caso de restricciones estatutarias a las facultades del primero).

En caso de suspensión de la legitimación de la sociedad concursada, corresponde al síndico la realización de actos de administración y disposición sobre los bienes y derechos que conforman la masa activa del concurso, es decir, el conjunto de bienes y derechos de los que fuere titular el deudor concursado. En consecuencia, toda erogación relativa al funcionamiento del órgano de administración de la sociedad que fue declarada judicialmente en concurso, corresponderá que sea realizada por la sindicatura. Obviamente, podrían los administradores orgánicos, o incluso los socios de la sociedad, aportar los recursos necesarios para el funcionamiento de referencia, para no extraer los mismos de la masa activa del concurso.

Cuando se declara el concurso y se limita la legitimación del deudor societario para disponer, los órganos de la persona jurídica concursada se mantienen en funcionamiento, designándose un interventor concursal quien, según el caso, deberá autorizar previamente o controlar con posterioridad, el desarrollo de las atribuciones propias del órgano de administración.

El artículo 381 del Código General del Proceso uruguayo, contiene una lista taxativa de bienes y derechos considerados

inembargables. No existen en el patrimonio del deudor societario, bienes o derechos de tal naturaleza que puedan afectarse al mantenimiento de la persona jurídica. Desde luego, tampoco podrá la sociedad comercial concursada, percibir el derecho a alimentos previsto en la LCRE que está atribuido, en determinadas circunstancias, al deudor concursado persona física (art. 54, LCRE).

La LCRE no emite pronunciamientos respecto a las razones o escenarios en los que la administración concursal debiera efectuar o consentir desembolsos imperiosos para el funcionamiento corriente del órgano de administración de la sociedad comercial concursada.

De esta forma, será necesario analizar las previsiones normativas contenidas en la LCRE con relación a la conservación y administración de la masa activa, para determinar bajo qué circunstancias o en qué supuestos, el administrador concursal, debería proceder a autorizar erogaciones por parte del órgano de administración de la sociedad comercial. En caso de suspensión de la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso, el artículo 74 de la LCRE, contiene un mandato dirigido al síndico: *“deberá conservar los bienes y derechos que integren la masa activa del concurso”*. A su vez, la referida disposición normativa, permite al síndico, previa autorización del Tribunal del concurso, enajenar de inmediato *“los bienes de fácil deterioro o de difícil o costosa conservación”*.

Adicionalmente, la LCRE impone tanto al síndico como al deudor - éste último, con la autorización y control del interventor – *“administrar la masa activa del modo más conveniente para la satisfacción de los acreedores”* (art. 75, LCRE). En este sentido, el síndico o el deudor, deberán estar a la mira de los intereses del conjunto de acreedores del concurso. De esta forma, se busca evitar la pérdida de valor de los bienes que componen la masa activa del concurso.

La suspensión de la legitimación para disponer y obligar a la masa del concurso, tiene como sustento la conservación de esa masa, así como la necesidad de administrarla del modo más conveniente para la satisfacción de los acreedores, constituyendo un mecanismo de protección de sus intereses<sup>265</sup>.

La finalidad de conservación de la masa activa del concurso, no implica que el síndico o el deudor (con autorización y control del interventor), puedan disponer libremente de los bienes y derechos que la componen. Sólo podrían enajenar estos bienes o derechos cuando el no hacerlo ocasione un empobrecimiento o una disminución de valor.

Esta facultad conferida por la LCRE al síndico o al deudor, tiene dos límites: que se contemple el interés de los acreedores, y, en caso que la enajenación o gravamen supere el 5% del valor total de la masa activa, necesitarán previa autorización del juez del concurso.

Más allá que, seguramente el interés primordial lo constituya la satisfacción de los acreedores concursales, el referido interés no es el único que se persigue mediante el procedimiento concursal. Sin lugar a dudas, existen otros intereses subyacentes en el marco del concurso, como ser la conservación de las fuentes de trabajo, de la actividad productiva viable y la economía en general<sup>266</sup>.

---

<sup>265</sup> GRAZIOLI, L., “Deber de cooperación e información de directores y administradores cuando el concurso provoca su sustitución”, en *Sociedades y concursos en un mundo de cambios*, Semana Académica del Instituto de Derecho Comercial, 1ª ed., F.C.U., Montevideo, 2010, p. 629.

<sup>266</sup> Con relación a esta temática, BADO, V., y LÓPEZ, C., “Reintegración de la masa activa”, en LÓPEZ, C. (Dir.), BADO, V., y ROMANG, C. (Coautoras), *Ley de Declaración Judicial del Concurso y Reorganización Empresarial. Análisis Exegético*, Tomo I, La Ley, Uruguay, Montevideo, 2012, p. 424, reflexionan: “No acertamos a discernir cuál sería el valor de la empresa en sí, que justificaría su preservación cuando ninguno de los demás intereses involucrados lo amerite ni desee. Se comparte que el deudor no es, necesariamente, un delincuente y que puede ser conveniente para él y sus acreedores, la continuidad de su actividad empresarial. Se entiende, también, que la naturaleza alimentaria de los créditos laborales pueda justificar, en algunos casos, la preservación de la organización

Por consiguiente, la norma que impone al administrador concursal administrar la masa activa del modo más conveniente para la satisfacción de los acreedores, podría suponer un apartamiento al interés del concurso integralmente considerado, ya que limita la forma de actuación a aquella que considera solamente a uno de los intereses presentes en materia concursal. Por más importante que sea la satisfacción de los acreedores, y más allá que ni doctrina ni jurisprudencia hayan analizado el tema con la profundidad que el mismo amerita, cabe interpretar una vez más la disposición contenida en el artículo 75 de la LCRE en forma armónica con el resto de la normativa concursal y los principios generales del Derecho. En tal sentido, deberán considerarse todos los intereses comprendidos y protegidos en el concurso, y no solo aquellos que representen la satisfacción de los acreedores. Tal circunstancia es fácilmente advertible cuando la actividad o actividades a las cuales el concursado se dedicó o dedica, implican necesariamente una especial relación con el interés general, el bien público, o el bien común. En tal sentido, la administración concursal deberá actuar considerando primordialmente la satisfacción de los acreedores en tanto la misma, y de acuerdo con la actividad desarrollada por el concursado, no importe un apartamiento del orden público, entendido como un conjunto de principios y valores de una comunidad en un momento dado, imprescindible para el orden social que, con base primigenia en las normas de raigambre constitucional, recogen el tipo de sociedad que un Estado pretende otorgarse. A modo de ejemplo, si la actividad que realiza el concursado se encuentra dentro del área de la salud, la seguridad o el transporte públicos, es necesario que la actuación de la administración concursal se dirija a satisfacer a los acreedores así como a los demás intereses que protege el concurso, en la medida que dicha satisfacción no menoscabe los derechos inalienables de la comunidad.

---

*empresarial. Nos cuesta admitir, sin embargo, que más allá de los intereses de estos sujetos, exista un interés de la empresa en sí misma considerada, que deba preservarse”.*

## C.- Cooperativas, asociaciones y fundaciones

### a.- Cooperativas

Cabe recordar, en primer lugar, que la regulación legal de las cooperativas se encuentra prevista en la Ley 18.407, siendo las mismas, sujetos concursables de acuerdo a lo previsto por el artículo 2 párrafo primero de la LCRE. El órgano de administración de la cooperativa, es el Consejo Directivo, con las atribuciones que se determinen en el estatuto y en la ley. Por su parte, dicho órgano es el que tiene a cargo la representación de la entidad.

En lo referente al concurso de las cooperativas y, concretamente, al funcionamiento de los órganos de administración y representación en el marco del procedimiento concursal, no existen prácticamente variantes a las especificadas en la parte general de este epígrafe, ni en lo particularmente referido a sociedades mercantiles<sup>267</sup>.

Resultan aplicables a las cooperativas, las disposiciones de la LCRE relativas a los efectos generales tanto de la suspensión, como de la limitación de la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso (arts. 46 y 47, LCRE). Es decir, en los casos de suspensión de la legitimación, será el síndico quien tendrá legitimación para realizar actos de administración y disposición respecto de los bienes y derechos que componen la masa activa del concurso, y los actos realizados por el deudor no tendrán eficacia frente a la masa. También sustituirá al deudor en procedimientos administrativos o jurisdiccionales. Mientras tanto, en el supuesto de limitación de la legitimación, la cooperativa estará sujeta a un sistema de autorizaciones previas o de controles posteriores.

---

<sup>267</sup> En este sentido, es preciso destacar que el artículo 3 de la Ley 18.407, dispone que las cooperativas, además de regirse por las disposiciones de la norma legal referida y, en general, por el “*derecho cooperativo*”, “*supletoriamente se regirán por las disposiciones de la ley de sociedades comerciales en lo no previsto y en cuanto sean compatibles*”.

Adicionalmente, serán de aplicación a las cooperativas las normas sobre el régimen de los órganos de la persona jurídica deudora, tanto en el supuesto de suspensión como de limitación de la legitimación para disponer y obligar a la masa del concurso (arts. 48 y 49, LCRE). En el primer caso, el síndico será quien ejerza las facultades atribuidas a los administradores o liquidadores, los que perderán el derecho a percibir remuneración. También quedaría en suspenso, la obligación legal o contractual de convocar a la Asamblea General (así denomina la Ley 18.407 al órgano deliberativo de las cooperativas). Si fuera convocada, para la validez de las decisiones adoptadas, se requerirá ratificación del síndico. Finalmente, quedará suspendida en sus funciones la Comisión Fiscal, órgano de control de las cooperativas. Por su parte, en caso de limitación de la legitimación del deudor, los órganos de la cooperativa se mantendrán en funcionamiento, requiriéndose autorización del interventor para convocar a la Asamblea General.

Del mismo modo, en lo que respecta a las erogaciones del órgano de administración de la cooperativa concursada, es posible advertir - al igual que en el caso de las sociedades comerciales - la inexistencia de bienes o derechos inembargables, que no formen parte de la masa activa del concurso. Esto, sin perjuicio que la Ley 18.407 creó el Fondo Rotatorio Especial (art. 209) y del Fondo de Fomento del Cooperativismo (art. 210), patrimonios de afectación distintos del patrimonio de la cooperativa, administrados por el Instituto Nacional del Cooperativismo (INACOOP), ambos con la finalidad de financiar dos clases de proyectos: de inversión para la viabilidad de las cooperativas, y de actividades de formación, capacitación, promoción y difusión de los principios del cooperativismo y de gestión de entidades cooperativas. Los referidos Fondos, no forman parte de la masa activa en caso de concurso de la cooperativa, pues no integran el patrimonio del ente.

Son escasos los concursos de cooperativas en Uruguay y no porque tal forma de organización haya sido poco utilizada. Lo cierto es, que ante dificultades económicas, estas entidades no han solido

recurrir al procedimiento concursal. Por ello, no se han producido resoluciones judiciales en concursos de cooperativas, que atiendan a especificidades propias de las mismas. Tampoco la doctrina uruguaya ha abordado la temática de la insolvencia de la cooperativa<sup>268</sup>.

## **b.- Asociaciones y fundaciones**

Como se expresó precedentemente, tanto las asociaciones civiles como las fundaciones, son personas jurídicas, sin fines de lucro. Adquieren personalidad jurídica a partir de la aprobación por parte del Ministerio de Educación y Cultura.

Tampoco en el caso de las asociaciones civiles y fundaciones, es posible encontrar grandes diferencias con relación a los efectos de la

---

<sup>268</sup> Los últimos casos de concursos de cooperativas en Uruguay revelados han sido voluntarios y corresponden a UCAR Cooperativa (Servicio de emergencia médica privado), IUE 2-28628/2013; y Cooperativa de Consumo Cooperativa Bancaria, IUE 2-18456/2015, consultables en [www.expedientes.poderjudicial.gub.uy](http://www.expedientes.poderjudicial.gub.uy). En el primero de ellos (UCAR) se convocó a Asamblea de Socios. La misma no pudo sesionar por falta de quórum. Los gastos de dicha convocatoria fueron asumidos, en forma particular, por integrantes de la Comisión Directiva. En otro orden, sí es más frecuente, por el contrario, que en el marco de procedimientos concursales de sociedades mercantiles, habilitados por las leyes de Cooperativas (art. 104, Ley 18.407) y concursal [arts. 174, 62 y 172, literal B), LCRE, estos dos últimos, en la redacción dada, respectivamente, por los arts. 1 y 2 de la ley 18.593], los trabajadores de las entidades concursadas formen una cooperativa a los efectos de continuar con la unidad productiva. Ello ya sucedió antes de la vigencia de la Ley 18.387, en relación con la insolvencia de diversas industrias (harineras, fábricas de vidrio, neumáticos) y establecimientos mercantiles (comercialización de materiales de construcción). Tras la entrada en vigor de la nueva legislación concursal y cooperativa, cooperativas de trabajadores de industrias textiles y cerámicas han continuado con la actividad de las empresas concursadas, ya sea mediante el recurso del uso precario de la unidades productivas, como de acuerdos paraconcursoales con acreedores hipotecarios y prendarios, luego que estos últimos adquirieran la inmensa mayoría de los bienes integrantes de la masa activa del concurso (ver en [www.expedientes.poderjudicial.gub.uy](http://www.expedientes.poderjudicial.gub.uy), los concursos de Paylana S.A., IUE 2-26424/2011, donde se formó la cooperativa de trabajadores COTRAPAY; y de METZEN Y SENA S.A. IUE 2-55980/2009, donde actúa la cooperativa de trabajadores CTC Empalme Olmos).

declaración de concurso en el funcionamiento del órgano de administración.

El órgano con facultades de representación en estas entidades es el propio órgano de administración, comúnmente denominado “Comisión Directiva”, en las asociaciones civiles, y “Consejo de Administración” en las fundaciones.

Posiblemente, la peculiaridad con relación al funcionamiento del órgano de administración y representación de las fundaciones declaradas en concurso, está dada en que estas entidades persiguen - por imperio de la ley - *“un objeto de interés general”* (art. 1, Ley 17.163), razón por la cual, la Administración Pública ejerce controles intensos. Así, el artículo 24 de la Ley 17.163 designa como autoridad administrativa de control de las fundaciones, al Ministerio de Educación y Cultura. Dentro de las atribuciones conferidas por la ley a este organismo estatal, se encuentra aquella que le permite, en circunstancias de gravedad, cuando peligre el patrimonio de la entidad *“en razón de una conducta ilícita, cuando se desnaturalice el objeto para el que la institución fue creada o cuando se constate que la fundación realiza actividades ilícitas (...) solicitar el desapoderamiento de los bienes y la intervención de la fundación ante el tribunal competente”* (art. 27 literal C., Ley 17.163). Adicionalmente y ante las mismas circunstancias, podrá *“revocar el acto de reconocimiento de la personalidad jurídica, si resultara establecida judicialmente la ilicitud de las conductas incriminadas”* (art. 27 literal D., Ley 17.163).

Este *“objeto de interés general”* no necesariamente, parece ser el perseguido por las asociaciones civiles en Uruguay. Sin embargo, también se encuentran sujetas al contralor del Ministerio de Educación y Cultura (art. 1, Decreto Ley 15.089). Este organismo estatal está facultado para aplicar sanciones a las asociaciones civiles que incurran en infracciones a las normas legales, reglamentarias o estatutarias, sanciones que podrán ir desde el mero apercibimiento hasta, incluso, la cancelación de la personería jurídica (art. 2, Decreto Ley 15.089).



Adicionalmente, el Poder Ejecutivo, a instancias del Ministerio de Educación y Cultura, podrá disponer la intervención de las asociaciones civiles como medida cautelar en caso de actos graves, o cuando la medida resulte imperiosa para proteger el interés público (art. 3, Decreto Ley 15.089).

La intervención tendrá como finalidad primordial, la de *“restituir a la institución a su cauce normal de su actividad y funcionamiento, o proceder, si ello no fuera posible o aconsejable, a la disolución y liquidación de la misma una vez cancelada su personería jurídica”* (art. 3 *in fine*, Decreto Ley 15.089). Resulta evidente la contradicción en que incurre la norma transcrita al disponer que la cancelación de la personería jurídica del ente intervenido anteceda a su disolución y liquidación. Dado que una lectura literal de la norma supone admitir un imposible jurídico (pues sencillamente no se puede disolver y liquidar un ente sin personalidad jurídica), su aplicación ha requerido una interpretación que soslaye el absurdo del tenor literal<sup>269</sup>.

---

<sup>269</sup> En tal sentido, en el marco de un concurso de una asociación civil (Concurso del *Hospital Italiano Umberto Primero*, [www.expedientes.poderjudicial.gub.uy](http://www.expedientes.poderjudicial.gub.uy) expediente 2-42747/2010), y luego de declarada la apertura de la liquidación en el mismo, se decretó, administrativamente, la pérdida de la personalidad jurídica y la liquidación administrativa de la concursada. En primer lugar, se planteó si la asociación sin personería jurídica, podía recurrir la resolución administrativa, ya que, en principio, sin existir la asociación, tampoco existen sus órganos. En segundo lugar, fue necesario analizar la problemática relativa a si se mantenía o no el concurso, ante la desaparición de la personalidad jurídica. En tercer lugar, se analizó qué sucedía tanto con la masa activa como con la masa pasiva concursales. ¿A quién pertenecen los bienes? ¿Se aplica analógicamente el régimen de la herencia yacente y corresponden, por tanto, al Estado? ¿Es el Estado quién asume las deudas del ente a quien se despojó de su personalidad?

En la situación planteada se entendió que, pese a la pérdida de la personalidad jurídica, la asociación, a través de su órgano de administración, se encontraba facultada para interponer los recursos pertinentes contra la resolución que decretaba dicha pérdida, ya que, en caso contrario se produciría una grave conculcación del derecho a la tutela efectiva.

Respecto al mantenimiento del concurso, en primera instancia, el juez entendió que correspondía clausurar aquél por desaparición del presupuesto subjetivo. En segunda instancia, el Tribunal de Apelaciones actuante, compartiendo la opinión de la

Efectuado el análisis previo, parece clara la existencia de una relación estrecha entre el procedimiento concursal aplicable a las asociaciones civiles y fundaciones, y la regulación específica de las entidades objeto de análisis. En algunas ocasiones, pueden vislumbrarse contradicciones entre las diversas regulaciones las que, sin dudas, tienen incidencia directa en el funcionamiento de los órganos de las asociaciones civiles o fundaciones declaradas en concurso.

Ante esta circunstancia, cabe preguntarse si el régimen de contralor y regulación, previsto por la normativa en materia de asociaciones civiles y fundaciones, al ejercicio de las facultades del órgano de administración de estas entidades, es permeable a la declaración judicial de concurso o si, por el contrario, subsiste ante la referida declaración.

Evidentemente, entran en escena dos principios del derecho, a saber: el principio de especialidad y el de derogación. En base a ambos criterios, sería posible sostener la preeminencia de la LCRE por sobre la normativa en materia de asociaciones civiles y fundaciones.

Las previsiones legales relativas a asociaciones civiles y fundaciones tienen gran trascendencia en el marco del procedimiento concursal. En efecto, las circunstancias legitimadoras de la

---

sindicatura, quien a su vez, había sido designada liquidadora por la misma resolución administrativa que canceló la personalidad jurídica a la asociación, entendió pertinente que el concurso se mantuviera a los solos efectos de decidir la conformación de la masa pasiva, resolviendo sobre las impugnaciones deducidas contra la lista de acreedores.

Asimismo, los bienes de la masa activa fueron realizados, vendiéndose la “empresa en funcionamiento”. Con el producido de dicha venta (cuyo pago se acordó en cuotas mensuales a desembolsar a lo largo de un periodo de quince años), el liquidador administrativo satisface a los acreedores de acuerdo al orden de prelación previsto por la Ley concursal.

Administración Pública para solicitar la intervención de estas entidades (entre otras: irregularidades que pongan en peligro el patrimonio de la entidad, desarrollo de conductas o actividades ilícitas, desnaturalización del objeto para el que la institución fue creada, infracciones a las normas legales, reglamentarias o estatutarias) podrán, con frecuencia, coincidir con alguno de los presupuestos objetivos del concurso de las mismas, en la medida que tales irregularidades constituyan, a la vez, la verificación de alguno de los supuestos a los que la Ley concursal refiere.

Puede ocurrir que la intervención judicial que ordene el desplazamiento del órgano de administración de las asociaciones civiles o de las fundaciones, sea previa o posterior a la declaración judicial de concurso de estas entidades.

En caso que la intervención judicial sea promovida y declarada con anterioridad al concurso, dependiendo del alcance y plazo de la medida, podrá el interventor judicial promover el concurso (voluntario) de la entidad.

Si, por el contrario, la solicitud de intervención judicial es posterior a la declaración judicial de concurso (voluntario o necesario), en tal caso - poco común, por cierto - podría ocurrir que las facultades de las autoridades originarias de la persona jurídica sean trasladadas total o parcialmente al interventor no concursal. Éste actuará por la persona jurídica, en el marco de las funciones que le hayan sido otorgadas por la intervención. Por ejemplo, si la intervención implica una sustitución o remplazo de los integrantes del órgano de administración, el interventor judicial podrá realizar los mismos actos y cumplir las mismas funciones que correspondían a dicho órgano; si la legitimación para disponer estuviese suspendida, solo podrían oponerse a las resoluciones del juez y del síndico, presentar proyecto de convenio y actuar en el incidente de calificación. Si, en forma diferente, la legitimación para disponer estuviese limitada, además de la posibilidad de actuar en la forma recién referida, deberá administrar en lo relativo al giro ordinario de la

persona jurídica concursada, y coadministrar conjuntamente con el administrador concursal, en todo lo referente a las demás actuaciones<sup>270</sup>.

#### **D.- Especificidades con relación al concurso de grupo**

Si bien la LCRE no prevé una regulación orgánica de grupo, contiene, no obstante, disposiciones aisladas relativas a las “*sociedades que formen parte de un mismo grupo de sociedades*” [art. 112.2, c), LCRE], así como dos supuestos de *solicitudes conjuntas* de la declaración judicial de concurso: tratándose de dos o más deudores que formen parte de un mismo grupo (concurso voluntario); y cuando un acreedor solicita la declaración judicial del concurso de varios de sus deudores (concursos necesarios), debiendo, en tal caso, existir presunciones de insolvencia y confusión patrimonial entre los deudores, o formar parte de un mismo grupo (art. 9, LCRE).

En atención a los efectos de la declaración judicial del concurso respecto del funcionamiento de los órganos de administración de las diversas personas jurídicas que lo conforman, dichos efectos son idénticos a los que se dan en caso de concurso de una sociedad considerada en forma individual o aislada<sup>271</sup>.

---

<sup>270</sup> En el caso ya planteado del *Hospital Italiano Umberto Primo*, se designaron tres interventores administrativos quiénes, a los dos meses de iniciada la intervención, y luego de estudiada la situación, promovieron el concurso. Después de declararse el mismo, habiéndose solamente limitado la capacidad para disponer, los interventores administrativos debieron coadministrar conjuntamente con el interventor concursal designado (ver IUE 2-42747/2010, en [www.expedientes.poderjudicial.gub.uy](http://www.expedientes.poderjudicial.gub.uy)).

<sup>271</sup> Cabe recordar, como regla general, que en caso de solicitudes conjuntas, éstas deben en expedientes por separado, ante el mismo juez (art. 13, LCRE) y designándose al mismo síndico o interventor (según corresponda) en todos los procedimientos. Además, debe tenerse en consideración, que el grupo de sociedades considerado en sí mismo, se encuentra desprovisto de personalidad jurídica, por lo que no es viable concursar al ente como tal.

Entonces, el tratamiento previsto por el legislador en materia concursal para el grupo de sociedades, no difiere de la solicitud individual del concurso de cada uno de los miembros del grupo por separado, sino en cuanto a las especificidades previstas en la propia LCRE.

No hay en la LCRE, disposición normativa similar a la del artículo 48.5 de la Ley concursal española, por lo que no existiría la posibilidad de que el síndico o el interventor, puedan requerir al juez del concurso, ejercer los derechos políticos que correspondieran a una sociedad integrante del grupo en otra (v.gr., participación de una sociedad del grupo en el capital social de otra concursada, por la que estuviera habilitado a elegir administrador, o administradores o directores).

Bajo el régimen de la LCRE, se han registrado casos de solicitudes de declaración judicial de concurso en el supuesto que dos o más deudores formen parte de un mismo grupo de sociedades, habiendo presentado estados contables en forma consolidada. Este requerimiento legal ha tenido importantes consecuencias prácticas, en tanto - con fundamento en los estados contables consolidados - la jurisprudencia ha declarado el concurso, limitando la legitimación de los deudores del grupo para disponer y obligar a la masa de sus respectivos concursos (designándose un interventor) aunque, considerados aisladamente, no todos sus miembros contaban con activos superiores a sus pasivos<sup>272</sup>.

---

<sup>272</sup> Ver IUE 2-26856/2014, Compañía de Ómnibus de Pando S.A. (COPSA), IUE 41-14/2014, ALOM S.A., y IUE 41-15/2014, LAKE BLUE S.A., en [www.expedientes.poderjudicial.gub.uy](http://www.expedientes.poderjudicial.gub.uy).



## ***Capítulo Segundo: Retribución de los administradores societarios***

### **I.- Régimen jurídico español**

#### **A.- Consideraciones generales**

El desempeño del cargo de administrador o integrante del órgano de administración de una persona jurídica puede ser realizado de forma gratuita. Ello será especialmente común en las sociedades de base personalista en las que calidades de administrador o consejero y la de socio, coincidan en la misma persona. En estos casos, aquellos a quienes se encomienda la administración social verán su labor recompensada a través del reparto de beneficios y el incremento del valor de su participación en el capital social.

Sin embargo, en las grandes sociedades mercantiles y, de forma paradigmática, en las sociedades cotizadas, se constata cómo, a resultas de encontrarse el capital social en manos de un gran número de accionistas, sin capacidad, ni frecuentemente interés en involucrarse en la gestión ordinaria de la sociedad, la administración y representación de la sociedad se delegará, las más de las veces, en administradores profesionales altamente calificados. Estos administradores podrán ser, en ocasiones, apoderados ajenos al órgano de administración societario, pero a menudo se designarán de entre los propios integrantes del órgano, actuando por delegación de éste. En uno u otro caso, la complejidad y trascendencia de la labor que se les encomienda, requieren de unos conocimientos y experiencia singulares, e implican dedicación y no poca responsabilidad. Por ello, tales profesionales suelen ser altamente demandados, debiendo las empresas ofertar remuneraciones competitivas que les permitan captar y retener los mejores gestores disponibles.

Al mismo tiempo, la progresiva desvinculación de la titularidad del capital social y la gestión de la empresa, dan lugar al surgimiento o intensificación de la exposición de las sociedades al denominado

“riesgo de agencia”, cuando los intereses de la sociedad y los de aquellos a quienes se encomienda su gestión no se encuentran alineados. Para reducir la probabilidad de tal eventualidad, las sociedades tratan de ligar la remuneración de sus administradores y directivos a la consecución de metas de gestión, ya sea la obtención de una determinada rentabilidad por los accionistas, la realización de cierta cifra de negocio, etcétera. Ello provoca que los mecanismos remuneratorios que se emplean sean cada vez más complejos y contemplen un cuidado equilibrio entre retribuciones y beneficios fijos, en dinero o en especie, junto con bonos por objetivos alcanzados, gratificaciones, entrega de acciones u opciones sobre acciones de la compañía.

Por otra parte, el gran poder que se concentra en manos de los administradores, especialmente en las grandes sociedades de capital, ha llevado al legislador a supervisar meticulosamente estos mecanismos remuneratorios, a fin de otorgar a los inversores la necesaria protección frente a prácticas abusivas o fraudulentas. También aquí, se trata de proteger a los acreedores de las empresas que atraviesan dificultades económicas, de forma que no puedan hacerse valer frente al patrimonio de la persona jurídica deudora, los pactos, acuerdos o contratos que estableciendo remuneraciones o indemnizaciones abusivas, puedan reducir sensiblemente la masa de bienes que garantiza la satisfacción de las obligaciones contraídas en caso de insolvencia.

El análisis de los efectos del procedimiento concursal en la remuneración de los administradores de una sociedad requiere, con carácter previo, un estudio de la naturaleza del vínculo que une a las sociedades con los administradores y los integrantes de sus órganos colegiados de administración y representación. Lo anterior resulta imprescindible cuando se atiende a las diferentes consecuencias que el concurso puede tener en la remuneración percibida por administradores, altos directivos o trabajadores de la persona jurídica concursada.



En su artículo 48.4, la Ley concursal refiere a la eventualidad de que el cargo de administrador de la persona jurídica deudora sea retribuido, autorizando al juez del concurso cuando tal sea el caso a reducir su importe atendiendo “*[...] al contenido y complejidad de las funciones de la administración y el patrimonio de la concursada*”. En claro contraste con la anterior disposición, se encuentra la regulación del tratamiento concursal de los contratos de trabajo de los empleados del deudor. El artículo 64 de la Ley regula la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo en el marco del concurso, y remite de forma expresa al Derecho laboral para cualquier aspecto no contemplado en la misma.

El artículo 65 de la Ley concursal, por su parte, se refiere a los efectos del concurso respecto a una especial relación laboral: la del personal de alta dirección, sometida a un régimen propio y distinto de los demás contratos de trabajo. Este vínculo, diferente del que se entabla entre la persona jurídica y sus administradores<sup>273</sup>, se encuentra regulado en el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, que en su texto introductorio señala la razón de la especificidad del tratamiento jurídico que la Ley dispensa a este contrato: la recíproca confianza que debe existir entre “*[...] el alto directivo y la empresa [...], derivada de la singular posición que el directivo asume en el ámbito de la Empresa en cuanto a facultades y poderes*. Tal circunstancia justifica “*[...] proporcionar un amplio margen al pacto entre las partes de esta relación*”. El Real Decreto considera personal de alta dirección a “*[...] los trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad*” (art. 1º.1,

---

<sup>273</sup> Así lo afirma el propio Estatuto de los trabajadores que atribuye la calificación de relación laboral exclusivamente para aquellas relaciones distintas de las que constituyan el puro y simple ejercicio del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración de las empresas que adopten la forma jurídica de sociedad [arts. 1.3.c) y 2.1.a), ET].

RD 1382/1985). El Real Decreto excluye expresamente a los integrantes de los órganos societarios de administración en los términos que señala el artículo 1.3. c) del Estatuto de los Trabajadores (art. 1º.2, RD 1382/1985).

Pues bien, en relación con el personal de alta dirección de la deudora, el mencionado artículo 65 de la Ley concursal, en su numeral 1, confía a la administración concursal, ya por propia iniciativa, ya a instancia del deudor, la extinción o suspensión de los contratos que ligan a tales trabajadores a la persona jurídica concursada. Cuando se opte por la extinción, la Ley autoriza al juez del concurso, a moderar la indemnización que eventualmente se hubiera pactado en el contrato, rebajándola, con el límite de la legalmente fijada para el despido colectivo (art. 65.3, LC), pudiendo la administración concursal solicitar en tal eventualidad del órgano jurisdiccional “[...] *que el pago de este crédito se aplace hasta que sea firme la sentencia de calificación*”.

De los muy diferentes regímenes expuestos, aplicables a las retribuciones de administradores y empleados de la sociedad concursada, surge la necesidad de aclarar la naturaleza jurídica del vínculo que une a cada uno de estos sujetos con el deudor para, a continuación, examinar la posibilidad de que en una misma persona concurren simultáneamente las calidades de empleado, alto directivo y administrador de la concursada.

Se tratará en primer lugar, la relación de los administradores únicos, mancomunados, solidarios o integrantes del órgano colegiado al que se encomiende la administración de la sociedad. A este respecto cabe identificar en la doctrina española dos posiciones claramente diferenciadas: La teoría del vínculo y la teoría de la separación<sup>274</sup>.

---

<sup>274</sup> En la exposición de las distintas posiciones doctrinarias existentes con relación a la naturaleza de la relación sociedad-administradores se sigue la síntesis elaborada por LEÓN SANZ en LEÓN SANZ, F. J., “La previsión en los Estatutos de la Retribución de los Administradores de las Sociedades Anónimas. El Estado de la cuestión en la Doctrina Española”, en MASSAGUER FUENTES, J. SOLER, L. A.,

En la primera<sup>275</sup>, se estaría en presencia de un vínculo negocial de carácter bilateral, constituido mediante el nombramiento por la Junta general y la aceptación del cargo por la persona nombrada. Configuraría un contrato mixto que incorporaría elementos propios de los contratos de mandato y de prestación de servicios y que tendría entidad propia respecto del acto de nombramiento.

Por el contrario, para la teoría de la separación, nos hallaríamos ante un acto jurídico unilateral de naturaleza orgánica cuya eficacia quedaría sometida a la condición de la aceptación por parte de la persona nombrada. Este acto, podría complementarse con un contrato celebrado entre la sociedad y el administrador que concretase y detallase las obligaciones, deberes y derechos que formarían parte del estatuto del administrador, pero su existencia no condicionaría la validez del acto orgánico.

Que la persona jurídica se halla formado mediante un contrato, no impide acoger la teoría del órgano en lo relativo a la actuación, funcionamiento, y especialmente, en la forma de adoptar, manifestar o declarar la voluntad de dicho sujeto. En efecto, muchas personas jurídicas surgen luego del perfeccionamiento de un negocio jurídico contractual (contrato plurilateral de organización). Quienes lo celebran son los propios socios, dando nacimiento al nuevo sujeto de derecho. Empero, a partir del surgimiento del nuevo ente, el haz obligacional se traba principalmente entre la persona jurídica (vgr. sociedad mercantil) y sus integrantes (vgr. socios), y no directamente entre estos últimos. Los derechos, deberes, cargas y obligaciones que asumen los miembros de los diferentes órganos de la persona jurídica,

---

DÍAZ MORENO, A., ARRIBAS HERNANDEZ, A., RAMÓN SALELLES, J., GUERRERO, M<sup>A</sup> J., y otros (eds.), en *I Foro de encuentro de jueces y profesores de derecho mercantil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 13-32, Documento TOL1.783.114, fecha de consulta 14/05/2015, en <http://www.tirantonline.com>.

<sup>275</sup> A favor de la teoría de la separación o tesis organicista, SÁNCHEZ CALERO, (SÁNCHEZ CALERO, F., “Los administradores en las sociedades de capital”, Cívitas, Madrid, 2005, pp. 93 y ss.).

los tienen por el solo hecho de integrar alguno de dichos órganos, todo de acuerdo a lo dispuesto y regulado por la ley y el propio contrato. Ello no impide la coexistencia de la formación de la persona jurídica a través de un contrato con su funcionamiento y organización de naturaleza orgánica. Tampoco impide a cualquier sujeto que pase a integrar alguno de los órganos de la persona jurídica, celebrar con ésta contratos que, dentro del marco legal y estatutario, indiquen las características de las funciones a desarrollar.

Cualquiera que sea la postura que se suscriba, lo cierto es que constituye una práctica habitual el que, con independencia de la formalización del acto de nombramiento y la aceptación del cargo de administrador, se redacte un contrato en el que se expliciten y detallen los deberes, cargas, obligaciones y derechos de los administradores<sup>276</sup>.

## **B.- Sociedades mercantiles**

### **a.- Sociedades mercantiles en general**

Respecto a la relación sociedad – administrador, será útil determinar su naturaleza y consiguiente sometimiento al Derecho mercantil, civil o laboral. Del mismo modo, convendrá detenerse a examinar la posibilidad de que el administrador, pueda simultáneamente, establecer vínculos de distinta naturaleza con el ente

---

<sup>276</sup> Contrato que la Ley de Sociedades de capital exige se redacte cuando “*un miembro del consejo de administración sea nombrado consejero delegado o se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de otro título*”. En tales casos, el contrato precisará la aprobación previa del consejo de administración, adoptada por decisión favorable de la mayoría cualificada de dos tercios de sus integrantes, en sesión a la que se prohíbe expresamente asistir al consejero afectado. El contrato detallará “[...] *todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas, incluyendo, en su caso, la eventual indemnización por cese anticipado en dichas funciones y las cantidades a abonar por la sociedad en concepto de primas de seguro o de contribución a sistemas de ahorro.*” (art. 249.3, LSC).

societario y, en tal caso, la eventual aplicación simultánea o preferente de uno u otro régimen.

El legislador laboral excluye del ámbito regulado por el Estatuto de los Trabajadores *“la actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo.”* [art. 1.3. c), ET]. La norma contempla la posibilidad de que junto con el ejercicio puro y simple de los “cometidos inherentes” al cargo de integrante del órgano de administración de la sociedad, los administradores o consejeros nombrados realicen otros cometidos en la empresa. El Estatuto de los trabajadores se limita a señalar la inaplicabilidad de su regulación a una relación jurídica (la del integrante del órgano de administración con la sociedad) que, en cuanto tal, carecería de los necesarios elementos de ajenidad y sometimiento a una dirección externa que caracterizan tradicionalmente a las relaciones de trabajo (art. 1.1, ET). Empero, no extiende tal exclusión a la actividad que, siendo distinta de la inherente al ejercicio de su cargo, el administrador o consejero pueda eventualmente realizar en la sociedad de forma simultánea.

El plantear la posibilidad teórica de la realización simultánea de actividades en la empresa derivadas del ejercicio de cometidos de diversa naturaleza, conduce a una nueva pregunta: *¿Son en la práctica, compatibles las cualidades de administrador único, mancomunado, solidario, consejero o consejero delegado con las de empleado o alto directivo de la sociedad?* Si la respuesta fuese afirmativa, *¿cuál será el tratamiento concursal que deberá darse a la remuneración que los administradores sociales reciban por cada concepto?*

A este respecto, se advierte la importancia de la determinación, alcance o fijación del contenido respecto de los “cometidos inherentes” al cargo de integrante del órgano de administración societario. “Inherente” es todo lo *“que por su naturaleza está de tal*

*manera unido a algo, que no se puede separar de ello*"<sup>277</sup>. Una interpretación literal de la norma examinada nos llevaría a entender como "cometidos inherentes" aquellos que la ley o el estatuto confieren al integrante del órgano de administración en cuanto a tal y que sólo a éste cabe desempeñar; cometidos que no siempre coincidirán con las funciones atribuidas al órgano de administración. Piénsese, por ejemplo, en el distinto ámbito de atribuciones, facultades, deberes y obligaciones que el integrante del órgano de administración de la persona jurídica y, eventualmente, el órgano de administración, en sí mismo considerado, ostentan. Si dicho órgano adopta una estructura colegiada, los deberes y obligaciones del integrante del órgano y las funciones y atribuciones del propio órgano, son claramente distinguibles. Tratándose de un órgano conformado por una sola persona, los cometidos, aún siendo diferentes, se confunden en un mismo sujeto.

La distinción cobra importancia cuando se considera la posibilidad de que la administración societaria delegue el ejercicio de facultades directivas en uno o varios de los integrantes del órgano o lo contrate como personal de alta dirección. Las funciones directivas y de gestión le corresponden estrictamente al órgano de administración. Empero, para la consecución de dichas funciones, el órgano<sup>278</sup> se sirve de quien o quienes lo integran. El órgano puede delegar en sus integrantes, dentro de los límites legales, estatutarios y reglamentarios, facultades y funciones de su competencia. También puede contratar con terceros el efectivo ejercicio de dichas facultades, bajo su control y dirección. En este último caso, la relación del órgano de administración con los terceros dará lugar al surgimiento de una relación laboral especial: la de alta dirección. Sin embargo, esto no sucede cuando la delegación lo es con un miembro o integrante del

---

<sup>277</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, "Diccionario de la...", *op. cit.*

<sup>278</sup> A los efectos de facilitar la lectura, se hace referencia al "órgano", cuando éste, obviamente, no es sujeto de derecho. Cada órgano, dentro de la esfera de funciones que le corresponda, forma parte de la estructura de funcionamiento y manifestación de voluntad de la persona jurídica, en este caso, de la sociedad mercantil.

propio órgano, ya que la propia Ley [art. 1.3.c), ET] no reconoce como laborales las relaciones que resultan del puro y simple ejercicio de los cometidos propios del cargo de integrante del órgano de administración, y tales y no otros son los cometidos encomendables al personal de alta dirección. Cabe aducir también, en contra del nacimiento de un vínculo laboral, la falta de alguno de los requisitos esenciales a la misma, como el de ajenidad, pero ello, ni tiene porqué ser así en todos los casos (*v.gr.*: es discutible cuando la relación que se entabla es una laboral ordinaria, ajena a la función de gestión o administración), ni reporta más utilidad que el glosar un mandato legal absolutamente claro y simple. En tal sentido, cualquier retribución que pudiera corresponderle por el ejercicio de sus funciones directivas, entendemos debería tener origen en su condición de administrador, prescindiendo de la apariencia o forma que se haya pretendido dar a tal vínculo.

Imagínese que el directivo contratado por una determinada sociedad, decidiera poner fin a su relación laboral de alta dirección con su empleador y que, ante tales circunstancias, el administrador societario decidiera encargarse personalmente de la gestión de la sociedad hasta encontrar un sustituto adecuado. Sin duda, en tal caso, la mayor carga de trabajo y más intensa dedicación que las tareas de administración, requeriría o justificaría que la sociedad, actuando en Junta, resolviese una adecuada remuneración o, al menos, compensación bastante. También, tratándose de varios administradores o de un órgano colegiado de administración, muy bien podrían los integrantes de dicho órgano alterar el reparto de la remuneración que les es asignada para retribuir la mayor dedicación de un consejero o administrador que realiza funciones adicionales. Pero tales funciones no serían distintas ni extrañas al haz de competencias atribuido orgánicamente al administrador o consejero. Todas las tareas de gestión y dirección son inherentes al cargo de administrador o consejero, variando tan solo las condiciones en que se ejercen. Si la carga de trabajo adicional y su compensación o remuneración se formalizasen en un acuerdo, el mismo no sería sino

una concreción de las condiciones en que desempeña su cargo y no un acuerdo ajeno al acto en que se funda la relación de administración.

A este respecto, o sea, a la eventual validez de las cláusulas que especifiquen las condiciones en las que se ejercitarían, por los integrantes del órgano de administración sus cometidos inherentes (entre ellos, la remuneración a recibir o las indemnizaciones que eventualmente se pactasen, por cese u otras razones), habrá siempre de considerarse la regulación legal, estatutaria y reglamentaria que corresponda. En concreto, se deberá atender al carácter disponible o no, de las normas que eventualmente puedan incidir en la remuneración de los integrantes del órgano de administración de la persona jurídica.

Así, el artículo 217 de la Ley de Sociedades de Capital requiere, que la remuneración del cargo de administrador y el sistema por el que la misma se realice, figure en los estatutos de la sociedad, debiendo aprobarse por el órgano deliberativo, el importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores, en su condición de tales. No obstante, y salvo que la junta general determine otra cosa, el reparto de las remuneraciones correspondientes a los distintos administradores, se establecerá por acuerdo de éstos (estrictamente, no es una decisión de los administradores individualmente considerados, sino del órgano de administración), y en el caso del consejo de administración, por decisión del mismo, que deberá tomar en cuenta, entre otros aspectos, las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero (art. 217.3, LSC)<sup>279</sup>.

---

<sup>279</sup> La decisión adoptada, es siempre orgánica. En efecto, no es solamente orgánica cuando el órgano en cuestión tiene naturaleza colegiada (consejo de administración). También lo será cuando el órgano no sea colegiado, pero sí unipersonal o pluripersonal, actuando en la forma que corresponda. Sin embargo, cuando la forma de actuación del órgano sea plural pero no colegiada ni mancomunada, necesariamente la Ley exige que la resolución que fije la retribución sea acordada por todos los integrantes del órgano (administradores).



A la luz de las normas que regulan las sociedades de capital, sería posible, la suscripción de un acuerdo específico, que señalase la concreta retribución de un integrante del órgano de administración, atendiendo a las “*funciones y responsabilidades*” que le fueran atribuidas, pero, obviamente, derivado y sometido al vínculo orgánico de miembro del órgano de administración con la sociedad, y no independiente del mismo.

Si un acuerdo, mercantil o civil, independiente y de naturaleza distinta al de administración, referido al ejercicio de las facultades de dirección y gestión inherentes al órgano de administración (sea éste unipersonal o pluripersonal), no es posible, muchos menos lo será, en nuestra opinión, que el órgano de administración pueda contratar como personal de alta dirección, a quien sea su integrante. Aunque, como se ha indicado, no es la única consideración que cabe hacer al respecto, sí es relevante, a la hora de descartar la posibilidad de la contratación como alto directivo de quien es administrador o consejero, señalar cómo, de admitirse el doble vínculo, cabría que por la vía de su autocontratación como altos directivos, los integrantes del órgano de administración societario pudieran burlar el control estatutario que la Ley establece respecto de la remuneración de la administración de la sociedad (art. 217. 1., LSC).

El Tribunal Supremo, con sus sentencias de 29 de septiembre de 1988, 3 de junio de 1991, 27 de enero de 1992 y 22 de diciembre de 1994<sup>280</sup>, introdujo y delimitó la llamada *teoría del vínculo*, en virtud

---

<sup>280</sup> Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1, N.º 1456/1988, de 29 de septiembre, Id Cendoj 28079140011988103376; N.º 386/1991, de 3 de junio, Id Cendoj 28079140011991100175; N.º 55/1992, de 27 de enero, Id Cendoj: 28079140011992100639; y N.º 1554/1994, de 22 de diciembre, Id Cendoj: 28079140011994100902, respectivamente. Las más recientes resoluciones del Tribunal Supremo, confirman el carácter de doctrina consolidada de la teoría del vínculo, sistemáticamente aplicada tanto por la Sala de lo Civil (Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil. Sentencia 258/2012, de 24 de abril. Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi RJ\2012\6099); como por la Sala de lo Social (Tribunal Supremo, Sala de lo Social. Autos de 30 de abril de 2015. Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi JUR\2015\159649; 16 de julio de 2014, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi

---

JUR\2015\23312; 22 de abril de 2014, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi JUR\2014\138012; 9 de abril de 2014, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi JUR\2015\159649; 9 de marzo de 2014, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi JUR\2014\132360; y Sentencia de 20 de noviembre de 2012, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi RJ\2013\1073). La sentencia de 1 de diciembre del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección 3ª, de lo social (Madrid, Sentencia 1125/2014 de 1 de diciembre de la Sección 3ª de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. FD 1º), siguiendo la abundante y consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo, que señala como mercantil el vínculo que une al administrador único con la sociedad de capital, declara carecer la prestación de servicios del administrador único de “[...] carácter laboral, ni siquiera especial de alta dirección, si la prestación de servicios del actor lo fuera como consejero delegado o administrador de la entidad mercantil demandada, ya que, en este caso, se halla excluida de tal ámbito en virtud de lo dispuesto por el artículo 1.3 c) del Estatuto de los Trabajadores, sin ser subsumible en las previsiones del artículo 2.1 a) del mismo cuerpo legal”. Excepcionalmente, el Tribunal Supremo ha acogido la tesis del mantenimiento del doble vínculo. Así, por ejemplo en la Sentencia de 9 de mayo de 2001, dictada por la Sala 1ª de lo Civil del Supremo Tribunal, se juzga la validez de la indemnización por cese en el cargo de administrador ofrecida y fijada por la “[...] propia mercantil demandada [...] a la que se adhirió el actor del pleito [el administrador cesado] al firmar la propuesta, que adquirió naturaleza de relación contractual bilateral, vinculante para los interesados”. No consideró en este caso la Sala tratarse la indemnización objeto del litigio, de una retribución del cargo de Administrador “[...] pues las facultades y funciones que fueron atribuidas al actor por vía contractual rebasaban las propias de los Administradores, al ser de alta dirección y gestión. Con independencia de su integración en el Consejo de Administración, los Consejeros-Delegados actúan como verdaderos órganos de la sociedad y su relación con ésta es de carácter interno, si bien respecto al exterior los Consejeros-Delegados operan realizando los fines sociales, en posición que rebasa la de los Administradores, al llevar a cabo actuaciones que son propias de la alta función directiva encomendada”. Con independencia de la excepcionalidad de este fallo, y aclarando ser abrumadoramente mayoritarias las sentencias que reciben la tesis contraria de la expuesta aquí, la sentencia de 9 de mayo de 2001 parte de una premisa difícilmente compartible: la de que, en algún aspecto, las facultades o actuaciones de los consejeros delegados traspasen o trasciendan el vínculo orgánico de la relación de éstos con la sociedad. Entre los numerosos motivos que llevan a rechazar este argumento, quizás el más evidente, si bien no el más importante, es el que señala la naturaleza contingente de la comisión delegada, del consejero delegado, o del personal de alta dirección, frente a la necesidad del órgano de administración societaria. No existe, en nuestra opinión, facultad o función ejercitable – ya sea en la esfera interna o en la externa de la sociedad – por el consejero delegado, que resulte ajena o rebase a la del órgano de administración

de la cual, el vínculo mercantil que liga a los integrantes del órgano de administración con la sociedad, incluye y absorbe la relación laboral de alta dirección que tales integrantes pudieran haber formalizado.

El desempeño de las tareas que constituyen el objeto del contrato de alta dirección integra, en todo los casos, el ámbito competencial atribuido a los integrantes del órgano de administración. La sociedad puede contratar a un tercero ajeno al órgano para la realización de funciones directivas, y revestir tal vínculo naturaleza laboral, pero respecto de los integrantes de su órgano administrativo, y en relación con el ejercicio de tareas de gestión y administración, ni pueden coexistir simultáneamente, respecto de una misma persona, un vínculo mercantil y otro laboral especial de alta dirección, ni subsistir el laboral especial, en tanto vigente el nombramiento y aceptación del cargo. La aplicación de este criterio jurisprudencial ha supuesto, en la mayor parte de los casos, la declaración de incompetencia del orden social para conocer en las controversias suscitadas por administradores, desconociendo los contratos laborales de alta dirección que eventualmente hubieran podido ser suscritos<sup>281</sup>.

En ese caso, a los argumentos ofrecidos se uniría la imposibilidad de caracterizar la relación del integrante del órgano con la sociedad, como de naturaleza laboral. Ciertamente es que no puede identificarse la figura del empleador persona jurídica con la de su órgano de administración y, desde luego, tampoco con los sujetos que eventualmente lo integren. Sin embargo, es evidente que las facultades de dirección que la legislación laboral otorga al empleador, cristalizan y se concretan, en el caso de la persona jurídica, en su órgano ejecutivo. Cuando tal órgano se encuentra integrado por la misma persona que pretende ser considerado alto directivo, la confusión entre

---

delegante, del mismo modo que no puede el apoderado ejercer atribuciones que no tuviera originalmente atribuidas su poderdante.

<sup>281</sup> HIGUERA GARRIDO, A., “Altos directivos y administradores: estado de la cuestión” en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, N.º 24, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 86-89.

quien imparte las instrucciones y organiza el trabajo, y quien se somete en el ámbito de la relación laboral a tal autoridad, además de resultar una paradoja, impediría considerar la relación como laboral al faltar uno de sus elementos más esenciales: la ajenidad.

Todo lo anterior, es en el buen entendido de tratarse la relación laboral a que se alude, de una especial de alta dirección. Respecto a la validez del doble vínculo orgánico y laboral *ordinario*, la posición doctrinal y jurisprudencial mayoritaria es precisamente la contraria. La designación como administrador o consejero de un trabajador *ordinario* de la sociedad - aparece como una de las formas de participación en la empresa de los trabajadores que, conforme a lo dispuesto en el artículo 129.2 del Texto Constitucional, corresponde promover a los poderes públicos<sup>282</sup>. Esta “participación” se incluye en el Estatuto de los Trabajadores como uno de los derechos básicos de los mismos [art. 4.1.g), ET] y, si bien no hay norma legal que prescriba la presencia de representantes de los trabajadores en los órganos de administración de las personas jurídicas, nada impide que un trabajador de la empresa sea nombrado integrante del órgano de administración, pese a su condición de empleado de la sociedad o, precisamente por dicha causa. Así, es frecuente, que el especial conocimiento del giro de la empresa suponga un aporte valioso para el órgano de administración societaria.

Del mismo modo, siendo un integrante del órgano de administración la persona idónea para realizar una determinada tarea (ajena, claro está, a las que constituyen el objeto del contrato laboral de alta dirección), y siendo su desempeño compatible con la dedicación que requiera el cumplimiento de sus cometidos orgánicos, puede la sociedad - sin perjuicio de los obstáculos que puedan existir respecto a la autocontratación - arrendar sus servicios o establecer un vínculo laboral ordinario con aquél.

---

<sup>282</sup> Normas preconstitucionales ya reconocían ciertas formas de participación de los trabajadores en los órganos de las sociedades. Así, por ejemplo, la Ley 41/1962, de 21 de julio, sobre participación del personal en las empresas que adoptan la forma jurídica de sociedad.

Tal supuesto de autocontratación no parece poder excluirse, ni siquiera en la sociedad unipersonal. La Ley de Sociedades de Capital trata con suspicacia la autocontratación entre el socio único y la sociedad, pero no la proscribe. En su artículo 16.1, la Ley impone como carga el que dichos acuerdos se redacten por escrito o “[...] *en la forma documental que exija la ley de acuerdo con su naturaleza [...]*” y se transcriban al libro registro de la sociedad. Además será necesaria la referencia expresa e individualizada a estos contratos, con indicación de su naturaleza y condiciones en la memoria anual de la sociedad. No haciéndose así, la Ley establece la no oponibilidad de tales acuerdos a la masa, en caso de concurso, tanto del socio único como de la sociedad.

En la Sociedad de Responsabilidad limitada, el artículo 220 de la Ley de Sociedades de Capital prevé expresamente el “[...] *establecimiento o la modificación de cualquier clase de relaciones de prestación de servicios o de obra entre la sociedad y uno o varios de sus administradores*”, requiriéndose, únicamente acuerdo de la junta general que lo autorice.

En la Sociedad Laboral anónima o limitada, lo más habitual será que los administradores se designen de entre los trabajadores/socios de la persona jurídica.

En resumen, en relación con la remuneración y vínculo de administradores y consejeros con las sociedades, antes de atender los posibles efectos del concurso sobre los mismos, se podrá afirmar que respecto a la realización de cualesquiera funciones orgánicas, de gestión, administración o dirección, habrá de entenderse dichas funciones ejercidas y, en su caso, retribuidas en virtud del vínculo orgánico surgido del nombramiento y aceptación del cargo de integrante del órgano de administración societario. Tendrá por tanto, que descartarse, que respecto a las personas que integran el órgano de administración de la concursada, puedan ser aplicables las previsiones

contenidas en el artículo 65 de la Ley concursal para trabajadores de alta dirección.

Delimitado así el ámbito en que operarán las previsiones de la Ley concursal, se observa cómo su artículo 48.4 otorga al juez del concurso amplias atribuciones respecto a la adecuación de la retribución fijada estatutariamente para los administradores de la sociedad deudora. En efecto, la norma citada autoriza al juez a acordar la gratuidad del ejercicio del cargo de administrador de la persona jurídica o a reducir el importe de la retribución en función de dos criterios que - tal como indica la conjunción copulativa “y” empleada por el legislador - deberán valorarse de forma conjunta: el “contenido y complejidad de las funciones de administración” y el “patrimonio de la concursada”.

Si bien la Ley concursal autoriza al Juez que conoce del procedimiento, a reducir, incluso hasta el punto de eliminar la retribución que estatutariamente la sociedad deudora fija para los administradores, tal facultad no excluye la competencia orgánica de la Junta o Asamblea para modificar las previsiones del contrato respecto de la remuneración de la administración societaria y de sus integrantes (arts. 217 y ss., LSC).

Entendemos posible que, en este sentido, la adopción del acuerdo de modificación de estatutos se produzca incluso una vez dictado por el juez el auto por el que se reduce la retribución a percibir por los administradores, aunque, obviamente, sólo en el sentido de reducirla aún más o eliminarla por completo. En efecto, nada parece impedir que la propia sociedad decida a través de su órgano competente, establecer un régimen de remuneración del cargo de administrador o consejero más restrictivo que el decidido por el juez. No obstante, dada la innegable relevancia directa para el concurso de la decisión orgánica por la que se reduce o elimina la retribución del ejercicio del cargo de administrador, ésta deberá ser autorizada o confirmada por la administración concursal. No tendrá aquí relevancia el que el régimen de limitación del ejercicio de facultades

patrimoniales impuesto al deudor sea la intervención o la suspensión, puesto que en cualquiera de ambas hipótesis, subsiste la competencia orgánica de la Junta. Intervendrá la administración concursal, además, cuando habiendo confirmado o autorizado la decisión de la junta por ser favorable a los intereses del concurso, deban además, autorizarse o realizarse por la propia administración concursal, según el caso, actos de disposición necesarios para la ejecución del acuerdo, tales como el desembolso de los gastos vinculados a la celebración de la sesión de la junta o la inscripción del acuerdo en los registros públicos. Lo anterior, corresponde obviamente, si tal desembolso se pretende hacer disponiendo de bienes que integren la masa activa del concurso.

Aunque la Ley concursal no lo indique en forma expresa (no es necesario), es de aplicación a la resolución por la que el juez del concurso declara la gratuidad o reducción de la retribución por el ejercicio del cargo de administrador o consejero, la norma general que exige la motivación de los decretos, autos y sentencias de los órganos jurisdiccionales (arts. 208.2 y 209, párrafo primero, LEC). Por su parte, el artículo 48.4 de la Ley concursal señala al juez de la causa los criterios ya vistos, de adecuación al contenido y complejidad de las funciones de la administración societaria y al estado patrimonial de la concursada, en los que el magistrado debe fundar su decisión de reducir la retribución de los administradores. A tal fin, el juez podrá solicitar de la administración concursal, informe relativo a los extremos señalados y abrir plazo para que la concursada pueda formular las alegaciones que estime convenientes.

La reducción de la remuneración de los administradores no es una sanción<sup>283</sup> y tan solo se dirige a adecuar un aspecto de la organización societaria a las circunstancias que atraviesa la empresa en concurso. La Ley, acierta a nuestro entender, al otorgar al órgano jurisdiccional un amplio margen para apreciar las circunstancias

---

<sup>283</sup> Juzgado de lo Mercantil N.º 2 de A Coruña, Auto de 26 de septiembre de 2013. Id Cendoj: 15030470022013200002. RJ 6º: “[...] la moderación de la remuneración no constituye una sanción, ni está relacionada en forma alguna con elementos como la culpa o negligencia [...]”.

concretas del caso, cuidándose de atar la moderación retributiva al régimen de limitación del ejercicio de facultades patrimoniales del deudor o a la eventual calificación de la insolvencia. El mandato dirigido por el legislador también al juez del concurso, de conservar los bienes y derechos que integran la masa activa para la mejor satisfacción de los intereses del concurso, obliga en este caso a ponderar, por un lado la razonabilidad de una retribución que, de mantenerse, tendrá la consideración de crédito contra la masa (82.2, 9º, LC)<sup>284</sup> y, en tanto tal, habrá por lo general, de satisfacerse antes que los créditos de los acreedores concursales. Por otra parte, se deberá ponderar lo razonable de la retribución, adecuándola a lo que el estado patrimonial del deudor haga posible.

La decisión del juez, no tiene porqué limitarse a la fijación de la cuantía de la remuneración, sino que podrá considerar la modificación del mecanismo remuneratorio en su conjunto <sup>285</sup>. Deberá en todo caso atender a la mejor consecución de los intereses del concurso, lo que no implicará necesariamente el que se mantenga la remuneración exclusivamente cuando se presuma la existencia de bienes suficientes para cumplir con todas las obligaciones del deudor. En muchos casos los administradores societarios serán claves en el mantenimiento de la actividad empresarial, generando utilidades con las que sea posible satisfacer los créditos que integren la masa pasiva, o conservar los bienes de la sociedad deudora de forma que el valor de los mismos, gracias a sus gestiones, se mantenga de la forma más adecuada. En otros, la retribución obedecerá a la necesaria permanencia de los órganos de la persona jurídica. Deberá asimismo, atenderse a las condiciones en que los integrantes del órgano desempeñen sus

---

<sup>284</sup> Juzgado de lo Mercantil N.º 2 de A Coruña, Sentencia 150/2013, de 13 de septiembre. Referencia repertorio de jurisprudencia Aranzadi N.º AC/2013/1581. FD 5º.

<sup>285</sup> Así, por ejemplo, se ha considerado inadecuado el sistema remuneratorio proporcional al monto del presupuesto anual proyectado, Juzgado de lo Mercantil N.º 2 de A Coruña, Auto de 26 de septiembre de 2013. RJ 6º). No inadecuado, pero claramente incompatible con el procedimiento concursal será el sistema retributivo que tome como referencia la cifra de beneficios obtenida.



funciones, siendo preciso considerar la incompatibilidad del ejercicio del cargo con cualquier otra actividad laboral o profesional, cuando así lo demanden los estatutos sociales o el reglamento del órgano. En definitiva, la remuneración de los administradores debe guardar relación con la consecución de los intereses del concurso y la conservación de la empresa solvente pero ilíquida.

Teniendo la remuneración de los administradores, una vez declarado el concurso, la consideración de créditos contra la masa, estos deberán abonarse a sus respectivos vencimientos (art. 82.3, inciso 2º, LC), salvo que, presumiéndose la posibilidad de ser satisfechos íntegramente todos los créditos contra la masa, la administración concursal decida postergar su pago en el mejor interés del concurso (art.82.3, último inciso, LC)<sup>286</sup>. Contra tal decisión, pueden recurrir los administradores concursales o la deudora ante el juez concursal, pero les está vedado iniciar acciones judiciales para hacer efectivos los respectivos créditos, hasta la aprobación del convenio, la apertura de la liquidación o haber transcurrido un año desde la declaración del concurso, sin que se hubiese producido ninguno de estos hechos, sin perjuicio de la eventual generación de intereses (art. 84.4, LC)<sup>287</sup>.

---

<sup>286</sup> La norma solo declara impostergable el pago de los créditos de los trabajadores, los alimenticios, los tributarios y de la Seguridad Social.

<sup>287</sup> No prevé la Ley, al contrario de lo dispuesto para la indemnización por rescisión del contrato de alta dirección (art. 65.4, LC), la posibilidad de diferir el abono de los créditos contra la masa que tengan origen en la retribución del cargo de administrador, hasta que sea firme la sentencia de calificación. Creemos que de nuevo, acierta el legislador. Como ya se ha sostenido, la moderación de la retribución de los administradores societarios, no es una sanción, pero tampoco es una medida precautoria. Si existe la fundada sospecha de que quienes integran el órgano de administración serán condenados en la sentencia de calificación a la cobertura del déficit resultante de la liquidación, siempre podrá el juez, de oficio o a solicitud de la administración concursal, embargar cautelarmente bienes o derechos de los administradores y, entre ellos, la remuneración que les corresponda en el monto que resulte susceptible de embargo.

Por supuesto, todo lo dicho con anterioridad respecto de la moderación en sede concursal de las retribuciones de los integrantes del órgano de administración, solo es aplicable a las remuneraciones que se devenguen una vez declarado el concurso. Las exigibles con anterioridad a la declaración, constituyen créditos concursales, que deberán clasificarse como subordinados, en atención a la especial relación de los administradores y consejeros con el deudor (arts. 92.5 y 93.2.2º, LC), solo abonables una vez satisfechos los créditos con privilegio especial o general y los créditos ordinarios (art.158.1, LC).

### **b.- Sociedades anónimas cotizadas**

La sociedad anónima cotizada como instrumento que posibilita la canalización del ahorro privado de pequeños accionistas a grandes emprendimientos productivos, resulta imprescindible para el desarrollo y la competitividad de numerosos sectores económicos, además de ofrecer alternativas para la diversificación de las inversiones y, por consiguiente, mitigar la exposición a riesgos de consumidores y empresas. No obstante, la frecuente alienación del pequeño accionista derivada de la atomización de las inversiones, las asimetrías informacionales y la fácil transmisibilidad de las participaciones en el capital social, constituyen todos ellos, rasgos que exacerban el llamado “riesgo de agencia”, concepto que alude al eventual conflicto entre los intereses de accionistas y administradores. En este sentido, los administradores societarios actúan como una suerte de “agentes” de los socios. Agentes a los que se les otorgan amplios márgenes de autonomía, y a quienes se encomienda la defensa de los intereses de la sociedad. Con la desvinculación entre la propiedad y la gestión de la sociedad se exagera el riesgo de que se produzca este conflicto.

Para evitarlo, el moderno Derecho mercantil, no se limita al empleo de mecanismos sancionatorios ante el incumplimiento de normas imperativas, lo cual se ha demostrado insuficiente a la hora de prevenir este tipo de conflictos. La importancia de los mercados de valores, unida a los efectos desestabilizadores que las crisis de algunos

de estos agentes económicos han tenido en la economía, han llevado a los organismos de supervisión de las sociedades cuyas acciones están admitidas a cotización en mercados secundarios, y de forma destacada, a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (y, en el ámbito de su competencia, también al Banco de España), a otorgar cada vez más importancia a la adopción de medidas de “buen gobierno corporativo” o “gobernanza”, permitiendo instalar en estas sociedades, estructuras de gestión y mecanismos de salvaguarda, como instrumentos preventivos del surgimiento de problemas de agencia. Uno de los ámbitos en que estas medidas han incidido de forma más intensa, es el de la remuneración de los administradores societarios, en tanto se reconoce la política retributiva del órgano de administración, como una de las principales herramientas para lograr la alineación de los incentivos de los gestores con los de la sociedad e, indirectamente con los de sus accionistas. Los esfuerzos de los reguladores se centran promover la adopción por las sociedades cotizadas, de sistemas retributivos transparentes, que incentiven la reducción de la exposición a riesgos y la gestión prudente y se adecuen a la naturaleza, tamaño, complejidad y situación de la empresa, teniendo en consideración el sector en que opera aquella. Para la consecución de este objetivo, el marco regulatorio aplicable no se limita a un conjunto de normas legales. Los reguladores de los mercados secundarios vienen confiando en la mayor eficacia, agilidad y flexibilidad de regímenes que, además de descansar en leyes, reglamentos o disposiciones administrativas, cuentan con un conjunto de recomendaciones basadas en buenas prácticas o experiencias de éxito cuya adopción, es en principio voluntaria.

La adecuación o rechazo de los procedimientos societarios a estos estándares es publicitada por el regulador de forma tal que los agentes que operan en los mercados, cuenten con información más completa a la hora de decidir qué acciones adquirir. Se confía en la presión de los mercados como el principal mecanismo generalizador de la adopción de estas medidas.

En 2006, el Consejo de la Comisión del Mercado de Valores aprueba el Código Unificado de buen gobierno de las sociedades cotizadas junto con las recomendaciones de gobierno corporativo incluidas en la Orden ECO/3722/2003<sup>288</sup>. En 2013 se crea una Comisión de expertos con el objetivo declarado de “[...] mejorar la eficacia y responsabilidad en la gestión de las sociedades españolas y, al tiempo, situar los estándares nacionales al más alto nivel de cumplimiento comparado de los criterios y principios internacionales de Buen Gobierno”<sup>289</sup>. A resultas de los trabajos de la Comisión se elaboró un informe que contenía, por un lado, recomendaciones relativas a la modificación del marco normativo aplicable a las sociedades (incorporadas posteriormente a la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital), y por otro, sugerencias de medidas de adopción voluntaria por las empresas que sirvieron de base para la elaboración de un nuevo Código unificado de buen gobierno de las sociedades cotizadas, aprobado por acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de Valores de fecha 18 de febrero de 2015.

Este Código unificado contiene una serie de “[...] recomendaciones de seguimiento voluntario sujetas al principio de ‘cumplir o explicar’”. *Voluntariedad* sin embargo, no significa que el Código se vea reducido a una mera declaración de deseos por parte del regulador. Como ya se ha expresado, su relevancia se ve respaldada por la gran importancia que tiene para la sociedad cotizada la opinión de los mercados. En este sentido, la influencia que la adhesión a estándares de buen gobierno ejerce en la confianza de los inversores,

---

<sup>288</sup> Entre los antecedentes inmediatos de este Código Unificado se encuentran el Informe Olivencia, emitido en febrero de 1998 por la “Comisión especial para el estudio de un Código Ético de los Consejos de Administración de las Sociedades” y el “Informe Aldama”, de enero de 2003, elaborado por la Comisión especial de carácter técnico, constituida por Acuerdo del Consejo de Ministros de 19 de julio de 2002.

<sup>289</sup> Orden ECC/895/2013, de 21 de mayo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013, por el que se crea una comisión de expertos en materia de gobierno corporativo, BOE N.º 123, de 23 de mayo de 2013.

constituye un poderoso estímulo para su adopción. Además, ha de subrayarse la recepción de muchas de las recomendaciones del anterior Código unificado de 2006 en las modificaciones legislativas posteriores.

El Código unificado de 2015 se estructura en torno a “principios” rectores. El 25º, viene referido a las retribuciones del órgano de administración de las sociedades cotizadas. El principio señala cómo *“la remuneración del consejo de administración será la adecuada para atraer y retener a los consejeros del perfil deseado y retribuir la dedicación, cualificación y responsabilidad que exija el cargo sin comprometer la independencia de criterio de los consejeros no ejecutivos, con la intención de promover la consecución del interés social, incorporando los mecanismos precisos para evitar la asunción excesiva de riesgos y la recompensa de resultados desfavorables”*.

En materia de retribuciones, el Código parte del principio fundamental de autonomía privada, pero recomienda no obstante, que a la hora de fijar la estructura de la remuneración, se excluyan de la remuneración de los consejeros no ejecutivos, componentes variables vinculados a indicadores de rendimiento de la sociedad o del propio consejero (recomendación 57). En cuanto a la forma de la retribución, en la misma recomendación 57, el Código Unificado sugiere se eviten, también con relación a este tipo de consejeros, los pagos mediante acciones, opciones sobre acciones o instrumentos referenciados al valor de la acción, así como mediante sistemas de ahorro a largo plazo. La recomendación persigue evitar en lo posible, comprometer la independencia de los consejeros no ejecutivos, de forma que su retribución no dependa del buen o mal desempeño de la sociedad o de la evolución del precio de la acción, lográndose con ello instaurar un efectivo contrapoder al de los consejeros ejecutivos.

De forma diferente, en el caso de los consejeros ejecutivos, una correcta estructura de incentivos exigirá, necesariamente, que la remuneración del consejero esté en buena parte vinculada al desempeño de la sociedad, pero no se aconseja que al determinar las

referencias u objetivos, se privilegien indicadores de resultados a corto plazo o que fomenten la adopción de decisiones que promuevan la obtención de beneficios inmediatos o la revalorización a corto plazo de la cotización de las acciones de la sociedad en los mercados, en detrimento de la consolidación de la empresa o la correcta y prudente valoración de la exposición a riesgos.

Ya en relación con los efectos del concurso sobre la remuneración de los integrantes del órgano de administración de las sociedades cotizadas, ha de partirse de las normas legales que regulan este aspecto de la organización societaria.

Destaca entre las normas que regulan la retribución de los consejeros de las sociedades cotizadas la inversión del régimen general aplicable a la retribución de integrantes del órgano de administración de las sociedades de capital. Si con carácter general, se considera el ejercicio del cargo de administrador o consejero de una sociedad de capital ejercido a título gratuito, salvo mención estatutaria en contra, en el caso de las sociedades anónimas cotizadas, la regla es la opuesta, ya que este ejercicio es necesariamente remunerado, salvo que los estatutos sociales contengan la previsión de su carácter gratuito (art. 529 *sexdecis*, LSC).

La Ley de Sociedades de Capital dedica su Título XIV a las sociedades anónimas cotizadas. La Ley exige que el órgano de administración de estos entes adopte la estructura de un consejo de administración (art. 529 *bis*, LSC) y se dote a sí mismo de un reglamento de funcionamiento (art. 528, LSC). El artículo 529 *duodecis*, señala los distintos tipos de consejeros que podrán integrar el consejo de administración, distinguiendo consejeros ejecutivos de consejeros no ejecutivos. Son ejecutivos los consejeros que desempeñan “[...] *funciones de dirección en la sociedad o su grupo, cualquiera que sea el vínculo jurídico que mantengan con ella*” (art. 529 *duodecis.1*, LSC). Los consejeros que no realicen funciones de dirección se clasifican en “[...] *dominicales, independientes u otros externos*” (art. 529 *duodecis.2*, LSC). Son “dominicales” los

consejeros que posean una participación accionarial igual o superior a la que se fije legalmente como relevante, o sin importar su participación, cuando su nombramiento obedezca a su condición de accionistas, o representen a accionistas titulares de participaciones relevantes, así como los consejeros que sean altos directivos o consejeros de sociedades pertenecientes al grupo de la entidad dominante de la sociedad (arts. 529 *duodecis*.3 y 1, párrafo segundo, LSC).

Por el contrario, serán consejeros independientes aquellos que, “[...] *designados en atención a sus condiciones personales y profesionales, puedan desempeñar sus funciones sin verse condicionados por relaciones con la sociedad o su grupo, sus accionistas significativos o sus directivos [...]*” (art. 529 *duodecis*.4, párrafo primero, LSC).

En el seno del consejo de administración de la sociedad cotizada deberá crearse una “comisión de nombramientos y retribuciones” o dos comisiones separadas, una de nombramientos y otra de retribuciones (art. 529 *terdecis*.2, LSC). Compete a esta comisión, “*la facultad de proponer al consejo de administración la política de retribuciones de los consejeros y de los directores generales o de quienes desarrollen sus funciones de alta dirección bajo la dependencia directa del consejo, de comisiones ejecutivas o de consejeros delegados, así como la retribución individual y las demás condiciones contractuales de los consejeros ejecutivos, velando por su observancia*” [art. 529 *quindecis*.3. g), LSC]. La Ley societaria pretende con esta figura, establecer un control independiente sobre la política retributiva de la sociedad, de sus consejeros y directivos. A tal fin, se establecen reglas indisponibles sobre la composición de la comisión de retribuciones, de forma tal que se excluyan de la misma a los consejeros ejecutivos y se asegure una mínima cuota de participación (al menos dos) de consejeros independientes (art. 529 *quindecis*.1, LSC). A través de los estatutos o del reglamento del consejo de administración, se deberá regular la composición y funcionamiento de la comisión de nombramientos y retribuciones

*“[...] debiendo favorecer la independencia en el ejercicio de sus funciones [...]”.*

La política de remuneraciones a que alude la Ley societaria deberá asimismo, contemplar la remuneración del cargo de consejero en su condición de tal, incluyendo *“[...] necesariamente el importe máximo de la remuneración anual a satisfacer al conjunto de los consejeros en aquella condición”* (art. 529 septdecis.1). El reparto y asignación a cada concreto consejero de su parte, de tal remuneración, le corresponde al propio consejo de administración que, a tal efecto, deberá considerar *“[...] las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero, la pertenencia a comisiones del consejo y las demás circunstancias objetivas que considere relevantes”*.

En lo referente a la remuneración de los consejeros por el desempeño de funciones ejecutivas, la Ley, en su artículo 529.2 octodecies, atribuye también al consejo de administración la facultad de *“[...] fijar la retribución de los consejeros por el desempeño de funciones ejecutivas y los términos y condiciones de sus contratos con la sociedad [...]”*. No obstante, en el ejercicio de esta competencia, el consejo deberá sujetarse a la regulación fijada en la política retributiva, formulada por la comisión de nombramientos y retribuciones (o por la comisión de retribuciones, si fuera el caso) y aprobada por el órgano deliberativo de la sociedad, vigente por un periodo de tres ejercicios, regulación cuyo contenido necesario, respecto a la remuneración del ejercicio de facultades ejecutivas, la Ley detalla de forma especialmente minuciosa<sup>290</sup>.

---

<sup>290</sup> Además de atenderse a los requisitos formales y procedimentales establecidos en el artículo 249.3 de la Ley de Sociedades de Capital (celebración de un contrato entre el consejero y la sociedad; aprobación del contrato por dos tercios de los integrantes del consejo de administración, excluido el consejero afectado, e incorporación al acta de la sesión; detalle exhaustivo de todos los conceptos remuneratorios incluyendo, en su caso, la eventual indemnización por cese anticipado en dichas funciones y las cantidades a abonar por la sociedad en concepto de primas de seguro o de contribución a sistemas de ahorro), deberá atenderse a lo previsto en la política retributiva que, como mínimo señalará *“[...] la cuantía de la retribución fija anual y su variación en el periodo al que la política se refiere, los*



Así, sintetizando el régimen previsto para las remuneraciones de consejeros de la Ley de Sociedades de Capital, la competencia orgánica para su fijación corresponde al propio consejo de administración, sujeto, eso sí, a la política de retribuciones elaborada por la comisión que se crea a tal efecto y que la Ley quiere sea tan independiente de los consejeros que ejerzan funciones ejecutivas como sea posible. No obstante, el órgano de deliberación de la sociedad, podrá desconocer la política retributiva, fijada pues, en definitiva, en la protección que la Ley impone, y acordar de forma expresa el otorgamiento de retribuciones a determinados consejeros (art. 529 *novodecies.* 5, LSC).

Además de las previsiones vistas, la ley de Sociedades de Capital, contiene, en relación con la retribución de los consejeros de sociedades cotizadas, normas dirigidas a facilitar su supervisión y publicidad. En tal sentido, impone al consejo de administración el deber de elaborar un “informe anual sobre remuneraciones de los consejeros” (art. 541, LSC). Este informe, que tiene la consideración, a efectos de su difusión, de “hecho relevante”, se deberá publicar junto con el “informe anual de gobierno corporativo” y comunicar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

¿Cómo operan las peculiaridades del régimen de remuneración de los consejeros de sociedades cotizadas en el marco del concurso? En esencia, nada ha de añadirse respecto a las facultades ya reseñadas del juez que conoce del procedimiento, para eliminar o reducir las retribuciones que los administradores de la sociedad concursada. No obstante, tal y como se ha expuesto, son numerosas las normas, que en atención al tamaño y relevancia de la sociedad cuyas acciones están admitidas a negociación en un mercado bursátil, inciden sobre la

---

*distintos parámetros para la fijación de los componentes variables y los términos y condiciones principales de sus contratos comprendiendo, en particular, su duración, indemnizaciones por cese anticipado o terminación de la relación contractual y pactos de exclusividad, no concurrencia post-contractual y permanencia o fidelización” (art. 529 *octodecies.* 1, LSC).*

remuneración de los administradores. Al respecto, deberán atenderse varios caracteres de este régimen. Así, se deberá determinar si la declaración de concurso supone exceptuar la aplicación de alguna de las previsiones de la Ley de Sociedades de Capital o de la Ley del Mercado de Valores, que rigen la retribución de los administradores de este tipo de sociedades. En relación con el tema anterior, también habrá de considerarse si la exigencia legal de mantenimiento de los órganos de la persona jurídica concursada (implica también la continuidad de la comisión de retribuciones o comisión de nombramientos y retribuciones), así como la vigencia y aplicabilidad de la política de retribuciones formulada por la comisión. Se analizará también la necesidad de elaboración, y remisión a las autoridades rectoras de los mercados, de los informes sobre retribuciones. Del mismo modo, habrá de examinarse la comunicación de las decisiones jurisdiccionales, que en relación al concurso puedan eventualmente adoptarse.

El artículo 33.1 de la Ley del Mercado de Valores faculta a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (o a la autoridad autonómica competente, cuando los instrumentos se negocien exclusivamente en su ámbito territorial), a suspender “[...] *la negociación de un instrumento financiero en los mercados secundarios oficiales españoles en que esté admitido cuando concurren circunstancias especiales que puedan perturbar el normal desarrollo de las operaciones sobre ese instrumento financiero o que aconsejen dicha medida en aras de la protección de los inversores*”. La declaración de concurso de la sociedad emisora, suele interpretarse por la Comisión Nacional del Mercado de Valores como una circunstancia perturbadora del normal desarrollo de las operaciones. No obstante, la suspensión es una simple medida precautoria y revisable, por lo que no resulta razonable deducir de la misma, la pérdida de la condición de sociedad cotizada de la deudora. Entendemos que tal pérdida, y con ella la exclusión del conjunto de normas aplicables a la sociedad por negociar instrumentos en un mercado de valores, tan solo se pierde, de forma irreversible, tras la exclusión de negociación de los instrumentos emitidos por la

sociedad, exclusión que podrá acordar la Comisión Nacional del Mercado de Valores (o autoridad autonómica competente), entre otros casos, cuando en el marco del procedimiento concursal se abra la fase de liquidación (art. 34.1, LMV).

En tanto no se produzca la exclusión de la negociación, en nuestra opinión, sería plenamente aplicable a la sociedad anónima concursada, el conjunto de normas de las entidades cotizadas, y en particular, las relativas a la existencia y funcionamiento de la comisión responsable de la política de retribuciones (pues, tal como se ha indicado con anterioridad, es tal comisión necesaria en la sociedad cotizada), así como todas las obligaciones relativas a la publicidad de dicha política y de las remuneraciones efectivamente recibidas por los consejeros de la sociedad. Del mismo modo, subsiste la obligación de elaboración y presentación de informes a los organismos rectores de los mercados.

Ahora bien, debe recordarse que, una vez declarado el concurso, cualquier decisión del consejo o de la junta, relativa a la remuneración de los administradores sociales, constituirá indefectiblemente un acto de disposición o administración sometido a autorización o confirmación de la administración concursal (y eventualmente del juez), en caso de intervención de las facultades patrimoniales de la deudora. En supuesto de suspensión de dichas facultades, cabe interpretar que, conforme a la previsión del artículo 48.3, párrafo primero de la Ley, las facultades de administración y disposición - y entre ellas, la relativa a la fijación de las políticas retributivas y de las retribuciones mismas, propias del órgano de administración o liquidación - pasarán a la administración concursal.

Tanto cuando se establezca un régimen de intervención, como cuando se suspenda el ejercicio de las facultades retributivas del deudor, el juez del concurso podrá dictar resolución ajustando o eliminando la retribución de los consejeros. Empero, ello constituye una facultad, pudiendo en principio el juez del concurso, no modificar

las retribuciones establecidas con anterioridad a la declaración o durante la sustanciación del procedimiento concursal.

En el supuesto de suspensión, como ya hemos indicado, es la administración concursal quien asume las competencias que, en materia retributiva correspondían al órgano de administración y a su comisión de retribuciones, por lo que cabe plantearnos si, en ejercicio de las facultades de administración y disposición de la concursada, podrá o incluso deberá la administración concursal elaborar una política de retribuciones, someterla a la aprobación de la Junta y remitirla a los supervisores competentes en los casos en que se exija así por la legislación societaria y de mercados de valores <sup>291</sup>. En principio creemos que no. La atribución de competencia al juez del concurso para adecuar la remuneración de los consejeros de la sociedad concursada a la situación de la empresa durante el concurso excluye, en nuestra opinión que, de forma autónoma, la administración concursal ejerza el haz de competencias que en materia retributiva corresponden a la administración societaria. Entendemos asimismo, que hasta que no se excluya la cotización de las acciones de la concursada, sigue siendo plenamente exigible el cumplimiento de los deberes de publicidad e información relativos a la remuneración de los administradores. Sin embargo, la satisfacción de los fines que persiguen tales normas también se alcanza mediante la comunicación y publicidad del contenido de la resolución judicial por la que se modifican las disposiciones estatutarias.

Tratándose de la intervención del ejercicio de facultades patrimoniales del deudor es, por el contrario, plena e íntegramente aplicable la regulación especial relativa a la remuneración de consejeros de las sociedades cotizadas, en tanto el juez no acuerde el carácter gratuito del ejercicio del cargo de consejero de la concursada o se excluya de cotización los instrumentos emitidos por la deudora.

---

<sup>291</sup>Por más que inusual, no sería impensable que el juez del concurso mantuviese, aunque reducida, la retribución del órgano de administración societario en caso de suspensión. Por ejemplo, cuando el consejo se encuentre elaborando una propuesta de convenio o negociando la misma con los acreedores.

Ello porque, como ya se ha sostenido en el presente capítulo, en tanto se trate del régimen de intervención, y no habiendo decretado el juez la gratuidad del cargo de consejero, siempre cabrá a los órganos de la sociedad reducir, disminuir en mayor medida que lo indicado por el juez, o eliminar la retribución de los consejeros. En esta hipótesis, será el consejo y su comisión de retribuciones quienes continuarán siendo competentes en materia retributiva, si bien precisarán de la conformidad de la administración concursal respecto de las decisiones que adopten e informes que formulen a este respecto.

## **C.- Cooperativas, asociaciones y fundaciones**

### **a.- Cooperativas**

La remuneración de los administradores o integrantes del consejo rector de las entidades cooperativas es regulada de forma heterogénea en las diversas normas estatales y autonómicas aplicables. Común a la mayoría de las regulaciones es la presunción de gratuidad del ejercicio del cargo de administrador o miembro del consejo rector de las cooperativas, admitiéndose generalmente la previsión estatutaria y, alternativa o complementariamente, la decisión de la asamblea que establezca la retribución de los cargos.

Cabe, en primer lugar, distinguir las regulaciones que contemplan con reservas la remuneración de administradores y consejeros que sean, a su vez, socios de la cooperativa. La Ley estatal en su artículo 40 prevé la posibilidad de que los estatutos cooperativos establezcan el sistema y criterios que permitan a la Asamblea fijar una remuneración, pero exclusivamente para los consejeros o interventores “no socios”<sup>292</sup>. De esta manera se establece una presunción general de

---

<sup>292</sup> Pese al tenor literal de la norma, la doctrina mayoritaria ha sostenido que la posibilidad de remuneración de los consejeros e interventores debe entenderse también extensible a los socios que desempeñen tales cargos. GARCÍA ÁLVAREZ, B., “La retribución de los miembros del consejo rector o de los administradores en las sociedades cooperativas”, *REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos*, vol.

gratuidad del desempeño del cargo, solo exceptuable cuando así lo determine la voluntad cooperativa en sus estatutos. De forma semejante, la Ley 1/2003 de 20 de marzo, de cooperativas de las Illes Balears coincide con la regulación estatal y restringe, la posibilidad de retribuir a los miembros del consejo rector, al supuesto de que no sean éstos socios de la cooperativa y siempre que así lo prevean los estatutos, confiando la determinación del sistema y los criterios de remuneración a la Asamblea (art. 62, LCoop IB).

Otra tendencia claramente identificable en la legislación cooperativa autonómica es la que liga la remunerabilidad del ejercicio de cargos al ejercicio de tareas de gestión. Así, el Decreto Legislativo 2/2014, de 29 de agosto, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Cooperativas de Aragón, prevé en su artículo 39.2, la remuneración del cargo de integrante del consejo rector o de administrador, condicionando tal posibilidad a la realización de “[...] *tareas de gestión directa*”. Asimismo, el legislador cooperativo catalán, también vincula a la realización de tareas de gestión directa, la posibilidad de remuneración del ejercicio del cargo de miembro del consejo rector. La retribución, en ese caso, podrá hacerse constar en los estatutos o decidirse por la asamblea (art. 43.2, LCoop CAT). Por su parte, la legislación cooperativa extremeña, también relaciona la posibilidad de que los estatutos o la asamblea establezcan una remuneración al ejercicio de cargo de consejero o administrador de la cooperativa, exclusivamente cuando se realicen tareas de gestión directa, prohibiendo que, en tal caso, la retribución que se fije haga referencia a los resultados del ejercicio social (art. 38.6, LCoop EXT).

Las leyes 6/2013, de 6 de noviembre, de Cooperativas de Cantabria y 4/2002, de 11 de abril, de Cooperativas de la Comunidad de Castilla y León, con casi idéntica redacción, autorizan a la asamblea a asignar remuneraciones a los miembros del consejo rector que efectúen tareas encomendadas por ella (art. 53, párrafo primero,

LCoop CANT y 50, párrafo primero, LCoopCyL). La expresión utilizada en las leyes cántabra y castellano-leonesa (“tareas encomendadas”) dada su amplitud, parece no excluir que se entiendan comprendidas entre las tareas encomendables y, por tanto retribuíbles, a todas las facultades que legal o estatutariamente tenga atribuidas el órgano de administración en sí mismo, así como cada uno de sus integrantes, individualmente considerados, y también cualesquiera otras que el órgano deliberativo de la cooperativa cántabra les encomiende. Prohíben de forma expresa los legisladores autonómicos cántabro y leonés (como ya se indicó, lo hace a su vez la legislación cooperativa extremeña), que la remuneración se fije en relación con los resultados económicos del ejercicio social (arts. 53, párrafo segundo, LCoop CANT y 50, párrafo segundo LCoopCyL).

Un tercer grupo de normas, siguiendo también el criterio que liga remuneración a ejercicio de tareas de gestión, son aún más concretas, al señalar los específicos cargos que bien realizarán tales cometidos, o bien asumirán deberes y competencias adicionales a las del consejero ordinario. La Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de Sociedades Cooperativas Andaluzas, por ejemplo, limita la retribución únicamente al ejercicio de la presidencia y secretaría del consejo rector, a los integrantes de la comisión ejecutiva, del comité técnico o la intervención, además de a los consejeros delegados, administradores únicos, personas administradoras solidarias y liquidadores. Se exige no obstante, previsión estatutaria y decisión de la asamblea, relativa al sistema de retribución y su cuantificación (art. 49, párrafo primero, LCoop AND). De forma semejante, la Ley Cooperativa Valenciana, establece con carácter general, el carácter gratuito del ejercicio del cargo de administrador o integrante del consejo rector, permitiendo sin embargo, que los estatutos prevean remunerar los cargos de “[...] *administrador único y los de administrador mancomunado o solidario, así como los de consejero delegado o miembro de la comisión ejecutiva*” debiendo en tal caso los estatutos establecer el régimen de retribución, quedando la fijación de la concreta cuantía a la asamblea (art. 46.5, LCoop VAL).

Un cuarto grupo de normas, centran el foco de la regulación de las remuneraciones del órgano de administración cooperativo, no tanto en las concretas funciones, sino en el aseguramiento de la estabilidad financiera de la entidad y la protección de los intereses de los socios. Tal característica, se comprueba en la Ley 11/2010, de 4 de noviembre, de Cooperativas de Castilla-La Mancha, que parte también de la gratuidad del desempeño del cargo, permitiendo, no obstante, el que se remunere a los administradores e integrantes del órgano de administración. La norma establece al respecto - de forma similar a como señala la regulación estatal de Sociedades de Capital - la reserva estatutaria, al indicar que la previsión de remuneración de los administradores deberá determinar “[...]el sistema y los criterios para que la asamblea fije la remuneración” (art. 60.1, párrafo primero, LCoop CLM). El sistema que eventualmente adopte la cooperativa para remunerar a su administración deberá en todo caso guardar proporción con “[...]las prestaciones efectivas realizadas en el ejercicio del cargo y al volumen económico de la cooperativa” (art. 60.1, párrafo segundo, inciso primero, LCoop CLM). Pero además, la ley castellano-manchega introduce también una serie de recaudos dirigidos a proteger al patrimonio cooperativo y los intereses de los socios, al permitir el abono de retribuciones solo con cargo a “[...]excedentes disponibles, lo que no podrá impedir la cobertura de los Fondos obligatorios y estatutarios, ni la posibilidad de retornos” (art. 60.1, párrafo segundo, inciso final, LCoop CLM). De forma similar, la Ley 4/1999, de 30 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid, permite que los consejeros reciban remuneraciones de la cooperativa, si bien establece reserva estatutaria en el caso de tratarse de consejeros no independientes, adoptando los mismos requisitos vistos en la ley castellano-manchega en relación con la necesaria cobertura de los fondos legales y estatutarios y el reparto de retornos (art. 43.5, párrafo primero, LCoop MAD).

Los legisladores murciano, asturiano, gallego, vasco y riojano, establecen también la reserva estatutaria para la remuneración de cualquiera de los consejeros o administradores (arts. 58, LCoop MUR; 76, LCoop AST; 47 LCoop GAL; 43, párrafo primero LCoop PV; y



51, párrafo primero, LCoop LR), si bien no condicionan el pago de las retribuciones a la existencia de excedentes ni a la cobertura de Fondos o la distribución de retornos.

La Ley Foral 14/2006, de 11 de diciembre, de Cooperativas de Navarra, por último, no contiene disposición general alguna con relación a la eventual retribución de los administradores de la cooperativa navarra.

Hasta aquí, la regulación de la retribución del ejercicio de estos cargos, en general. En determinados casos, la prohibición de remunerar a administradores y consejeros de la cooperativa por razón de sus cargos, aparece formulada como absoluta respecto de algún tipo particular de cooperativa. Así, por ejemplo, la ley navarra establece la prohibición absoluta e incondicionada de retribuir a los miembros del consejo rector de cooperativas de viviendas (art. 68.4, LCoop NAV). Prohibición ésta, que también contiene la normativa estatal respecto a tal clase de cooperativa (art. 89.6, párrafo segundo, LCoop).

De la somera exposición del régimen cooperativo aplicable a la retribución de los integrantes del órgano de administración, surgen algunas interrogantes y varias certezas en relación con el eventual impacto de las previsiones de la Ley concursal.

La única nota en común de todas las normas cooperativas, estatales y autonómicas a este respecto, consiste en la presunción de gratuidad del desempeño de los cargos de administrador o integrante del órgano de administración de la cooperativa. Por consiguiente, no existiendo mención en los estatutos (o disposición asamblearia, en algunos casos) a la retribución del órgano de administración, no cabrá entender que el mismo sea remunerado. Por otro lado, queda claro, en nuestra opinión, que no será posible, una vez declarado el concurso, que se retribuya a los integrantes del órgano de administración de las cooperativas a las que les sean aplicables las previsiones de la legislación cooperativa castellano-manchega o

madrileña. Ambas normas supeditan la posible remuneración a la cobertura de las reservas legales y estatutarias y a la posibilidad de retornos. Es obvio que la insolvencia, ya real, ya inminente de la cooperativa, hace muy difícil considerar que la misma sea compatible con la existencia de excedentes, cuando el ente no puede (o no podrá, en un futuro muy próximo) hacer frente a sus obligaciones. Lo dicho debe hacerse extensible a cualquier cooperativa, con independencia del régimen legal al que se encuentre sometida, cuando sus estatutos así lo establezcan.

Además, tal y como se ha señalado, en varias normas cooperativas (Aragón, Cataluña y Extremadura) sólo es posible la remuneración de aquellos administradores o consejeros que realicen funciones de gestión directa, funciones cuyo ejercicio podría ser que deviniese imposible si, suspendido el ejercicio de las facultades de administración o disposición de la cooperativa concursada y sustituyendo los administradores concursales a los administradores cooperativos o al consejo rector, se entendiera que todas las actividades calificables como de gestión directa fuesen, en esta hipótesis, ejercitables solo por la administración concursal. En principio, verificándose este supuesto, creemos que el juez del concurso, en ejercicio de las prerrogativas que la Ley le concede (art. 48.4, LC), deberá declarar la gratuidad del ejercicio de los cargos, y si, por cualquier causa no lo hace, quienes desempeñen las funciones de administración concursal deberán abstenerse de realizar cualquier acto de disposición en que las retribuciones pudieran concretarse. En efecto, el establecimiento del régimen de suspensión, si bien no hace imposible, sí convierte en extremadamente remota la posibilidad de que puedan darse las condiciones (ejercicio efectivo de funciones de gestión directa) a las que, en estas hipótesis, se condiciona el carácter remunerado del ejercicio de los cargos.

## **b.- Asociaciones y fundaciones**

Respecto de las asociaciones, y a diferencia de fundaciones y cooperativas, no existe, en principio, limitación alguna en cuanto a la

posibilidad de remunerar a las integrantes de su órgano de administración, tanto en las asociaciones de interés particular, como en aquellas declaradas de utilidad pública.

A los meros efectos del tratamiento concursal de la remuneración que pudiera fijarse respecto del ejercicio del cargo de administrador de una asociación, creemos no existe razón alguna para que no sea de aplicación, también aquí, una vez fijada la remuneración, el régimen correspondiente y ya analizado, relativo al de sociedades de capital.

Con relación a las fundaciones, cabe manifestar que los patronos integrantes del órgano colegiado de administración de las fundaciones no son retribuidos por el ejercicio de su cargo. Así lo establece expresamente la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones estatal, en su artículo 4, párrafo primero. Ello no impedirá que se reembolse a los patronos los “gastos debidamente justificados que les ocasione el ejercicio de su función”, pero tal reembolso carece de naturaleza retributiva. La Ley estatal, tan solo prevé el que el Patronato pueda acordar la fijación de una retribución para sus integrantes cuando se den tres condiciones simultáneamente: la primera y más importante, consiste en que la remuneración recibida retribuya servicios prestados a la fundación “[...] distintos de los que implica el desempeño de las funciones que les corresponden como miembros del Patronato”; la segunda refiere a la exigencia de que la voluntad fundacional no prohíba expresamente este tipo de retribución; por último, la tercera, precisa que antes de adoptar la decisión de retribuir a un patrono, el Patronato deberá recabar la autorización del Protectorado de fundaciones estatal.

Respecto a la normativa autonómica relativa a la remuneración del ejercicio del cargo de patronos de fundaciones de ámbito autonómico, las leyes andaluza (art. 19.1 y 2, Ley 10/2005, de 31 de mayo, de fundaciones); gallega (art. 23.1 y 2, Ley 12/2006, de 1 de diciembre de fundaciones de interés gallego) y madrileña (art. 6 párrafo primero y segundo, Ley 1/1998 de 2 de marzo, de fundaciones

de la Comunidad de Madrid), coinciden sustancialmente con la redacción empleada por la Ley 50/2002 de 26 de diciembre. El libro III del Código Civil Catalán, en su artículo 332-10.1, tan sólo añade a lo previsto en la normativa estatal, el reconocimiento expreso del derecho de los patronos a que la fundación les indemnice por los daños y perjuicios que sufran por razón del ejercicio de su cargo. Por su parte, la Ley 1/2007 de 12 de febrero, de fundaciones de la Comunidad Autónoma de la Rioja, puntualiza los gastos reembolsables a los patronos, limitándolos a los de locomoción, mantenimiento y estancia, marcando como límite a su monto, aquel que la legislación estatal sobre IRPF considere exceptuado de gravamen (art. 16.2, LF RIOJ).

Más severas, la Ley 81/1998, de 9 de diciembre, de fundaciones de la Comunidad Valenciana, en su artículo 13.5; la Ley 2/1998, de 6 de abril, de fundaciones canarias en su artículo 19; y la Ley 13/2002 de 15 de julio, de fundaciones de Castilla y León, en su artículo 13.4, que excluyen, por completo y en todo caso, la retribución a los patronos de las Fundaciones de sus respectivos ámbitos territoriales.

Diferentemente, la Ley 12/1994, de 17 de junio, de fundaciones del País Vasco, en su artículo 18, permite la remuneración de los patronos cuando el fundador así lo prevea expresamente.

Solo en el caso de las fundaciones a las que les sea aplicable la legislación vasca, se planteará la eventualidad de la remuneración del cargo de consejero. En tal supuesto, entendemos que nada impedirá que se aplique íntegramente al patrono de fundación vasca las consideraciones hechas en relación con los administradores de las sociedades y que damos por reproducidas aquí.

#### **D.- Especificidades con relación al concurso de grupo**

Respecto a los eventuales efectos del concurso en la retribución de los integrantes de los órganos de administración de sociedades pertenecientes a un grupo, en principio tampoco se

aprecia ninguna razón para que se aplique un régimen distinto del expuesto en relación con el administrador o integrante del consejo de administración de la persona jurídica que no forma parte de un grupo.

Declarado el concurso de dos o más sociedades que formen parte de un mismo grupo de sociedades, definido conforme a las notas características señaladas en el artículo 42 del Código de Comercio, la Ley concursal española mantiene la tramitación separada, si bien coordinada, del concurso de cada una de las personas jurídicas.

Es en nuestra opinión razonable y adecuada al mandato contenido en el artículo 25 *ter*. 1 de la Ley concursal, de tramitación coordinada, que declarándose el concurso de varias sociedades pertenecientes a un mismo grupo, y reuniendo una misma persona las calidades de consejero o administrador de varias de éstas sociedades concursadas, tal hecho sea tenido en cuenta por el juez que conozca del concurso del grupo. Al darse la hipótesis descrita, creemos que el órgano jurisdiccional podrá apreciar el conjunto de las retribuciones que, en calidad de integrante de los órganos de administración de las concursadas pertenecientes al mismo grupo, el administrador reciba. Del mismo modo, podrán valorarse el conjunto de las obligaciones del consejero o administrador, su contenido y complejidad, así como el patrimonio de las personas jurídicas insolventes, para decidir sobre la conveniencia de declarar gratuito el ejercicio del cargo, cuando este fuera remunerado, o para adecuar su monto y modalidad a las circunstancias que atraviesan las sociedades del grupo en estado de insolvencia.

Al margen de lo anterior, las muchas e importantes consecuencias que para la remuneración del consejero, tiene la vinculación de éste a varias sociedades pertenecientes a un mismo grupo - entre las que podemos citar como una de las más importantes su eventual consideración como consejero independiente o dominical - ello no supondría, una vez declarado el

concurso y a los solos efectos de la modificación de la retribución a percibir por razón del ejercicio de su cargo, mayor diferencia.

## **II.- Régimen jurídico uruguayo**

### **A.- Consideraciones generales**

Como ya se indicó anteriormente, la declaración judicial de concurso afecta las facultades del deudor con alcance diverso, según se suspenda o limite la legitimación para disponer y obligar a la masa designándose, según el caso, un síndico o un interventor.

La normativa concursal exceptúa de la suspensión o limitación de la legitimación del deudor para disponer, a *“los actos personalísimos o referidos a bienes inembargables, la presentación de propuestas de convenio y la impugnación o interposición de recursos contra la actuación del síndico o del interventor y contra las resoluciones judiciales”* (art. 45.6, LCRE).

En lo relativo a los efectos de la declaración judicial del concurso respecto del funcionamiento de los órganos sociales de la persona jurídica concursada, la alteración alcanza su mayor intensidad en caso de suspensión de la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa. El artículo 48 de la LCRE indica - en caso de suspensión de la legitimación - que el síndico ejercerá las facultades atribuidas legal y contractualmente a los administradores o liquidadores, los que *“perderán el derecho a percibir remuneración”*.

Doctrinariamente, se ha planteado si la pérdida del derecho de percibir remuneración rige con respecto a las generadas con posterioridad a la fecha de declaración del concurso, o si también resulta aplicable a los créditos ya devengados y adeudados a los administradores o liquidadores. Se considera que la norma refiere a las

remuneraciones futuras, lo que es obvio y no admite discusión alguna<sup>293</sup>.

Ésta opinión resulta consolidada por lo dispuesto en los artículos 110.1 párrafo segundo y 112.2 literal B) de la LCRE, los que incluyen como créditos concursales, aquéllos generados antes de la declaración de concurso por parte de los administradores o liquidadores de la persona jurídica.

En cuanto a los efectos del concurso respecto de los órganos de la persona jurídica en caso de limitación de la legitimación del deudor, el artículo 49 de la LCRE señala que los referidos órganos se mantendrán en funcionamiento.

El mantenimiento de los órganos de la persona jurídica en caso de limitación de la legitimación del deudor, implica que los mismos sigan en funcionamiento durante la tramitación del procedimiento concursal. A diferencia del supuesto de suspensión de la legitimación, la normativa concursal no realizar referencia alguna respecto a la posibilidad de recibir remuneración los miembros de los distintos órganos de la persona jurídica concursada, por la función que despliegan. No existiendo entonces, disposición que quite o retire el derecho a percibir retribución, nada impide al administrador o integrantes del órgano de administración, a continuar percibiendo la remuneración establecida.

---

<sup>293</sup> HEUER, F. – RODRÍGUEZ MASCARDI, T., en “Las Pericias en...”, *op. cit.*, p. 194. Estos autores al afirmar que la disposición referida regula sobre remuneraciones futuras de los administradores, entienden que ello será razonable en la medida que “*en el caso de suspensión de la legitimación, los administradores o liquidadores ya no ejercerán sus funciones sino que serán desplazados por el síndico*”. Cabe advertir que no es correcto afirmar “*que no ejercerán sus funciones*”, ya que aunque la mayoría de ellas las pasa a ejercer el síndico, quedan exceptuados de la suspensión, los actos “*referidos a bienes inembargables, la presentación de propuestas de convenio y la impugnación o interposición de recursos contra la actuación del síndico o del interventor y contra las resoluciones judiciales*” (art. 45.6, LCRE).

Diferente es el caso de suspensión de la legitimación para disponer. También subsisten los órganos de la persona jurídica. Sin embargo, la LCRE preceptúa que el síndico ejercerá las facultades de administración y que los administradores naturales de la persona jurídica perderán derecho a recibir remuneración.

En el Derecho positivo uruguayo, no existe norma legal que determine, como principio general, la gratuidad u onerosidad en el desempeño del cargo de administrador o integrante del órgano de administración de una persona jurídica. La percepción o no de remuneración es, pues, resorte de lo que se estipule contractual o estatutariamente, o mediante decisión del órgano deliberativo. Sin embargo, encontramos disposiciones normativas que determinan topes de remuneración para los integrantes del órgano de administración de las personas jurídicas<sup>294</sup>.

En las denominadas “sociedades personales” (aquellas en las que interesa preferentemente la persona de los socios y que su constitución se lleva a cabo teniendo en consideración los sujetos que la integran, existiendo como basamento la confianza recíproca entre los mismos), suele ocurrir que las calidades de administrador y la de socio, coinciden en la misma persona. En estos casos, los integrantes del órgano de administración, verán recompensado su esfuerzo en la distribución de las utilidades que arroje el ejercicio económico de la

---

<sup>294</sup> El artículo 385 de la Ley de sociedades Comerciales N° 16.060, dispone, en sede de sociedades anónimas: *“(Remuneración). El estatuto podrá establecer la remuneración del administrador o de los directores. En su defecto, lo fijará la asamblea anualmente. En ningún caso el monto máximo de las retribuciones que como tales podrán recibir el administrador o los directores en conjunto, excluidos sueldos y otras remuneraciones por el desempeño de funciones técnico-administrativas de carácter permanente, podrá exceder el 10% (diez por ciento) de las ganancias en el primer caso y el 25% (veinticinco por ciento) en el segundo. Tales montos se limitarán al 5% (cinco por ciento) cuando no se distribuyan dividendos a los accionistas, incrementándose proporcionalmente a la distribución, hasta alcanzar aquellos límites, cuando se reparta el total de las ganancias. A los fines de la aplicación de esta disposición no se tendrá en cuenta la reducción en la distribución de dividendos resultante de deducir las retribuciones del administrador o del directorio”*.



persona jurídica, así como en el eventual aumento de sus respectivas participaciones sociales.

No suele ocurrir lo mismo, en el caso de las grandes sociedades mercantiles (las que escasean en Uruguay), generalmente, sociedades anónimas abiertas, las cuales podrían recurrir al ahorro público para la conformación de su capital inicial<sup>295</sup>, en busca de financiamiento o para aumentar el capital. En estos entes societarios, donde existe atomización de capital, con accionistas desinteresados en involucrarse en la gestión de la sociedad, generalmente la administración de la persona jurídica, recae en administradores profesionales, quienes reciben por su función, una remuneración acorde a la misma.

Son escasas las disposiciones en la que la ley concursal uruguaya refiere a las retribuciones de los *directores o administradores, miembros del órgano de control interno y liquidadores* de la deudora. En todo caso, tal referencia está solo relacionada con créditos concursales, o sea, aquellos que se generan con anterioridad a la fecha de declaración de concurso.

En ese sentido, la LCRE al regular como créditos con privilegio general de primer orden a los laborales de cualquier naturaleza, devengados hasta con dos años de anterioridad a la declaración del concurso, y con el límite cuantitativo establecido, descarta específicamente del goce del referido privilegio, a los créditos de los *directores o administradores*, así como de otros integrantes de otros órganos, a los que les otorga la naturaleza de quirografarios, todo sin perjuicio de las consecuencias que pudiese recaer sobre esos créditos en caso que la sentencia de calificación del concurso declare culpable al mismo (art. 110.1, LCRE).

Por otra parte, al regularse los créditos subordinados, la ley de concursos considera personas especialmente relacionadas con el

---

<sup>295</sup> Desde que comenzó a regir la Ley de sociedades comerciales N.º 16.060 a la fecha, no existe ni un solo caso donde se hubiere recurrido al ahorro público para la conformación del capital inicial societario.

deudor (créditos subordinados de segundo orden), a los administradores de derecho o de hecho y a los liquidadores, así como a quienes lo hubiesen sido durante los dos años anteriores a la declaración de concurso (art. 112.2. b), LCRE).

Entonces, ¿cómo se categorizan los créditos de los administradores? ¿Son quirografarios o subordinados?

La doctrina uruguaya no aborda la cuestión y solamente pudo ser relevado un solo caso en Tribunales, donde todavía no existe sentencia firme, ya que la resolución de primera instancia fue apelada. El caso refiere a un sujeto, quien luego de haber sido gerente general (personal de alta dirección) durante varios años, fue elegido presidente de la institución que posteriormente fuera concursada, manteniendo a la fecha de declaración del concurso, tanto la presidencia de la comisión directiva, como el cargo de gerente general. La resolución de primera instancia entendió que por el especial vínculo existente con la deudora, el crédito referido debía calificarse como subordinado, descartando expresamente tanto la naturaleza privilegiada, como la quirografaria del mismo<sup>296</sup>.

Es necesario analizar el tema relativo a si en el derecho uruguayo es posible a un integrante del órgano de dirección, ser contratado como personal de alta dirección. Como se ha visto más arriba, de acuerdo la legislación española, independientemente si el órgano de administración es unipersonal o no, colegiado o no, no será posible a la persona jurídica designar como personal de alta dirección, cumpliendo funciones de administración y gestión similares a las que le corresponden al órgano de administración, a él o a los miembros de este órgano. Solamente, la persona jurídica podría contratar al integrante o a uno de los integrantes de su órgano de administración como trabajador, si la tarea a desarrollar no

---

<sup>296</sup> Concurso del *Hospital Italiano Umberto Primo*, Juzgado Letrado de Primera Instancia de Concursos de 2° Turno, expediente “Impugnación de Créditos”, IUE 41-35/2013, Sentencia 1942/2014 de 16/10/2014. Ver en [www.expedientes.poderjudicial.gub.uy](http://www.expedientes.poderjudicial.gub.uy).

tuviese relación alguna con las funciones que le corresponden al órgano de administración. Adicionalmente, esta conclusión se ve reforzada, para parte de la doctrina, al faltar uno de los elementos esenciales para configurar la relación laboral (la ajenidad).

En sede concursal existe una disposición que parece regular la cuestión planteada. En efecto, el artículo 70 de la LCRE, última disposición del capítulo denominado efectos sobre los contratos, indica que en el supuesto del personal de alta dirección, el síndico podrá solicitar al juez el aplazamiento del pago de esos créditos concursales, por razones fundadas. Este aplazamiento podrá durar hasta que quede firme la sentencia de calificación. A los efectos aclaratorios, el párrafo segundo de la referida norma, indica que *“se considera personal de alta dirección a los directores, gerentes generales y todo aquél que tuviera facultades de decisión sobre cuestiones sustanciales de la actividad del deudor”*.

Este párrafo, si fuese interpretado de acuerdo al alcance y significado que se le otorga en España al vocablo “directores”, sería preciso y no implicaría ni un alcance especial, ni una dificultad interpretativa. En efecto, en España se considera director o director general a trabajadores de alta dirección, que mantienen con su empleador una relación laboral (art. 1.2 Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto). Sin embargo, en Uruguay se denomina director a quien integra el órgano de administración, cuando este se organice a través una estructura colegiada, siendo sinónimo y con el mismo alcance que el denominado “consejero” en España<sup>297</sup>. Entonces, el mencionado artículo 70 de la ley concursal, ¿regula el caso solamente de personal de alta dirección, o también refiere a integrantes del órgano de administración?

Una interpretación literal en consonancia con el alcance del término en Uruguay, parecería aceptar la posibilidad que los miembros del órgano de administración puedan cumplir funciones

---

<sup>297</sup> Ver al respecto, artículos 375, 377 y 378, entre otros, de la Ley 16.060 de Sociedades comerciales.

laborales de alta dirección. Podría en este caso, simplemente considerarse una decisión u opción legislativa que permitiría a texto expreso ser administrador o miembro del órgano de administración y formar parte del personal de alta dirección.

Sin embargo, en nuestra opinión, esa interpretación no es la que mejor se adecua al caso. Como bien se expresa doctrinariamente, no se comprende por qué la ley concursal uruguaya “se refiere a *directores*, en lugar de utilizar la expresión *administradores* que es la denominación genérica que se le da a aquellos sujetos que desempeñan el cargo en el órgano de administración de cualquier sociedad”<sup>298</sup>. La circunstancia o el hecho de utilizar la ley concursal uruguaya el término “*directores*” y no el vocablo “*administradores*” permite, en nuestra opinión, interpretar que la disposición analizada no habilita la posibilidad conjunta de participar en el órgano de administración e integrar el personal de alta dirección<sup>299</sup>, sino, por el contrario, no ingresa al

---

<sup>298</sup> LÓPEZ, C., “Efectos sobre los contratos”, en LÓPEZ, C. (Dir.), BADO, V., y ROMANG, C., *Ley de Declaración Judicial del Concurso y Reorganización Empresarial. Análisis Exegético*, Tomo I, La Ley Uruguay, Montevideo, 2012, p. 375.

<sup>299</sup> Es difícil comprender qué posición asumen respecto a este punto, los pocos autores que en Uruguay lo abordan de forma tangencial. En efecto, HEUER, F. y RODRÍGUEZ MASCARDI, T., en “Las Pericias en...”, *op. cit.*, pp. 210 y 211, al analizar el artículo 70 lo relacionan con el 48 de la ley concursal recordando que los administradores pierden el derecho a percibir cualquier tipo de remuneración a partir de la suspensión dispuesta por el juez de concurso. Sin embargo, escriben: “*Advirtamos que no se trata de créditos privilegiados, la ley se ocupa de expresamente establecerlo, son créditos concursales generados en la actividad de la empresa en marcha, cuya cancelación puede diferirse hasta que quede firme la sentencia de calificación de la conducta del concursado. Esta solución de diferir los pagos se explica porque los directores puede ser los responsables de la crisis de la empresa o ser calificados en el incidente que se tramitará como cómplices y ser por consiguiente afectados por la sentencia y ser condenados a la pérdida de cualquier derecho que tuviesen*”. Además de la confusión entre créditos privilegiados y créditos concursales (los créditos privilegiados son necesariamente créditos concursales), los autores, al indicar que los directores pueden ser calificados como cómplices, parecen entender que el concepto de directores no refiera miembros del

análisis de la referida posibilidad, ya que utiliza la palabra “directores” en un sentido similar o idéntico al usado en España, de donde surge el texto que se tuvo como fuente, en el caso<sup>300</sup>.

## **B.- Sociedades mercantiles**

### **a.- Sociedades mercantiles en general**

Como señalamos arriba, no existe disposición en el Derecho uruguayo que indique si el desempeño del cargo de administrador o integrante del órgano de administración de una persona jurídica debe ser gratuito u oneroso.

---

órgano de administración, ya que estos últimos serán jugados por su calidad de administradores de derecho en el incidente de calificación. Por su parte, MARTÍNEZ BLANCO, en “Manual del nuevo...”, *op. cit.*, pp. 278 y 279, afirman que “*estos créditos nunca tienen privilegio general, forman parte de los gastos generales de una empresa en marcha. Nótese que la propia ley lo cataloga de “crédito concursal” obviando toda referencia a su privilegio especial consideración.* Continúa afirmando que el personal de alta dirección “*puede ser directamente afectado por la calificación del concurso, ya sea por su calidad de administradores de “derecho o de hecho” (según la catalogación del art. 192) o por ser considerados “cómplices” en la medida en que hayan cooperado en la realización de cualquier acto o que hubiera producido o agravado la insolvencia (art. 195). En la medida en que se declare el concurso como culpable, este personal de alta dirección, se expone a que se los condene a la “pérdida de cualquier derecho que tuvieran los cómplices como acreedores concursales” o a la condena como administradores de derecho o de hecho a la “cobertura de la totalidad o parte del déficit patrimonial en beneficio de la masa pasiva”, según dispone drásticamente el art. 201*”. En primer término, este autor parece no advertir que los créditos con privilegio general son créditos concursales. Cuando la ley los cataloga como créditos concursales, es porque simplemente refiere a créditos devengados con anterioridad a la declaración de concurso, no expidiéndose necesariamente respecto a la calidad de dicho crédito. Asimismo, al hacer referencia expresa a la posibilidad de condena como administradores de derecho, parecería entender que el artículo 70 de la LCRE al mencionar a directores, los identifica a los integrantes del órgano de administración.

<sup>300</sup>El art. 70 de la LCRE tuvo como fuente a la Propuesta de Anteproyecto de Ley concursal del 12 de diciembre de 1995 (APLC), española, en particular de su artículo 74, así como del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto.

En la práctica, muchos administradores no reciben retribución alguna por dar cumplimiento a las funciones de su cargo; otros, perciben remuneración por el ejercicio de dicha funciones exclusivamente, mientras que, a su vez otros, obtienen ingresos adicionales de naturaleza salarial, al realizar asimismo otras tareas<sup>301</sup>.

La inexistencia de disposiciones específicas correlaciona todos los tipos societarios a excepción de las sociedades anónimas, relativas a derecho de administradores y representantes, no impide considerar la posibilidad de remuneración del cargo de administrador para las sociedades colectivas, las sociedades de responsabilidad limitada, las sociedades en comandita simple, en comandita por acciones y la de capital e industria. La forma de remuneración podrá establecerse para esos tipos sociales, por el órgano de deliberación societario en oportunidad de la designación de él o los integrantes del órgano de administración<sup>302</sup>.

En materia de sociedades mercantiles, y con aplicación a todas ellas, la Ley societaria solamente refiere a la temática objeto de análisis en su artículo 98 párrafo cuarto: *“Cuando los administradores, directores o síndicos sean remunerados como tales únicamente con un porcentaje de ganancias, los socios o la asamblea podrán disponer en cada caso su pago total o parcial, aun cuando no se cubran pérdidas anteriores”*.

La misma ley societaria, pero regulando aspectos exclusivos de las sociedades anónimas, refiere a la posibilidad de que la

---

<sup>301</sup> Sobre la conveniencia de mantener dos “sistemas” separados, o sea: retribuir las tareas y funciones orgánicas y repartir utilidades a los socios o accionistas, vid: RODRÍGUEZ MASCARDI, T. y FERRER, A., *¿Retribución de directores o dividendos impropios?*, en Consolidación y cambios: el fecundo panorama del Derecho comercial, Semana Académica del Instituto de Derecho Comercial, 1ª edición, F.C.U., Montevideo, 2014, pp. 183 a 188.

<sup>302</sup> BUGALLO, B., *Sociedades de responsabilidad limitada en el Derecho uruguayo*, FCU, 2ª. edición, Montevideo, 2007, p. 241.

remuneración del administrador o de los directores se establezca por estatuto o por asamblea. La normativa habilita a que el administrador o los directores, perciban además de las remuneraciones por realizar las funciones propias del cargo orgánico, otras retribuciones generadas por el desempeño de funciones técnico-administrativas de carácter permanente (artículo 385, Ley de Sociedades comerciales N° 16.060).

Asimismo, la disposición citada establece los límites de la remuneración a percibir por parte del administrador o directores de la sociedad anónima<sup>303</sup>.

### **b.- Sociedades anónimas abiertas**

En lo que respecta a especificidades relativas a las sociedades anónimas abiertas<sup>304</sup> en lo referente al punto en cuestión, cabe señalar que la ley societaria no prevé un tratamiento diferencial.

Sin embargo, con la sanción de la Ley de Mercado de Valores N° 18.627, el tema pasó a ser tenido en consideración en el marco de las buenas prácticas del gobierno corporativo (“*corporate governance*”)<sup>305</sup>.

---

<sup>303</sup>Aun cuando el art. 385 de la LSCU se encuentra la Sección V de la Ley (“De las sociedades anónimas”), también es de aplicación para las sociedades de responsabilidad limitada, cuando su órgano de administración fuera colegiado. El artículo 237 párrafo tercero en la ley número 16.060 preceptúa: “*Si la administración fuera colegiada serán de aplicación las disposiciones sobre el funcionamiento del directorio de las sociedades anónimas*”.

<sup>304</sup> Art. 247 de la ley 16060 en la redacción dada por el artículo 854 de la ley 18700 diecinueve: “*Serán sociedades anónimas abiertas las que recurran al ahorro público para la integración de su capital fundacional o para aumentarlo, coticen sus acciones en Bolsa o contraigan empréstitos mediante la emisión pública de obligaciones negociables. En este último caso, el contralor del órgano estatal de control se realizará sin superponerse con los correspondientes al Banco Central del Uruguay*”.

<sup>305</sup> OLIVERA AMATO, J. M., “La retribución de los directores de sociedades anónimas en el marco de las prácticas del buen gobierno corporativo”, en

El *gobierno corporativo* alude a un conjunto de reglas y principios que regulan la integración y funcionamiento del órgano de administración de una entidad societaria con la finalidad de salvaguardar el interés social, a través de la utilización eficiente de los recursos y la transparencia en la información.

Las reglas del buen gobierno corporativo desembarcan en el ámbito societario, en la medida que los titulares de las participaciones sociales y los integrantes del órgano de administración poseen objetivos y motivaciones diversas, que dan nacimiento a los denominados “*costos de agencia*”. Los costos de agencia son aquellos vinculados a la gestión societaria, en los que se incurre con el propósito de limitar la discordancia de intereses entre integrantes del órgano deliberativo y del órgano de administración, a través de la implantación de incentivos para quienes administran los negocios sociales. Las reglas del *buen gobierno corporativo* buscan minimizar los *costos de agencia*. Una de sus manifestaciones, ocurre en el marco de la retribución de los administradores, con basamento en una retribución de carácter variable, vinculada estrechamente con el resultado de los negocios sociales. Habitualmente, se emplea un sistema de retribución mixto con partidas fijas y variables, éstas últimas, atendiendo a la obtención de resultados a corto, mediano o largo plazo. También, pueden emplearse otras formas retributivas vinculadas, por ejemplo, con la participación de los integrantes del órgano de administración en el capital de la sociedad. O incluso, establecerse mecanismos de reintegro de la retribución percibida a la sociedad, en caso de comprobarse situaciones de fraude o cuando se efectivizaron retribuciones a dentro de un período de tiempo inmediato anterior a la insolvencia del ente societario<sup>306</sup>.

---

Dinamismo y desafíos del Derecho Comercial, Sociedades Comerciales – Contratos Comerciales – Concursos, Semana Académica del Instituto de Derecho Comercial, 1ª edición, F.C.U., Montevideo, 2013, p. 190.

<sup>306</sup> Cfr., OLIVERA AMATO, J. M., “*La retribución de...*”, *op. cit.*, pp. 192 y 193.



El artículo 84 de la Ley 18.627 dispone que la retribución que perciben los directores de entidades que efectúen oferta pública de valores, demandará la aprobación del órgano deliberativo (asamblea de accionistas)<sup>307</sup>. Esta disposición normativa está inserta en el capítulo de la Ley denominado “*Gobierno Corporativo*”, donde se exige a los emisores de valores de oferta pública la adopción de las prácticas establecidas en la propia ley, así como en su reglamentación<sup>308</sup>.

El citado artículo 84 de la Ley 18.627, fue reproducido de forma casi textual por el artículo 184.9 de la Recopilación de Normas del Mercado de Valores<sup>309</sup>.

Hasta aquí no habría mayores novedades, con relación al régimen de las sociedades comerciales previsto en la Ley 16.060. Sin embargo, el artículo 184.11 literal b. de la Recopilación de Normas del Mercado de Valores, dispone que la memoria anual que presenta el órgano de administración de las sociedades cotizadas, además de la información prevista en el artículo 92<sup>310</sup> de la Ley 16.060, deberá contener - entre

---

<sup>307</sup> La redacción actual de la norma fue dada por el artículo 859 de la Ley 18.719, pues en la redacción derogada, se requería el consentimiento de una mayoría calificada, a saber, accionistas que representaran el 60% del capital social.

<sup>308</sup> El artículo 82 de la Ley 18.627, impone a los administradores de las sociedades cotizadas el *deber de lealtad*, haciendo hincapié en la primacía del interés social por sobre cualquier otro interés personal o de terceros. Así, se les prohíbe, entre otras conductas: “*tomar en préstamo dinero o bienes de la sociedad o usar en provecho propio o de personas relacionadas, los bienes, servicios o créditos de la sociedad*” (art. 84.2); “*usar de su cargo para obtener ventajas indebidas para sí o para personas relacionadas, en perjuicio de la sociedad*” (art. 84.4).

<sup>309</sup>RNMV, artículo 184.9: “(RETRIBUCIÓN DE DIRECTORES Y ADMINISTRADORES). La retribución que por cualquier concepto perciban de la compañía los directores y administradores de los emisores de valores de oferta pública, requerirá la aprobación de la asamblea de socios o accionistas”.

<sup>310</sup> Ley 16.060, art. 92. (Memoria). Los administradores de las sociedades deberán rendir cuentas sobre los negocios sociales y el estado de la sociedad, presentando una memoria explicativa del balance general (estado de situación patrimonial y de

otros aspectos - “los mecanismos de retribución de directores, administradores, miembros del Comité de Auditoría y Vigilancia y personal superior”, adicionando que “cuando alguno de dichos mecanismos esté vinculado a los resultados de la empresa, se deberá describir completamente su forma de aplicación, y el horizonte temporal (de corto o largo plazo) de los resultados a los cuales refiere y los eventuales riesgos que dicho mecanismo puede implicar para el valor en el tiempo del capital de la empresa”.

Adicionalmente, los integrantes del órgano de administración de la sociedad que realice oferta pública de valores, deben informar a la Superintendencia de Servicios Financieros<sup>311</sup> y a las bolsas en las que coticen sus valores, “las participaciones de capital que mantienen en la sociedad” (art. 85 párrafo primero, Ley 18.627, y art. 184.10 párrafo primero, RNMV).

Se han efectuado algunas consideraciones relativas a la elaboración de planes de retribuciones de integrantes del órgano de administración de una sociedad cotizada. Doctrinariamente, se

---

resultados), informando a los socios sobre todos los puntos que se estimen de interés.

Especialmente se establecerá:

- 1) Las razones de variaciones significativas operadas en las partidas del activo y del pasivo.
- 2) Una adecuada explicación de los gastos y ganancias extraordinarias y su origen y de los ajustes por ganancias y gastos de ejercicios anteriores, cuando sean significativos.
- 3) Las razones por las cuales se proponga la constitución de reservas, explicadas clara y circunstanciadamente.
- 4) Explicación u orientación sobre la perspectiva de las futuras operaciones.
- 5) Las relaciones con las sociedades vinculadas, controladas o controlantes y las variaciones operadas en las respectivas participaciones y en los créditos y deudas.
- 6) Las causas, detalladamente expuestas, por las que se proponga el pago de dividendos o la distribución de ganancias en otra forma que en efectivo.

<sup>311</sup> En Uruguay, la Superintendencia de Servicios Financieros corresponde al Banco Central del Uruguay. El artículo 3 literal B) de la Carta Orgánica del Banco Central del Uruguay (Ley 18.401), dispone que la referida institución tendrá como finalidad primordial, “la regulación del funcionamiento y la supervisión del sistema de pagos y del sistema financiero, promoviendo su solidez, solvencia, eficiencia y desarrollo”.

entendió que es imprescindible que los referidos planes sean resorte de un *Comité de Retribuciones* integrado por directores no ejecutivos para “*asegurar la independencia de criterios de gestión social*” y evitar así, la existencia de conflictos de intereses, dotando de transparencia la política retributiva del órgano de administración. También, se consideró adecuada, la fijación de una política de retribución con componentes fijos y variables, éstos últimos, emparentados con las ganancias obtenidas por la sociedad en el ejercicio económico<sup>312</sup>.

Las sociedades anónimas abiertas (cotizadas) quedan abarcadas por el presupuesto subjetivo del artículo 2 de la LCRE, por tratarse de personas jurídicas comerciales. En caso de concurso, los efectos de la declaración judicial sobre los órganos de estas personas jurídicas, serán los previstos en los artículos 48 y 49 de la LCRE, según se suspenda o limite la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso.

Por consiguiente, si se suspende la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso, los administradores o liquidadores, perderán el derecho a percibir cualquier tipo de remuneración.

Esto no sucedería en caso de limitación de la legitimación para disponer y obligar a la masa del concurso, pues, con referencia a ese supuesto. El artículo 49 de la LCRE no se pronuncia respecto de la retribución de los administradores o liquidadores.

## **C.- Cooperativas, asociaciones y fundaciones**

### **a.- Cooperativas**

---

<sup>312</sup> OLIVERA AMATO, J. M., “*La retribución de...*”, *op. cit.*, p. 199.

En materia de cooperativas, cabe consignar que el órgano que tiene a su cargo la administración permanente es el Consejo Directivo (art. 35, Ley 18.407).

A diferencia de lo que ocurre en el caso de las sociedades comerciales, en el caso de las cooperativas no existe disposición normativa que regule el régimen de remuneración de los integrantes del órgano de administración.

Sin embargo, algunas normas de la Ley 18.407 admiten la posibilidad de remunerar o compensar a sus administradores. Así, la Asamblea General será competente para *“fijar las compensaciones de los miembros del Consejo Directivo, de la Comisión Fiscal y de las Comisiones que se determinen cuando haya lugar”* (art. 34.4, Ley 18.407).

Por otra parte, la Sección IX de la Ley 18.407 denominada *“Compensaciones”*, prevé la posibilidad de establecer estatutariamente que la Asamblea General pueda resolver *“compensar el trabajo personal realizado por los miembros del Consejo Directivo del Comité Ejecutivo, de la Comisión Fiscal u otras Comisiones en el desempeño de sus cargos”* (art. 51, Ley 18.407).

Más allá de las referencias laterales a la posibilidad de retribución de los integrantes del consejo directivo, el artículo 3 de la Ley 18.407 dispone que las cooperativas van a regirse supletoriamente, *“por las disposiciones de la ley de sociedades comerciales en lo no previsto y en cuanto sean compatibles”*.

## **b.- Asociaciones y fundaciones**

En lo que respecta a las asociaciones civiles y fundaciones, las mismas son concursables de acuerdo a la LCRE. Son personas jurídicas sin fines de lucro y adquieren personalidad jurídica a partir de la aprobación por parte del Ministerio de Educación y Cultura (art. 1º, Ley 15.089).

La administración de las asociaciones civiles estará a cargo de una Comisión Directiva. Por su parte, las fundaciones serán administradas por un Consejo de Administración.

No existe disposición normativa alguna, que refiera a la remuneración de los integrantes del órgano de administración de las asociaciones civiles. Tal circunstancia no implica, en el derecho uruguayo, admitir la gratuidad de las tareas desempeñadas por los miembros del órgano de administración como regla<sup>313</sup>.

Sin embargo, en materia de fundaciones existe una previsión expresa relativa a la remuneración de quienes integran el órgano de administración. Uno de los derechos fundamentales de los miembros del Consejo de Administración radica en la percepción de “*la remuneración que hubiera establecido el fundador*” (art. 8 literal B, Ley 17.163). Complementariamente, la norma parcialmente transcrita, dispone que en caso de no mediar voluntad del fundador en el sentido de fijar una remuneración, ninguno de los integrantes del órgano de administración “*podrá percibir beneficios de cualquier clase de la fundación*”.

Ahora bien, en caso de haberse previsto el pago de remuneración, “*el monto total anual de la misma no podrá superar el 5% (cinco por ciento) a valores constantes de los fondos utilizados por la fundación en el período anual anterior para cumplir con su objeto*” (art. 8 literal B, Ley 17.163). Con un tenor similar a lo preceptuado por el artículo 385 de la Ley 16.060 referente a sociedades anónimas, la norma en sede de fundaciones fija un límite a

---

<sup>313</sup> Cabe señalar que el caso citado supra relativo a la verificación de créditos de un gerente general (personal de alta dirección) que fuese designado presidente de una persona jurídica posteriormente concursada (concurso del *Hospital Italiano Umberto Primo*, [www.expedientes.poderjudicial.gub.uy](http://www.expedientes.poderjudicial.gub.uy), expediente “Impugnación de Créditos” 41-35/2013, Sentencia 1942/2014 de 16/10/2014), corresponde al concurso de una asociación civil.

la retribución de los administradores. Probablemente, esta limitante derive del hecho que las referidas entidades persiguen “*un objeto de interés general*” (art. 1, Ley 17.163), razón por la cual, la Administración Pública (Ministerio de Educación y Cultura) ejerce los correspondientes controles.

#### **D.- Especificidades con relación al concurso de grupo de sociedades**

Como se expresó precedentemente, la LCRE no regula orgánicamente a los grupos de sociedades, ni prevé la posibilidad de concursar a un grupo de sociedades.

El tratamiento legislativo en materia concursal para el grupo de sociedades, no difiere de la solicitud individual del concurso de cada uno de los miembros del grupo por separado, sino en cuanto a las especificidades previstas en la propia LCRE.

Por consiguiente, en supuesto de solicitudes conjuntas (art. 9, LCRE) según se suspenda o limite la legitimación de los deudores integrantes del grupo para disponer y obligar a la masa del concurso, los miembros del órgano de administración de las sociedades comerciales deudoras, perderán el derecho a percibir cualquier tipo de remuneración, o lo conservarán, resultando de aplicación lo expresado *ut supra* con relación a las sociedades mercantiles.

Cabe consignar que en un caso de concursos voluntarios de personas jurídicas integrantes de un mismo grupo, al adjuntarse un balance consolidado de las empresas del grupo, pese a que en una de ellas el activo era inferior al pasivo, al verificarse lo contrario según la consolidación, sólo se decretó la limitación de la legitimación de los deudores para disponer y obligar a las masas.

Entonces, incluso en la sociedad en la cual el pasivo superaba el activo, los integrantes de su órgano de administración no perdieron el derecho a percibir cualquier tipo de remuneración,

situación ésta que se hubiese producido de considerársele en forma individual según el artículo 48.1 de la LCRE<sup>314</sup>.

---

<sup>314</sup> El caso corresponde a las empresas “*COMPAÑÍA DE OMNIBUS DE PANDO S.A.* (COPSA), *ALOM S.A.* y *LAKE BLUE S.A.*; vid: [www.expedientes.poderjudicial.gub.uy](http://www.expedientes.poderjudicial.gub.uy), IUE 2-26856/2014, IUE 41-14/2014, IUE 41-15/2014, respectivamente.





## ***Capítulo Tercero: Modificación del órgano de administración y representación societario***

### **I.- Régimen jurídico español**

#### **A.- Consideraciones generales**

La Ley sanciona en su artículo 48.1 el *mantenimiento* de los órganos de la persona jurídica deudora durante la tramitación del procedimiento concursal. Mantenimiento, sin embargo, no significa inalterabilidad del órgano. La persona jurídica podrá adoptar, durante la sustanciación del procedimiento, decisiones dirigidas a la modificación de la estructura, funcionamiento o composición de su órgano de administración<sup>315</sup>.

No obstante - la Ley concursal precisa - los órganos se mantendrán “[...] *sin perjuicio de los efectos que sobre su funcionamiento produzca la intervención o la suspensión de sus facultades de administración y disposición*” (art. 48.1, inciso final, LC)<sup>316</sup>. En efecto, el concurso de la persona jurídica, no produce más

---

<sup>315</sup> BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Efectos sobre el...”, *op. cit.*, p. 967.

<sup>316</sup> En su redacción inicial, el artículo 48.1 de la ley concursal añadía “[...] *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*”. La Ley 38/2011, de 10 de octubre, suprime este último inciso al tiempo que modifica también el artículo 145.3, que disponía precisamente tal efecto en el caso de apertura (o reapertura) de la fase de liquidación. En su nueva redacción, el artículo 145.3, matiza el alcance de este “cese”, sin duda atípico, precisando que el mismo se producirá “[...] *sin perjuicio de continuar aquéllos [los administradores de la persona jurídica] en la representación de la concursada en el procedimiento y en los incidentes en los que sea parte*”. El tenor literal de los artículos 48.1 y 145.3, al tiempo de promulgarse la ley suponía privar a la persona jurídica concursada de la posibilidad de formar y expresar su voluntad durante la fase de liquidación. Ello obligó a doctrina y jurisprudencia a interpretar la mención hecha al cese de los órganos de administración o liquidación de la deudora, como uno hecho a los efectos de

efectos sobre la estructura, la composición o el funcionamiento del órgano de administración de la persona jurídica deudora, que aquellos que se derivan del régimen de intervención o suspensión de facultades de administración y disposición impuesto al concursado (art. 48.1, inciso final, LC)<sup>317</sup>. Se puede afirmar que, con carácter general, el simple hecho de estar sometida la persona jurídica al régimen concursal, no exceptúa la aplicación de cualesquiera normas jurídicas, disposiciones estatutarias, o reglamentarias que regulan la estructura del órgano de administración y representación de la deudora.

Empero, la aplicación de la Ley concursal y, en especial del régimen de intervención o suspensión del ejercicio de las facultades patrimoniales del deudor, provoca en ocasiones, “efectos colaterales” en el funcionamiento orgánico de la deudora. Situaciones en las que la persona jurídica concursada verá dificultadas - hasta el punto de poder llegar a resultar imposible - la formación de su voluntad y la

---

proceder a la liquidación (ver BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M., “*Efectos sobre el...*”, *ibid.*, p. 969. La modificación introducida mejora la redacción original de los preceptos citados, pero resulta a nuestro entender, pese a ello, insuficiente. El cese del órgano de administración de la persona jurídica implica, en puridad, su extrañamiento y deslegitimación. En buena técnica jurídica, el empleo del término “cese” con un matiz o alcance restringido, no ofrece la necesaria certeza y seguridad a administradores y liquidadores, así como a la administración concursal, a la hora de delimitar su respectivo ámbito competencial. Adviértase que el Diccionario la lengua española de la Real Academia Española define al vocablo “cesar” en su segunda acepción como “[...] Dejar de desempeñar un cargo o un empleo [...] *Cesar en sus funciones del cargo.* Como gerente...”, mientras que en su cuarta acepción significa “[...] Destituir o deponer a alguien del cargo que ejerce...” (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “Diccionario de la...”, *op.cit.*).

<sup>317</sup> Limitación que implica, como ha precisado la Sala 1ª del Tribunal Supremo, que “[...] *la suspensión de facultades del concursado - sea persona física o jurídica y, en este último caso, órgano colegiado o no - quedan referidas a la administración y disposición sobre bienes, derechos y obligaciones que hayan de integrarse en el concurso y por ello fija las atribuciones de la Administración Concursal en relación con los mismos, pero en el proceso de formación de la voluntad de los órganos colegiados tan solo les atribuye derechos de asistencia y voz*”. Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil. Sentencia 258/2012 de 24 de abril. Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi RJ\2012\6099, FD 1º, 29.

adopción de decisiones o acuerdos eficaces para modificar la estructura o la composición de su órgano de administración y representación. En este capítulo se tratarán tres de estos efectos indirectos: el que se relaciona con la financiación de los gastos necesarios para la adopción y puesta en práctica de modificaciones en el órgano de administración durante el concurso; la eventual consideración del cese o el nombramiento de administradores o integrantes del órgano de administración, como actos sujetos al régimen de intervención o suspensión del ejercicio de facultades patrimoniales; y, por último, el posible efecto que, sobre la composición y funcionamiento del órgano de la persona jurídica puede llegar a tener la inhabilitación de sus integrantes dispuesta en la sentencia de calificación del concurso, así como el “cese” del órgano de administración de la deudora que prevé el artículo 145.3 de la Ley concursal, cuando se proceda a la apertura o reapertura de la liquidación de la concursada.

El primero de los efectos indirectos que se estudiará, aparece vinculado a la ya analizada falta de bienes propiedad de la deudora, no sometidos al régimen de intervención o suspensión concursal, bienes de los que la persona jurídica pueda disponer para financiar los gastos de funcionamiento de sus órganos.

En la práctica, veremos cómo muy pocas veces un acto de la persona jurídica carecerá de un impacto, aunque fuese mínimo, en el patrimonio que integra la masa del concurso. Los gastos de celebración de las sesiones de los órganos de la persona jurídica concursada, así como los vinculados con los muy frecuentes requisitos de publicidad, registro, o informe que la legislaciones de asociaciones, cooperativas fundaciones y sociedades imponen, hacen que, prácticamente cualquier acto ajeno al ejercicio de las facultades patrimoniales de la persona jurídica deudora, requiera, para efectivizarse, uno o varios actos de administración o disposición de los bienes integrados en la masa activa del concurso. Por consiguiente, podría considerarse que todos ellos, directa o indirectamente quedan

*de facto* sometidos al control de la administración y del juez del concurso.

La modificación de la estructura del órgano de representación de la persona jurídica, y el cese y designación de quien o quienes lo integran, constituyen probablemente uno de los más claros ejemplos que se puedan hallar del ejercicio de facultades puramente orgánicas. Estas, son en esencia, absolutamente ajenas al ámbito en que operan las medidas limitativas del ejercicio de derechos patrimoniales, que impone el concurso al deudor insolvente. Pese a ello, prácticamente cualquiera de las modificaciones a la estructura y composición del órgano de administración implican gastos de uno u otro tipo. No existiendo terceros dispuestos a sufragar estos costos, la persona jurídica se verá obligada a recabar la autorización o conformidad de la administración concursal (y eventualmente, del juez), a los efectos de prestar su activa colaboración en la realización de los desembolsos necesarios. El problema surge cuando se constata como la administración concursal no cuenta, a la hora de otorgar su consentimiento o realizar por sí los actos dispositivos que requiera el funcionamiento de los órganos de la persona jurídica deudora, con disposiciones específicas que le indiquen cómo proceder. Por tanto, será necesario interpretar la Ley en consonancia con los principios generales que rigen la actuación de la administración concursal durante el procedimiento.

En segundo lugar, se examinará la posibilidad de considerar al cese y nombramiento de integrantes del órgano de administración y representación de la concursada, como actos sujetos al régimen de intervención o suspensión de las facultades patrimoniales. Esta posición, acogida por alguna doctrina administrativa<sup>318</sup> a la hora de determinar los actos que cabe considerar comprendidos entre los de

---

<sup>318</sup> Ver, Resolución N.º 9240/2014 de 24 de julio, de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Repertorio Aranzadi JUR\2014\223998. Dictada con relación a la representación voluntaria de la sociedad concursada, los fundamentos jurídicos empleados son plenamente extensibles a la representación orgánica de la sociedad.

administración y disposición de los bienes que integran la masa activa del concurso, no sólo atiende a la naturaleza intrínsecamente patrimonial o no del acto del órgano de administración de la deudora, sino a sus eventuales efectos respecto de la masa activa del concurso. De tal forma, se consideran sometidos al régimen de intervención o suspensión del ejercicio las facultades patrimoniales del deudor, actos que sin afectar directamente a los bienes que integran dicha masa activa, pueden, en el futuro, tener un hipotético efecto en la satisfacción de las obligaciones del deudor. En concreto, se ha llegado a sostener que la solvencia de quien, nombrado (o cesado) integrante del órgano de administración, pudiera, en sede de calificación, ser hecho responsable con su patrimonio personal, del déficit concursal o de los daños y perjuicios provocados por su gestión, justifica la intervención o suspensión del ejercicio de tal facultad orgánica.

Por último, se aludirá a la hipótesis en que, a raíz de la sentencia que califique el concurso como culpable, se inhabilite para administrar los bienes ajenos a una, algunas o todas las personas que ocupen cargos en el órgano de administración o liquidación de la persona jurídica concursada. Siendo tal inhabilitación incompatible con la administración de bienes ajenos y, por tanto, con la calidad de integrante de un órgano de administración, la ley ordena su cese inmediato (art. 173, inciso primero, LC). A fin de solventar la acefalia que eventualmente pudiera provocar esta medida en la deudora, cuando el cese impida el funcionamiento del órgano de administración, la Ley dispone la convocatoria de junta o asamblea por la administración concursal para el nombramiento de quienes hayan de cubrir las vacantes de los inhabilitados (art. 173, inciso final). En este sentido, habrá de examinarse en qué medida las previsiones contenidas en la disposición citada, se aplican preferentemente a las que establezcan la legislación aplicable a la forma jurídica que la deudora adopte, así como los estatutos - o los reglamentos de funcionamiento interno de los órganos - de la concursada.

Al hilo de la casuística anterior, y en relación con ella, deberán analizarse los efectos de la previsión del artículo 145.3 de la Ley, por el que se dispone el “cese” de los administradores y su sustitución por la administración concursal en caso de apertura de la fase de liquidación durante el procedimiento.

### **a.- Financiación de los gastos necesarios para la adopción y puesta en práctica de modificaciones en el órgano de administración durante el concurso**

Respecto a la interferencia del régimen de limitación o suspensión del ejercicio de facultades patrimoniales, en la normal realización del haz de competencias orgánicas, ocasionada por la necesidad de financiar el funcionamiento de los órganos de la persona jurídica concursada, debemos remitirnos aquí, a lo expresado en sede de efectos del concurso sobre el funcionamiento del órgano de administración y representación.

En efecto, y tal como se expuso<sup>319</sup>, ni la jurisprudencia, ni la doctrina mayoritaria, respaldan la tesis de la extensión del régimen de intervención o suspensión de facultades patrimoniales a todos aquellos actos que, sin ser estrictamente de administración o disposición, precisen de tales actos de administración y disposición para realizarse.

Reiteramos aquí la opinión que expresábamos al respecto. Careciendo de consecuencias directas para la masa activa del concurso y no tratándose de actos que constituyan ejercicio de facultades patrimoniales, la deudora conserva incólumes, dentro de los márgenes que la Ley, los estatutos o el reglamento interno permitan, sus facultades para nombrar y separar de sus cargos a quienes integren su órgano de administración.

Cuando por el contrario, el ejercicio de competencias no patrimoniales, exija la realización de actos de disposición con cargo a

---

<sup>319</sup> Ver *supra* “SEGUNDA PARTE: Capítulo Primero: I. Régimen jurídico español”, e *infra* “TERCERA PARTE”.

los bienes de la masa activa del concurso, no será necesaria la autorización, confirmación o realización por la administración concursal del acto de naturaleza orgánica, sino de los actos de disposición y administración conexas e instrumentales a aquél.

Si dichos actos de disposición fueran precisos para el cumplimiento por la persona jurídica concursada de un deber legal, la administración concursal no deberá rehusarse a realizar, autorizar o confirmar el acto dispositivo de que se trate. Así, por ejemplo, si estuviese obligada la deudora a presentar sus cuentas anuales y si asimismo correspondiese la formulación de las mismas a la administración de la persona jurídica (art. 46.1 ,LC), la administración concursal deberá autorizar o realizar los gastos necesarios. Si por alguna razón se negara, entendemos que sería responsable por los daños que su proceder eventualmente causase a la propia concursada, a sus acreedores o a terceros afectados.

Además, la administración concursal deberá colaborar con el deudor, prestando su conformidad o realizando de por sí actos dispositivos, cuando quepa suponer, con un razonable grado de certeza, que el acto orgánico contribuirá a la consecución de los intereses del concurso. El principal interés a atender es, lógicamente, el de los acreedores; su legítima expectativa de ver satisfechos sus créditos en la mayor cuantía posible. Empero, no puede desconocerse que concomitantemente están presentes en el procedimiento otros intereses, como la conservación de los emprendimientos viables y de las fuentes de trabajo, cuya satisfacción también debe procurarse en la medida en que ello resulte posible.

Como manifestamos en su momento, la Ley concursal - acertadamente - no ofrece criterios rígidos que permitan aseverar con certeza si un acto de disposición debe o no autorizarse o realizarse por la administración concursal. La variedad de matices y diferentes circunstancias que pueden presentarse en cada concurso, hacen imprescindible que, en relación a este aspecto, la administración concursal, y el juez del concurso cuando corresponda, dispongan de

un amplio margen de discrecionalidad. El severo régimen de responsabilidad impuesto a la administración concursal, unido a la supervisión de su labor por el órgano jurisdiccional, constituyen a nuestro juicio, salvaguarda suficiente contra la arbitrariedad.

**b.- Eventual consideración del cese y nombramiento de integrantes del órgano de administración y representación de la concursada, como actos sujetos al régimen de intervención o suspensión de las facultades patrimoniales**

Se presenta también en relación con la posible modificación del órgano de administración de la persona jurídica concursada, la posible consideración de la designación y cese de sus integrantes, como actos sujetos a autorización o confirmación por la administración concursal. Como ya se adelantó, la cuestión de la naturaleza patrimonial de la designación y remoción de administradores, se plantea a raíz de la resolución de la DGRN 9240/2014, de 24 de julio. Aunque la resolución a que se alude fue dictada en relación con el otorgamiento de poder por parte de los administradores de una sociedad concursada a favor de un tercero, los argumentos empleados por la DGRN son perfectamente aplicables al nombramiento y cese de integrantes del órgano de administración. Señala así la resolución: *“dentro del conjunto de relaciones de naturaleza patrimonial que se integran en el patrimonio del deudor se incluyen las relaciones de representación de modo que la restricción derivada de la intervención o suspensión se predica de los órganos titulares del poder de representación cuando, como en el supuesto de este expediente, el concursado sea persona jurídica”*.

Tal conclusión se apoya, según entiende la Dirección General, en que a la administración concursal le están encomendadas, facultades que trascienden las de mera administración o disposición de los bienes que integran la masa activa. Así, cita la resolución, entre otros, *“[...] el ejercicio de las acciones de responsabilidad que pueda corresponder a la sociedad frente a sus socios [...] o contra los administradores sociales”* (arts. 48 bis y 48 quáter, LC).



No obstante, el argumento fundamental sobre el que se asienta la resolución administrativa parte de considerar lo dispuesto por el artículo 48 *ter* de la Ley, que faculta a los administradores concursales a solicitar cautelarmente del Juez del concurso, el embargo de bienes y derechos de sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, apoderados generales y de quienes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de aquella declaración, cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que en la sentencia de calificación las personas a las que afecte el embargo sean condenadas a la cobertura del déficit resultante de la liquidación.

La Dirección General entiende deben considerarse sometidos al control externo de la administración concursal, el nombramiento o el cese de un apoderado, en la medida en que, de ser condenados por la sentencia de calificación, ello tendrá efectos en la masa activa. Así, por ejemplo, podrán los administradores hallados culpables o cómplices de la causación o el agravamiento de la insolvencia de la persona jurídica, ser condenados a reintegrar los bienes ilegítimamente obtenidos del patrimonio del deudor y a indemnizar daños y perjuicios causados así como a la pérdida de cualesquiera derechos que pudieran tener como acreedores concursales o contra la masa (art. 172.2.3º, LC). Del mismo modo, y en virtud de la responsabilidad concursal que cabe serle exigida (art. 172 *bis*, LC), podrían los administradores ser condenados a la cobertura total o parcial del déficit concursal. Siguiendo el razonamiento de la resolución, la eventual responsabilidad que cabe serle exigida a un apoderado hace que la solvencia de los designados deba ser examinada por la administración concursal, sin cuya anuencia no podrán cesar ni nombrarse apoderados (o administradores). Se constata cómo para la DGRN, se encuentra sometido al régimen de intervención o suspensión concursales todo acto del deudor que directa o indirectamente afecte o pueda afectar a la masa activa del concurso.

La posición sostenida por la Dirección General supone un grave obstáculo a la viabilidad práctica del nombramiento o cese de administradores sin autorización de la administración concursal, ya que los actos del deudor realizados sin autorización o conformidad de la administración concursal no podrán ser inscritos en registros públicos (art. 40.7, inciso final, LC), lo que impedirá que el acto de nombramiento y aceptación, o el cese produzca la mayor parte de sus efectos.

Realizaremos un análisis más pormenorizado de la Resolución y de las tesis que la soportan, en el siguiente capítulo, al tratar los efectos del concurso sobre los apoderamientos. También se analizarán, en la Parte III de esta tesis, las diferentes posturas que se han venido adoptando por la doctrina y la jurisprudencia en relación con la traslación de competencias o con el desplazamiento de la administración de la persona jurídica por la concursal. No obstante, convendrá detenerse aquí, al menos para afirmar, en contra del criterio empleado en por la Dirección General, la naturaleza genuinamente orgánica (en oposición al ámbito de administración y disposición patrimoniales sobre los que recaen las limitaciones del concurso), de la decisión por la que la persona jurídica nombra o cesa a sus administradores; la ausencia de cualesquiera efectos, directos o indirectos, en la masa activa del concurso; y, por consiguiente, lo innecesario de la autorización, o conformidad concursal.

Que el nombramiento o cese de administradores no es un acto de administración o disposición es evidente. No obstante, la Ley concursal restringe el ejercicio de facultades que no son estrictamente patrimoniales. Así ocurre, por ejemplo, respecto del ejercicio de las acciones del concursado cuyo régimen de intervención se regula en el artículo 54 de la Ley. No cabe, sin embargo de ello deducir la existencia de un criterio implícito que permita considerar sometidas a la autorización de la administración concursal el ejercicio de acciones que indirectamente puedan afectar al patrimonio de la concursada. Una intromisión tan intensa en el proceso de formación y expresión de la voluntad de la persona jurídica no cabe sea inferida ni aplicada

analógicamente. En nuestra opinión, tan sólo una disposición legal explícita permitiría apartarse del régimen aplicable a la forma jurídica concreta que la persona jurídica adopte.

Pero, aunque se admitiese una interpretación como la sostenida por la DGRN, aún habría de establecerse si, en realidad el nombramiento de administradores (o el otorgamiento de poderes a terceros ajenos al órgano de administración) puede, tal como argumenta la Dirección General, tener un hipotético efecto patrimonial.

Es cierto que la solvencia de los condenados en la sentencia de calificación y de sus cómplices, supondrá una significativa diferencia a la hora de que se cubran las legítimas expectativas de los acreedores a ver satisfechos sus créditos en la mayor cuantía posible. Sin embargo, la responsabilidad de los administradores de la persona jurídica por la causación o agravamiento de la insolvencia le es exigible a todos aquellos que lo fueron al tiempo de ser declarado el concurso así como durante los dos años anteriores a aquella fecha. Aquellos administradores nombrados durante la tramitación del concurso que, con anterioridad a la asunción de sus cargos, hubieran estado involucrados en la causación o agravamiento de la insolvencia, serían igualmente responsables, pero dicha responsabilidad no variará un ápice por el hecho de haber sido nombrados administradores con posterioridad a la declaración del concurso, del mismo modo que no cabrá exigírseles responsabilidad concursal alguna si no tuvieron parte en insolvencia de la persona jurídica, con independencia de su nombramiento (*cf.*: arts. 164 y ss., LC).

Sí sería responsable, frente a la persona jurídica, sus socios y acreedores, el nuevo administrador por los daños y perjuicios que pudieran derivarse de su gestión al frente de la persona jurídica concursada, pero en este sentido, debe subrayarse el que la actuación del administrador nombrado se desarrollará bajo la vigilancia de la administración del concurso, del juez y de los acreedores. No cabe, razonablemente argumentar la necesidad del sometimiento de la

voluntad de la persona jurídica a la autorización de la administración concursal, cuando ésta, ante indicios de un actuar doloso o negligente, puede en todo momento solicitar del juez la declaración de la suspensión del ejercicio de facultades del deudor. Deberá en ese caso, no obstante, basar su solicitud en elementos objetivos, que indiquen un comportamiento lesivo para los intereses del concurso por parte del nuevo administrador, no limitándose a alegar la insolvencia para afrontar una hipotética e indeterminada responsabilidad.

Podemos concluir reiterando la evidente naturaleza orgánica de la competencia para el nombramiento de administradores por parte de la persona jurídica (concurzada o no). Sin embargo, el argumento principal contra la posición de la DGRN consiste en recordar que es la propia Ley de concursos aplicada por el Juez actuante, la que le quita atribuciones y facultades al sujeto de derecho concursado. Si este fuese persona jurídica y manifiesta su voluntad a través de sus órganos, es justamente la Ley quien retira facultades a los órganos y las otorga al administrador concursal. Por el hecho de declararse el concurso, no desaparece la persona jurídica concursada, ni tampoco sus órganos. Por consiguiente, todas las facultades que no le fueran expresamente quitadas (temporalmente) a los órganos, éstos las mantienen.

A consecuencia de lo anterior, discrepamos con los argumentos empleados por la DGRN para sostener la interpretación que postula la necesaria aprobación o conformidad de la administración concursal al otorgamiento de poderes por una persona jurídica concursada. Argumentos que, como se ha expuesto, podrían ser idénticamente empleados para solicitar también la autorización del nombramiento y cese de consejeros. La relación orgánica entre la persona jurídica y sus administradores está basada (al igual que la que se establece entre el poderdante y su apoderado) en la confianza. Faltando ésta, no se encuentra razón por la cual no puedan los socios remover y nombrar

nuevo administrador (o los administradores, cancelar y otorgar poderes)<sup>320</sup>.

**c.- Convocatoria de Junta por cese de administradores por inhabilitación derivada de sentencia de calificación del concurso como culpable (arts. 145 y 173, LC)**

El artículo 173 de la Ley concursal ordena el inmediato cese en sus cargos de los administradores y los liquidadores inhabilitados de la persona jurídica concursada. El precepto prevé la hipótesis de que tal cese impida el funcionamiento del órgano de administración o liquidación, imponiendo en tal caso a la administración concursal el deber de convocar a junta o asamblea de socios para el nombramiento de quienes hayan de cubrir las vacantes de los inhabilitados.

La ubicación del artículo dentro del Título IV de la Ley, Capítulo II, “De la sección de calificación” del concurso, permite identificar a la inhabilitación referida en el precepto, como aquella que se impone a los administradores o liquidadores afectados por la sentencia que declare el concurso como culpable (art. 172.2.2º, LC)<sup>321</sup>.

---

<sup>320</sup> MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “La junta general...”, *op. cit.*, p. 176. La autora, entiende que, en este caso, corresponderá que la administración concursal preste su autorización a la convocatoria de la Junta de la sociedad concursada, necesaria para el pago de los gastos que se deriven de la celebración de la misma y de la puesta en práctica de los acuerdos que en ella se adopten, con cargo a la masa activa del concurso. Sin embargo, la autora matiza la postura, al señalar que la cobertura de los gastos que suponga el cambio de administradores con bienes que integren la masa activa, no procederá cuando los mismos no sean razonables. Se cita como ejemplos el incremento en el número de administradores que no se requiera dada la situación en que se encuentre la concursada, o el cambio del sistema de administración que sin ser preciso, no reduzca los gastos de administración.

<sup>321</sup> La inhabilitación que deriva de la condena en fase de liquidación carece de “[...] implicaciones que la relacionen con la capacidad de obrar. Al contrario, se trata de una prohibición, similar a aquellas que el derogado art. 922 Cco 1885 denominaba genéricamente interdicciones legales; y, como toda prohibición, presupone la

Los inhabilitados por la sentencia de calificación lo estarán para administrar bienes ajenos, así como para administrar y representar a cualquier persona, durante un periodo de 2 a 15 años, “[...] atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio causado” (art. 172.2.2º *in fine*, LC).

Nos encontramos pues, con uno de los casos en los que la Ley otorga a la administración concursal el ejercicio de facultades que, como la convocatoria del órgano deliberativo de la persona jurídica concursada, no suponen en sí mismas la realización de actos de administración o disposición del patrimonio concursal. Es por ello que entendemos que en este caso – y en todos aquellos en los que la Ley concursal se aparta del régimen general de limitación del ejercicio de competencias – habrá de estarse a una interpretación restrictiva, acorde con la naturaleza excepcional de la norma contenida en el artículo 173.

Así, en primer lugar, y respecto al cese de los administradores o liquidadores provocado por la sentencia de calificación del concurso, ha de señalarse que el mismo no se circunscribe al cargo que aquellos ostentaran en la persona jurídica cuyo concurso es calificado como culpable, sino que se extiende a cualesquiera otras relaciones de representación o administración en las que sea parte el administrador o liquidador afectado por la sentencia<sup>322</sup>.

El cese, efecto de la inhabilitación es automático<sup>323</sup>, al menos en lo que respecta a la sociedad concursada, no requiriéndose para ello de ningún otro acto adicional a la resolución judicial que la declara. Así,

---

*capacidad de obrar*”, GALLEGO SÁNCHEZ. E. "Calificación del concurso", *op.cit.*

<sup>322</sup> BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M. y MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “Reforma del Código de Comercio (Disposición Final 2ª)”, en ROJO, Á., y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M., *Comentario de la Ley concursal*, Tomo II, 1ª edición, 2ª reimpresión, Editorial Civitas, Madrid, 2004, p. 2.605.

<sup>323</sup> MORILLAS JARILLO, M. J., “El concurso de...”, *op. cit.* p. 399.

por ejemplo, en la sociedad anónima, no será precisa la solicitud de destitución realizada por cualquier accionista, que exige el artículo 224.1 de la Ley de Sociedades de Capital. Tampoco será de aplicación a este respecto la previsión de la Ley de Cooperativas estatal (art. 41.4, LCoop y legislación autonómica concordante) que requiere de solicitud de destitución hecha por cualquier socio. Es precisamente su carácter automático, el que puede provocar la acefalia en la persona jurídica concursada.

De todos modos, exigencias de seguridad jurídica, parecen aconsejar que, aunque el cese se produzca de forma automática con la sentencia que declara al integrante del órgano de administración afectado por la calificación del concurso como culpable, quede no obstante la sociedad vinculada por sus actos frente a terceros de buena fe, en tanto el cese no se haga constar en el Registro Mercantil y se publique en su Boletín Oficial (arts. 21, CCom y 9 RRM)<sup>324</sup>.

Debe también encuadrarse el alcance del deber de convocatoria que la Ley impone a la administración concursal. Solo la inhabilitación de administradores, consejeros o liquidadores de una persona jurídica que impida el funcionamiento del órgano, autoriza a la administración concursal a convocar al órgano de deliberación para que nombre los sustitutos. En este sentido, entendemos no procederá la convocatoria por la administración concursal, cuando no se produzca el bloqueo del órgano de administración o liquidación. No será así, por ejemplo, en las Sociedades de Capital, cuando la inhabilitación tan solo alcance a alguno de los integrantes del órgano. En efecto, el artículo 171, párrafo segundo de la Ley de Sociedades de Capital otorga a cualquiera de los administradores que permanezcan en el cargo, competencia para la convocatoria de junta que tenga por único objeto de nombrar sustitutos “[...] en caso de muerte o de cese

---

<sup>324</sup> BELTRÁN, E., Y MARTÍNEZ A., “Reforma del Código...”, *op.cit.*, p. 3.109. Creemos razonable la interpretación de los autores, en relación a la procedencia de la aplicación de las normas registrales relativas a la legitimación para instar la inscripción del cese de administradores por fallecimiento o declaración judicial de fallecimiento (art. 147.1.3º), al cese por inhabilitación.

*del administrador único, de todos los administradores solidarios, de alguno de los administradores mancomunados, o de la mayoría de los miembros del consejo de administración, sin que existan suplentes”* (art. 171, párrafo primero, LSC)<sup>325</sup>.

Del mismo modo, no parece producirse acefalia si la persona jurídica hubiera nombrado suplentes de los administradores inhabilitados, siempre, claro está, que no estuviesen éstos también incluidos entre las personas afectadas por la declaración de concurso culpable. Así, conforme con lo dispuesto por el citado artículo 171, párrafo primero de la Ley de Sociedades de Capital, no prohibiéndolo los estatutos sociales (art. 216.1, LSC), la sociedad podrá nombrar suplentes de los administradores inhabilitados. Otro tanto cabe decir respecto de las cooperativas de ámbito estatal, cuya ley reguladora posibilita, cuando así lo prevean expresamente los estatutos (art. 33, párrafo tercero, LCoop), la designación de suplentes.

Por otra parte, ¿debería rechazarse la competencia de la administración concursal para convocar al órgano deliberativo de la deudora cuando la acefalia no tenga su origen en la inhabilitación, fruto de la sentencia de calificación del concurso? No corresponderá tal convocatoria a la administración concursal cuando la acefalia sea motivada por la muerte, la ausencia, la incapacidad, o inhabilidad para el desempeño del cargo. En tales casos, creemos deberá recurrirse necesariamente a las soluciones que arbitren las normas aplicables a la forma jurídica adoptada por la concursada. No obstante, el artículo 173 no es el único precepto en la Ley que indica el cese de quienes integran el órgano de administración y representación de la deudora.

---

<sup>325</sup> En contra, MORENO SERRANO, que considera también a la administración concursal legitimada para convocar a la Junta, aún cuando la inhabilitación no alcance a todos los integrantes del órgano de administración. MORENO SERRANO, E., Tesis doctoral “La posición jurídica del órgano de administración de las sociedades de capital en concurso”, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2012, pp. 336 y 337 y “El Órgano de...”, *op.cit.*, p. 330. No obstante, se comparte la posición que asume en la obra referida en último término el autor, *de lege ferenda*, de extender legalmente la competencia del juez, a efectos de conocer de las solicitudes de junta general que se realicen durante el concurso (p. 330).



Adviértase que el artículo 145 de la Ley, al tratar de los efectos de la apertura o reapertura de la fase de liquidación durante el concurso, señala en su numeral tres: *“Si el concursado fuese persona jurídica, la resolución judicial que abra la fase de liquidación contendrá la declaración de disolución si no estuviese acordada y, en todo caso, el cese de los administradores o liquidadores, que serán sustituidos por la administración concursal, sin perjuicio de continuar aquéllos en la representación de la concursada en el procedimiento y en los incidentes en los que sea parte”*.

Como ya se expresó con anterioridad en este mismo Capítulo, no parece que la expresión “cese” sea aquí la más adecuada, cuando el sentido generalmente atribuido a la misma supone el completo desamparamiento y separación de quienes fueron administradores o liquidadores de la persona jurídica. Por el contrario, el mismo precepto, en su numeral uno, señala que la situación del concursado, durante la fase de liquidación será *“[...] la de suspensión del ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, con todos los efectos establecidos para ella en el título III de la presente Ley”*. Además, se reconoce expresamente a los administradores o liquidadores de la concursada por el propio artículo 145.3 *in fine*, la representación de la deudora en el procedimiento y en los incidentes en los que sea parte.

La imposición a la persona jurídica del régimen de suspensión del ejercicio de sus facultades de administración y disposición, no exceptúa el mantenimiento de sus órganos durante la fase común ¿Ha de entenderse entonces que, una vez abierta la fase de liquidación, las únicas competencias que cabe ejercer a la administración de la persona jurídica son las de la representación de la deudora en el procedimiento concursal? A este respecto, debe recordarse la existencia de un ámbito de competencias que no se ven afectadas por el concurso, en concreto, *“[...] todas aquellas que no interfieren con las de los órganos concursales ni sean incompatibles con las normas*

*reguladoras del concurso [...]”*<sup>326</sup>, integrando dicho ámbito, entre otras, la facultad de convocar la administración de la deudora al órgano deliberativo de la persona jurídica.

Piénsese que, aún ciertamente infrecuente, no será imposible que abierta la fase de liquidación, el concurso concluya, no por inexistencia de bienes con que satisfacer las obligaciones del deudor, sino por haberse cumplido íntegramente con éstas, cesando con ello cualesquiera limitaciones impuestas a la persona jurídica al ejercicio de sus facultades por razón del concurso. En tal caso, el ejercicio de las facultades de representación y administración de la persona jurídica debe retornar a los órganos que legal y estatutariamente las tuvieron encomendadas. Habiendo sido cesados, como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, los administradores o liquidadores ¿nos encontraremos ante otro supuesto de acefalia provocado por aplicación de las disposiciones de la Ley concursal? Si la respuesta a esta cuestión fuera afirmativa ¿corresponderá aplicar analógicamente a este supuesto la norma que contempla el deber de la administración concursal de convocar a los socios para que designen nuevos administradores o liquidadores cuando estos hubieran cesado por haber sido inhabilitados?

Una interpretación literal del artículo 145.3 de la Ley concursal, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 374.1 y 376.2 de la Ley de Sociedades de Capital, en la hipótesis planteada, llevará a considerar que la previsión del cese de los administradores por la apertura o reapertura de la liquidación aboca indefectiblemente a la acefalia de la persona jurídica deudora. Ahora bien, no puede tampoco negarse (especialmente tras la incorporación legal en el año 2011 de la excepción relativa a la conservación por el órgano de administración y representación de la concursada, de la representación de ésta en el procedimiento e incidentes en que sea parte), que nos encontramos

---

<sup>326</sup> MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “La junta general...”, *op. cit.*, p. 27.

ante una especie *sui generis* de cese<sup>327</sup>. Los administradores o liquidadores de la concursada no dejan de serlo, por completo, a raíz de la resolución por la que se declara la apertura del periodo liquidatorio, sino que pasan a situarse en una especie de “limbo jurídico”. No pueden estos administradores y liquidadores “cesados” equipararse a los “antiguos administradores” a quienes el artículo 374.2 de la Ley de Sociedades de Capital impone el deber de colaborar con las operaciones de liquidación, pues siquiera tan solo en el ámbito del procedimiento concursal, continúan integrando el órgano necesario de representación de la deudora y éste, en cuanto tal, es la única forma legítima para expresar directamente la voluntad del ente y defender el interés de la asociación, sociedad, cooperativa o fundación en liquidación.

Por ello, consideramos que una interpretación integradora de las normas contenidas en los artículos 145.1 y 145.3 de la Ley concursal, debería llevarnos a concluir que, las referencias al cese de administradores y liquidadores hechas en las normas concursales y societarias, habrán de considerarse referidas a la sujeción del órgano de administración de la sociedad concursada en liquidación, al régimen de suspensión del ejercicio de sus facultades patrimoniales de administración y disposición, “[...] *con todos los efectos establecidos [...] en el Título III de la [...] Ley [concursal]*”, (art.145.1, *in fine*, LC), de tal manera que, producida la conclusión del convenio “en cualquier estado del procedimiento, cuando se compruebe el pago o la consignación de la totalidad de los créditos reconocidos o la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio o que ya no existe la situación de insolvencia” (art. 176.1.4º, LC), procederá, en aplicación de la previsión del artículo 178.1, el cese de “[...] *las limitaciones de las facultades de administración y disposición sobre el deudor subsistentes [...]*”. A consecuencia de ello, deberían aplicarse las normas que rijan la designación de liquidadores para la forma que la persona jurídica adopte. Así, por ejemplo, tratándose de una

---

<sup>327</sup> Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 38/2011, de 10 de octubre de reforma de la Ley concursal, el cese del órgano de administración de la concursada no se encontraba condicionado o matizado en forma alguna.

sociedad de capital, se deberá estar a lo dispuesto en el artículo 376 de la Ley de Sociedades de Capital que indica: “salvo disposición contraria de los estatutos o, en su defecto, en caso de nombramiento de los liquidadores por la junta general de socios que acuerde la disolución de la sociedad, quienes fueren administradores al tiempo de la disolución de la sociedad quedarán convertidos en liquidadores”<sup>328</sup>.

En definitiva, y como conclusión, consideramos innecesaria y contraproducente, por inducir a confusión, la mención del artículo 145.3 de la Ley concursal al cese de los administradores de la persona jurídica concursada cuando se procede a la apertura de su liquidación. Hubiese alcanzado, a nuestro juicio, en esta hipótesis, con declarar la improcedencia de la designación de liquidadores y suspender el ejercicio de las facultades de administración y disposición de la concursada, en el marco del proceso liquidatorio, hasta tanto concluyese el concurso, atribuyéndose las mismas a la administración concursal que las ejercería. Eso sí, todo conforme a las normas que regulan la liquidación concursal y no a las que operan durante la fase común del procedimiento. Obsérvese que, en esta postura *de lege ferenda*, en nada se recortarían las facultades de la administración concursal y tampoco supondría aplicar un régimen más benigno al deudor concursado en liquidación. Se evitaría sin embargo, la necesidad de introducir una excepción al régimen general de

---

<sup>328</sup> En contra, BELTRÁN y MARTÍNEZ, que sostienen para esta hipótesis una solución diversa a la que proponemos. Los autores consideran que, si bien “[...] *la liquidación de la sociedad [...] exigirá el nombramiento de liquidadores de acuerdo con lo establecido en los estatutos y, en su defecto, por la junta general, la cual deberá ser convocada, ante la inexistencia de órgano de administración o de liquidación de la persona jurídica (art. 145.3), por la administración concursal (art. 173 por analogía)*”, BELTRÁN SÁNCHEZ, E., y MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “Efectos de la conclusión del concurso (artículo 178)”, en ROJO, Á., y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *Comentario de la Ley concursal*, Tomo II, 1ª edición, 2ª reimpresión, Editorial Civitas, Madrid, 2004, pp. 2659 y 2660. Empero, no parece, en el caso que nos ocupa, adecuada la aplicación analógica de un precepto que introduce un régimen excepcional respecto del general, por el que se atribuye la competencia para la convocatoria al órgano de administración de la persona jurídica. Entendemos que solo en los casos en que a texto expreso la Ley lo disponga, será posible el apartamiento de dicho régimen general.

intervención de facultades del deudor. Del mismo modo, el sistema de normas concursal ganaría en coherencia al permitir una articulación más armónica del principio de mantenimiento de los órganos de la persona jurídica concursada, con el procedimiento liquidatorio contemplado en la Ley.

Cuando la apertura de la sección sexta y la sentencia de calificación se produzca a resultas, no del inicio de la fase de liquidación, sino de haberse alcanzado un convenio entre el deudor concursado y sus acreedores, serán igualmente de aplicación, todos los efectos previstos para la inhabilitación de administradores afectados por la declaración del concurso como culpable. Sin embargo, la Ley concursal, permite, en caso de convenio, que la sentencia de calificación, excepcionalmente pueda autorizar “[...] *al inhabilitado a continuar al frente de la empresa o como administrador de la sociedad concursada*” (art. 172.2.2º. párrafo segundo, LC).

La naturaleza excepcional del mantenimiento del administrador inhabilitado en su cargo obligará al juez a precisar las ventajas que se derivarán de esta medida, así como a fijar el período durante el cual regirá la excepción y su alcance. De ahí que el artículo 13.2º del Código de Comercio, modificado por la disposición final 2.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, en la en la redacción dada por el artículo único 115 de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, señale al relacionar las personas, que “no podrán ejercer el comercio ni tener cargo ni intervención directa administrativa o económica en compañías mercantiles o industriales”, a las “[...] *que sean inhabilitadas por sentencia firme conforme a la Ley concursal mientras no haya concluido el período de inhabilitación*”, añadiendo a continuación que, “[...] *si se hubiera autorizado al inhabilitado a continuar al frente de la empresa o como administrador de la sociedad concursada, los efectos de la autorización se limitarán a lo específicamente previsto en la resolución judicial que la contenga*”.

La previsión del artículo 13.2º del Código de Comercio, subraya la necesidad de que la sentencia que autorice al inhabilitado a

continuar en representación del deudor conveniado, deba indicar en forma explícita los aspectos respecto de los cuales se exceptúa la aplicación de los efectos derivados de la inhabilitación. Así, dicha sentencia deberá indicar si la prohibición surte efectos sólo hasta el cumplimiento (o incumplimiento) del convenio o se mantiene más allá de su conclusión; si se otorga supeditada al satisfactorio cumplimiento de sus funciones durante el convenio o a cualquier otra condición, término o plazo, así como cualesquiera otros aspectos que el órgano jurisdiccional estime necesario precisar, quedando el inhabilitado impedido de representar a terceros, administrar los bienes de estos, ejercer el comercio o intervenir económicamente en compañías mercantiles e industriales, si en la sentencia no se le autoriza expresamente a ello, y en los exactos términos en que tal autorización se conceda.

### **B.- Especificidades respecto de algunas personas jurídicas y de grupo**

Respecto a la temática analizada relativa a la modificación del órgano de administración y representación societario, entendimos pertinente estudiarla exponiendo consideraciones generales. No obstante, queremos plantear algunas especificidades referidas tanto a distintas personas jurídicas como de grupo, con relación a los efectos de la sentencia de calificación que declara afectada por la declaración de concurso culpable al administrador persona jurídica.

En efecto, la Ley de Sociedades de Capital contempla la posibilidad del nombramiento de administrador recaiga sobre una persona jurídica, previendo, en tal caso, “[...] *la designación de una sola persona natural para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo*” (arts. 212.1 y 212 bis.1, LSC). De forma similar, la Ley estatal de cooperativas permite el ejercicio del cargo de consejero por una persona jurídica, estableciéndose igualmente la obligación de designar una persona física para el ejercicio de las funciones propias del cargo (34.1, párrafo cuarto, LCoop). Asimismo, podrán ser miembros del Patronato de una fundación de ámbito estatal las

personas jurídicas, que deberán “[...] designar a la persona o personas físicas que las representen en los términos establecidos en los Estatutos” (art. 15.2, párrafo segundo, LF).

Cuando la sentencia que califique como culpable al concurso, inhabilite a integrantes del órgano de administración de la persona jurídica concursada que sean, a su vez, personas jurídicas, surge en primer lugar, la cuestión de si la condena de inhabilitación deberá recaer sobre la persona jurídica, sobre su representante en el órgano de administración o sobre ambos.

A este respecto, es por más que obvio, útil enfatizar que, es sobre la persona jurídica administradora, y no sobre su representante persona física, que cabrá imponer la condena a inhabilitación, al menos en lo que toca a lo actuado en nombre y representación de aquella<sup>329</sup>. Es enteramente posible que la persona física designada para representar a la persona jurídica administradora, hubiese desempeñado, en nombre y por cuenta propia, otros cargos o cumplido funciones diversas, en forma previa, posterior o simultánea. Podrá, por ejemplo, haber sido, al mismo tiempo, representante, administrador o liquidador, de hecho o de derecho, o apoderado general de la concursada, dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso. Del mismo modo, si ninguna disposición legal o estatutaria lo prohibiese, dicho administrador podría ser o haber sido, a su vez, socio o accionista de la entidad deudora y, en cuanto tal, podría declarársele persona afectada por la calificación como culpable del concurso cuando, en ejercicio de sus derechos políticos como socio, se hubiese “[...] negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el artículo 165.2, en función

---

<sup>329</sup> Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil. Sentencia 349/2014, de 3 de julio, Id Cendoj: 28079110012014100338; Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 1ª. Sentencia 127/2015, de 15 de mayo, Id Cendoj: 27028370012015100070; Juzgado de lo Mercantil N.º 12 de Madrid, Sentencia de 24 de septiembre de 2014, Id Cendoj: 28079470122014100003.

*de su grado de contribución a la formación de la mayoría necesaria para el rechazo del acuerdo” (art. 172.21º, LC).*

En cuanto a los efectos de la inhabilitación, tal y como ya hemos señalado, estos no se reducen a los de la inhabilitación en sí misma, es decir, a la prohibición de administrar bienes ajenos o representar a terceros por el tiempo que fije la sentencia <sup>330</sup>. El anteriormente citado artículo 13.2º del Código de Comercio, prohíbe el ejercicio del comercio, así como desempeñar cargos o intervenir directa, administrativa o económicamente en compañías mercantiles o industriales. Este efecto de la inhabilitación concursal, es especialmente grave cuando se aplica a una persona jurídica. No cabe duda que dicha persona jurídica incurrirá en causa de disolución, por imposibilidad sobrevenida de su objeto, si la actividad que desarrolla es encuadrable como ejercicio del comercio<sup>331</sup>. Del mismo modo, cuando la persona jurídica inhabilitada sea titular de participaciones en el capital de otras compañías mercantiles o industriales, no parece que la severidad del artículo 13.2º deje otra alternativa que la de enajenar las mismas, o ser aquella excluida de la sociedad<sup>332</sup>.

El juego de las previsiones de la Ley concursal y del Código de Comercio, provoca consecuencias de especial gravedad cuando – en

---

<sup>330</sup> La Ley de Sociedades de Capital, veda a los inhabilitados por sentencia de calificación del concurso, el desempeño del cargo de administrador (art. 213.1, LSC). Tampoco pueden ser consejeros o interventores de cooperativas [art.41.1.d), LCoop, y legislación autonómica concordante], ni patronos de fundaciones (no hay una mención expresa a esta prohibición en la Ley estatal de fundaciones, pero la misma, obviamente, no es necesaria). No podrá asimismo el inhabilitado persona jurídica, ser tutor, curador o defensor judicial (arts. 244.5 y 291, segundo párrafo, 301, CC).

<sup>331</sup> GARCÍA-CRUCES, J.A., “Sustitución de los inhabilitados (art.173)”, en ROJO, Á., y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *Comentario de la Ley concursal*, Tomo II, 1ª edición, 2ª reimpresión, Editorial Civitas, Madrid, 2004, p. 2605.

<sup>332</sup> BELTRÁN SÁNCHEZ, E. y MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “Reforma del Código...”, *op. cit.*, p. 2605.



una hipótesis en modo alguno infrecuente – se declare la inhabilitación de la sociedad controlante de un grupo, precisamente por su responsabilidad en la causación o agravamiento de una de las empresas controladas. En tal caso, los efectos de la sentencia de calificación, producirían una reacción en cadena en todas las empresas controladas, ya fuera por efecto de la eventual disolución de la persona jurídica matriz, ya por la necesidad de enajenar las participaciones de aquella en las empresas integrantes del grupo, o por el cese automático de la persona inhabilitada como integrante de los órganos de administración de todas las sociedades, cooperativas o fundaciones de los que sea parte.

Este riesgo debe ser especialmente tenido en cuenta por los administradores de personas jurídicas a la hora de valorar las potenciales implicaciones de figurar dichas personas, como integrantes del patronato de fundaciones, una posición que frecuentemente se percibe más como una distinción honorífica o una muestra de respaldo a la actividad desarrollada por la fundación, que lo que realmente es: la asunción de una notable responsabilidad que demanda del patrono persona física o jurídica, involucrarse en el seguimiento de todos los aspectos de la gestión económica de la entidad.

## **II.- Régimen jurídico uruguayo**

### **A.- Consideraciones generales**

Si bien la LCRE no proclama expresamente el mantenimiento de los órganos de la persona jurídica deudora durante la tramitación del procedimiento concursal, esta circunstancia se puede advertir con claridad del contexto de las disposiciones normativas relativas a los efectos de la declaración del concurso respecto del deudor. Así, tanto en el caso de suspensión de la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso, como en el caso de limitación, la LCRE determina consecuencias que suponen la alteración del

funcionamiento de los órganos de la persona jurídica, pero en modo alguno su desaparición, ni cese.

En otras palabras, el concurso de la persona jurídica produce, por el hecho de ser tal, consecuencias derivadas exclusivamente sobre el funcionamiento orgánico, o, como refiere la ley concursal uruguaya, “*efectos respecto al funcionamiento de sus órganos sociales*”, y los mismos derivados del régimen de suspensión o limitación de la legitimación para disponer y obligar a la masa del concurso (arts. 48 y 49, LCRE).

Obviamente, los efectos de la declaración de concurso con relación a los órganos de la persona jurídica tendrán diverso alcance, según se resuelva judicialmente la suspensión o limitación de la legitimación para disponer y obligar a la masa del concurso por parte del deudor.

Si se suspende la legitimación de la persona jurídica concursada, el síndico ejercerá las facultades que corresponden al órgano de administración y los integrantes del órgano perderán el derecho a percibir retribución.

Por su parte, si se declara el concurso y se limita la legitimación de la persona jurídica deudora para disponer y obligar a la masa, el órgano de administración sigue en funcionamiento (sus miembros no perderán el derecho a percibir remuneración), a salvo de las limitaciones establecidas en la LCRE.

El procedimiento concursal uruguayo consta básicamente de dos etapas o fases: una fase necesaria denominada “*de convenio*” y otra - de carácter contingente - llamada “*de liquidación*”<sup>333</sup>. Es preciso

---

<sup>333</sup> A diferencia de lo dispuesto en la Ley concursal, donde surge a texto expreso la referencia a una fase común del concurso, una fase de convenio y otra fase de liquidación, la LCRE no refiere específicamente a la existencia de fases o etapas en el concurso. Sin embargo, el Decreto Reglamentario de la LCRE N.º 180 de 23 de abril de 2009, regula la fijación de la retribución de síndicos e interventores de

realizar esta distinción, en virtud que las consecuencias del procedimiento concursal en una y otra etapa, podrán ser diversas con relación a los órganos de la persona jurídica concursada.

El juez ordenará la apertura de la liquidación, en los siguientes casos: cuando el deudor lo requiera en la solicitud de declaración judicial de concurso; cuando el deudor no presente propuesta de convenio o la misma no sea aceptada en Junta de Acreedores; cuando el juez no apruebe la propuesta de convenio; en caso de incumplimiento del convenio aprobado; o cuando sea solicitada por acreedores que representen la mayoría de los créditos quirografarios con derecho a voto (art. 168, LCRE).

Cabe destacar, que la resolución judicial que ordena la liquidación de la masa activa del concurso determinará necesariamente la suspensión de la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso. Si en la etapa de convenio, la legitimación del deudor se encontraba limitada, ahora se suspenderá con nombramiento del interventor como síndico. Las consecuencias son las señaladas en el artículo 48 de la LCRE: el síndico ejercerá las facultades que corresponden al órgano de administración y los integrantes de dicho órgano, perderán el derecho a percibir remuneración. En cambio, si en la fase de convenio ya estuviera suspendida la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso, continuará en sus funciones el síndico oportunamente designado por el juez del concurso (art. 169, LCRE).

Por consiguiente, en la etapa de liquidación necesariamente se suspenderá la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa, ya sea porque la limitación deba transformarse en suspensión, o porque la suspensión continúe como ya venía aconteciendo desde la etapa de convenio.

---

acuerdo a dos fases del concurso, la llamada etapa de convenio y la etapa de liquidación.

Puede afirmarse con carácter general, que en caso de declaración judicial de concurso de una persona jurídica, las normas legales o contractuales que regulan la estructura y funcionamiento de los órganos de administración y representación de la concursada que no atañen directamente a la restricciones concursales relativas a la legitimación para disponer y obligar a la masa del concurso, seguirían rigiendo para los mencionados órganos, sin limitaciones ni cortapisas.

Sin embargo, como consecuencia de la suspensión o limitación de la legitimación de la persona jurídica concursada para disponer y obligar a la masa del concurso, podrían aparecer algunas dificultades en el funcionamiento de sus órganos, tanto en lo relativo a la formación de la voluntad orgánica, como en lo que respecta a la adopción de decisiones con eficacia para modificar la estructura, composición y funcionamiento de los órganos de administración y representación.

De esta forma, se analizarán, específicamente, algunos de los efectos colaterales relacionados con la suspensión o limitación de la legitimación de la persona jurídica concursada. En primer lugar, lo referente a las erogaciones requeridas para la adopción de decisiones y puesta en marcha de las modificaciones que pueda experimentar el órgano de administración durante la tramitación del procedimiento concursal. En segundo término, la consideración eventual de cese o nombramiento de administrador, administradores o miembros del órgano de administración, como actos relativos al régimen de suspensión o limitación de la legitimación de la persona jurídica deudora y sujetos al mencionado régimen. Finalmente, se tratará lo relativo a los efectos que sobre la integración y funcionamiento de los órganos de la persona jurídica pueda tener la inhabilitación de alguno, algunos o todos los integrantes del órgano de administración o de liquidación para administrar bienes propios o ajenos, así como el “cese” de los administradores, conjuntamente con la declaración de disolución de la persona jurídica concursada, cuando se dicta la resolución judicial que ordena la liquidación de la masa activa del concurso.

### **a.- Financiación de los gastos necesarios para la adopción y puesta en práctica de modificaciones en el órgano de administración durante el concurso**

Uno de los efectos colaterales que será objeto de análisis, se relaciona con la inexistencia de bienes y derechos de contenido patrimonial de la persona jurídica concursada no abarcados por el régimen de suspensión o limitación de la legitimación, y de los cuales pueda disponer la entidad para el financiamiento de gastos en cuanto al funcionamiento de sus órganos.

Por lo general, los actos de la persona jurídica concursada relativos al funcionamiento de sus órganos impactan - aunque a veces de manera no significativa - en los bienes y derechos que integran la masa activa del concurso.

Así, los gastos que insume la convocatoria y celebración de las reuniones de los órganos que conforman la persona jurídica traen aparejados que, la enorme mayoría de los actos que exceden al ejercicio de las facultades patrimoniales de la persona jurídica concursada requieran, para poder llevarse a cabo, la realización de actos de administración o disposición relacionados con bienes y derechos que conforman la masa activa del concurso. Por consiguiente, si se pretende a esos efectos, recurrir a la masa activa para cubrir o solventar los gastos de funcionamiento orgánico, los referidos actos quedan sometidos a la autorización o control del interventor, o a su ejecución efectiva por parte el síndico.

El ejercicio de las facultades estrictamente orgánicas, ajenas al ámbito de las restricciones concursales (limitación o suspensión de la legitimación para disponer), se observa en el caso de modificación de la estructura de los órganos de administración y de representación de la persona jurídica y de nombramiento y cese de sus miembros.

Pese a la naturaleza eminentemente orgánica de los actos en que se concreta la modificación de la estructura y la designación y remoción de los integrantes del órgano de administración y representación, resulta difícil, como se indicó, encontrar alguno de ellos que no generen erogaciones de uno u otro tipo.

Como expresamos en oportunidad de analizar este punto con referencia al régimen jurídico español, cuando el ejercicio de competencias no patrimoniales, exija la realización de actos de disposición con cargo a los bienes de la masa activa del concurso, no será necesaria la autorización, confirmación o realización por parte del síndico o del interventor del acto de naturaleza orgánica, sino de los actos de disposición y administración conexos e instrumentales a aquél.

El inconveniente radica en la ausencia de disposiciones normativas que le indiquen al síndico o al interventor concursal cómo proceder ante estas circunstancias, por lo que será imprescindible realizar un esfuerzo interpretativo dentro del contexto normativo del procedimiento concursal, a efectos de poder despejar estas vicisitudes.

La actitud que debe asumir el síndico o el interventor, siempre tiene que tener como norte, no el interés del ente concursado, sino los del concurso. Por ello, el síndico o el interventor deberán, prestar su conformidad o realizar por sí mismos los actos dispositivos necesarios, cuando entiendan, que la modificación de la estructura o composición del órgano de administración que se propone redundará en la mejor consecución de los intereses del concurso.

Ello no siempre será fácil de determinar ¿Debe autorizarse, por ejemplo la reducción del número de integrantes del órgano? En principio, podría sostenerse que, generalmente, una administración integrada por menos personas sería una menos costosa, lo que permitiría conservar de forma más adecuada a los intereses del concurso la masa activa. Pero, quizás el ejercicio del cargo de administrador no sea remunerado, en cuyo caso, una reducción del

número de integrantes, podría no tener impacto sobre los costos de mantenimiento de los órganos de la persona jurídica, haciendo innecesario, incurrir en los gastos registrales vinculados al cese.

La Ley concursal uruguaya no establece entonces, un marco rígido para regular cuándo un gasto de funcionamiento del deudor concursado deba ser autorizado o realizado por el síndico o el interventor. De todas formas, esto habilita al síndico o interventor a resolver conforme a los intereses del concurso.

**b.- Eventual consideración del cese y nombramiento de integrantes de los órganos de administración y representación de la concursada, como actos sujetos al régimen de suspensión o limitación de la legitimación de la persona jurídica deudora**

Se analiza la posibilidad de considerar al cese y nombramiento de los miembros del órgano de administración y representación de la persona jurídica como actos sujetos al régimen de limitación o suspensión de la legitimación para disponer, en virtud del impacto de los efectos de dichos actos en la masa activa del concurso.

Respecto a que la posible consideración de la designación y cese de los integrantes de los órganos de administración y representación, como actos sujetos a autorización o confirmación por el síndico o el administrador, cabe señalar que en Uruguay no se han planteado posiciones como las asumidas por la DGRN ya analizadas.

Por supuesto que al síndico y al interventor le están encomendadas facultades que trascienden, o van más allá de las de mera administración o disposición de los bienes que integran la masa activa, como por ejemplo el ejercicio de las acciones de responsabilidad que pueda corresponder a la sociedad contra los administradores sociales o frente a sus socios, o la representación procesal del deudor en los supuestos asignados por la normativa.

Empero, esta argumentación no logra conmover la necesaria aplicación del régimen general en el caso. En efecto, las personas jurídicas manifiestan su voluntad a través de órganos. Uno de ellos, el de administración, cumple las funciones de administrar, como su propio nombre lo indica, y de gestionar a la persona jurídica. Cuando al órgano se le quitan funciones relativas a su ámbito competencial, es por expresa disposición legal, como en casos de intervención o de concurso.

En resumen, como el régimen general es el orgánico, tanto el otorgamiento de funciones al síndico o al interventor, como la modificación o suspensión de funciones al órgano, deben ser establecidas legalmente y a texto expreso. O sea, si al órgano – y por tanto a la persona jurídica – se le limita o suspende la legitimación para disponer y obligar a la masa, no por ello pierde el resto de las funciones que le correspondan. Por su parte, el síndico o interventor sólo tendrán como funciones a realizar, las que específicamente les otorgue la Ley. Al ser la designación y cese de los administradores y representantes una función orgánica y al no estar expresamente atribuidas por el ordenamiento jurídico al síndico o al interventor, es que se mantiene como función del órgano que corresponda, según cual sea la naturaleza de la persona jurídica concursada.

Menos relevante aún es el argumento consistente en que deben considerarse sometidos al control externo del síndico o interventor, el nombramiento o el cese de miembros de los órganos de administración y representación<sup>334</sup>, en la medida en que, de ser condenados por la sentencia de calificación, ello tendrá efectos en la masa activa.

Si después de la declaración de concurso, se designan o se cesan a integrantes de los órganos de administración y representación, no

---

<sup>334</sup> Como se explicitó, en Uruguay, las sociedades comerciales tienen un órgano de administración y otro diferente de representación. Por su parte, en caso de otras personas jurídicas (cooperativas, asociaciones), hay un único órgano de administración y representación.



por ello desaparece la responsabilidad de éstos. Por ello, no resulta relevante para la masa, la solvencia de los nuevos designados, ya que éstos también serán responsables, pero por los actos en los que participen a partir de su designación.

**c.- Convocatoria de Junta por cese de administradores por inhabilitación derivada de sentencia de calificación del concurso como culpable (art. 202 párrafo 2º, LCRE) y por aprobación de convenio (art.162, LCRE)**

La sentencia que califique el concurso de una persona jurídica como culpable, podrá inhabilitar a alguno, algunos o todos los integrantes del órgano de administración o de liquidación de la persona jurídica concursada para administrar bienes propios<sup>335</sup> o ajenos, por un período de entre cinco y veinte años, así como para representar a cualquier persona (art. 201.3, LCRE).

La referida inhabilitación resulta incompatible con la posibilidad de formar parte de un órgano de administración o liquidación. Ante esta circunstancia, puede acontecer que la persona jurídica se encuentre impedida de formar su voluntad corporativa. Por tanto, en tal supuesto, se prevé normativamente, la convocatoria por parte del síndico o del interventor a “*asamblea de socios o accionistas*” para la designación de nuevos administradores o liquidadores (art. 202, párrafo segundo, LCRE)<sup>336</sup>.

---

<sup>335</sup> Adviértase que la inhabilitación no es solo para bienes ajenos, sino sorprendentemente también para los propios.

<sup>336</sup> Existen en Uruguay, órganos de deliberación que no poseen estructura colegiada. Así, entre otros, los órganos de deliberación de las sociedades colectivas (art. 207, LSCU), en comandita simple (art. 213, LSCU), de capital e industria (art. 219, LSCU) y de responsabilidad limitada de menos de veinte socios (art. 239 párrafo 1º, LSCU), no son colegiados. Se denominan reuniones de socios y se puede recabar la anuencia de cada socio para formar la voluntad social a través de consulta escrita si el contrato no exigiera otra cosa (art. 207, párrafo 3º, LSCU). De todas formas, más allá de la referencia a “*asamblea de socios o accionistas*”, entendemos que la

Los integrantes del órgano de administración o liquidación que no hubieran sido inhabilitados, pueden obviamente, conservar su calidad de tales, salvo que la persona jurídica concursada, a través de su órgano de deliberación resuelva otra cosa.

Dentro de los efectos de la aprobación judicial de una propuesta de convenio presentada por el deudor, la LCRE prevé la extinción o el cese de la suspensión o la limitación de deudor para disponer y obligar a la masa del concurso (art. 161, LCRE).

Sin embargo, en el caso del deudor persona jurídica, la normativa concursal ordena al síndico, convocar al órgano deliberativo (reunión de socios o asamblea de accionistas) para el nombramiento de administradores o de liquidadores (art. 162, LCRE). Al respecto, cabe realizar algunas consideraciones, no sin antes señalar que la doctrina ha soslayado el análisis de la disposición normativa mencionada.

En primer lugar, la ley ordena la convocatoria a reunión de socios o asamblea de accionistas, sólo para caso de que la sentencia de declaración judicial de concurso, hubiera suspendido la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso, vale decir, únicamente en caso de concurso necesario, o de concurso voluntario con activo insuficiente para satisfacer el pasivo. De otra forma, hubiera ordenado no sólo al síndico a realizar la convocatoria, sino también al interventor.

En segundo término, no se advierte la necesidad o la razón de convocar al órgano deliberativo para designar administradores o liquidadores, cuando por efecto de la suspensión de la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso con la consecuente designación de un síndico, la LCRE dispone que este administrador concursal *“ejercitará las facultades conferidas por la*

---

disposición contenida en el artículo 202, párrafo 2° de la LCRE, debe entenderse referida a toda forma de organización y actuación del órgano de deliberación.

*ley y los estatutos a los administradores o liquidadores, que perderán el derecho a percibir cualquier tipo de remuneración”* (art. 48.1, LCRE), pero en modo alguno quedan cesantes. Es más, según el artículo 161 de la LCRE, los administradores o liquidadores retomarían el ejercicio de sus cargos, en virtud del cese de la suspensión de la legitimación para disponer.

En consecuencia, la previsión contenida en el artículo 162 de la LCRE, es inconsistente con el sistema regulado en la LCRE en cuanto a los efectos de la suspensión de la legitimación para disponer y obligar a la masa del concurso en el caso de las personas jurídicas. Únicamente, podría resultar consistente - aunque, seguramente, innecesaria - en el caso que, a pesar de haberse aprobado una propuesta de convenio, la sentencia de calificación del concurso dispusiera la inhabilitación de todos los integrantes del órgano de administración o liquidación, o de los miembros necesarios en dichos órganos para poder conformar la voluntad orgánica.

Sin embargo, no ha de perderse de vista que, en caso de existir propuesta de convenio, el incidente de calificación se formará una vez aprobada la misma, es decir, luego que el convenio ha comenzado a desplegar sus efectos. Por tanto, entre la fecha de aprobación del convenio y el dictado de la sentencia de calificación de concurso, habrá mediado un lapso considerable dentro del cual debió ser necesaria la actuación del órgano de administración de la persona jurídica concursada.

Ingresando al análisis de la previsión contenida en sede de liquidación de la masa activa, cabe recordar que la resolución liquidatoria necesariamente dispondrá - además de la declaración de disolución de la persona jurídica deudora - *“el cese de los administradores”* (art. 169.3, LCRE).

El legislador uruguayo tomó como fuente de esta norma, la contenida en el artículo 145.3 de la LC. Originariamente, la disposición normativa española disponía que los administradores o

liquidadores cesados, serían *“sustituidos por la administración concursal...”*.

La referida norma española en su actual redacción, da un paso más, al disponer que si el concursado fuese una persona jurídica, la resolución judicial que ordene la liquidación declarará el cese de los administradores o liquidadores *“que serán sustituidos por la administración concursal, sin perjuicio de continuar aquéllos en la representación de la concursada en el procedimiento y en los incidentes en los que sea parte”*.

En Uruguay, el artículo 169.3 de la LCRE no ha sufrido variantes desde su sanción en el año 2008. La doctrina ha soslayado el análisis del contenido de la mencionada disposición normativa. Entendemos que la redacción dada por el legislador a la previsión del artículo 169.3 de la LCRE es incongruente con el sistema previsto en la Ley, en cuanto a los efectos de la declaración del concurso con relación a los órganos de la persona jurídica deudora.

Cabe recordar, que en caso de suspensión de la legitimación para disponer y obligar a la masa, el síndico sustituye al deudor concursado en la administración y disposición de sus bienes, y en caso de limitación de la legitimación del deudor, el interventor coadministrará conjuntamente con el deudor concursado.

Cuando se suspenda la legitimación del deudor, el síndico será el único habilitado para realizar actos de administración y disposición respecto de los bienes y derechos que componen la masa activa del concurso. Por su parte, en caso de limitación de la legitimación para disponer y obligar a la masa del concurso, el deudor queda sujeto a un sistema de autorizaciones o de controles por parte del interventor. Requerirá autorización del interventor para realizar cualquier acto o negocio jurídico sobre bienes que integran la masa activa, así como para contraer, modificar o extinguir obligaciones, o para conferir, modificar o revocar poderes, con excepción de las operaciones ordinarias del giro del deudor, las

cuales serán realizadas por éste bajo el control del interventor (art. 47, LCRE).

Una vez declarado el concurso, sea que se suspenda o limite la legitimación del deudor para disponer, subsisten los órganos de la persona jurídica. No tendría sentido la supresión de los órganos de la persona jurídica en caso de suspensión de la legitimación pues, como se expresó anteriormente, y, entre otras razones, dicha suspensión es una medida temporal que puede ser revisada en cualquier momento por el juez (arts. 45.3 y 161, LCRE).

La restricción en el funcionamiento de los órganos de la persona jurídica es provisoria. Si se aprueba una propuesta de convenio presentada por el deudor concursado, los órganos de la persona jurídica recuperarán la totalidad de sus funciones. Esto, sin perjuicio de la incongruencia advertida y ya analizada del artículo 162 de la LCRE.

Mientras tanto, si se declara la apertura de la liquidación de la masa activa, el artículo 169.3 de la LCRE, ordena “*el cese de los administradores*”. Cabe preguntarse cómo se compatibiliza esta disposición normativa, con la contenida en el artículo 45.6 de la LCRE, relativa a la posibilidad del deudor - incluso en caso de suspensión de la legitimación para disponer - de impugnar o interponer recursos contra la actuación del síndico o del interventor y contra las resoluciones judiciales.

Evidentemente, el hecho de que la norma concursal ordene el cese de los administradores sin más, provocaría una clara y manifiesta situación de indefensión.

Adviértase que el deudor no podría, a modo de ejemplo, ser emplazado por el juez del concurso en caso que el informe de calificación del síndico contuviera una solicitud de calificación del concurso como culpable. La propia LCRE ordena al juez, en esta

hipótesis, emplazar al deudor y a las personas que pudieran ser afectadas por la calificación del concurso (art. 199, LCRE).

Por su parte, expresamente la LCRE admite la posibilidad del deudor de oponerse a la calificación (art. 200, LCRE), e incluso, la facultad de impugnar la sentencia de calificación de concurso (art. 252, LCRE). Pues bien, lo dispuesto en el artículo 169.3 de la LCRE es incongruente con todo lo expresado.

En España, con mejor criterio, aunque perfectible como fuera analizado, la nueva redacción del artículo 145.3 de la LC, más allá de disponer erróneamente el cese de los administradores o liquidadores - quienes serán sustituidos por el administrador - agrega que el mencionado cese opera *“sin perjuicio de continuar aquéllos en la representación de la concursada en el procedimiento y en los incidentes en los que sea parte”*.

En consecuencia, al no ser posible atribuir al artículo 162 de la LCRE, una interpretación que armonice con el resto de las disposiciones de ese cuerpo normativo, especialmente, tomando en consideración que ni la suspensión, ni mucho menos la limitación de la legitimación para disponer, implican el retiro de todas las funciones que le corresponden al órgano de administración, debe otorgársele una interpretación abrogatoria. No tiene ningún sentido, que se convoque al órgano de deliberación para nombrar administradores en caso de aprobación del convenio, cuando el artículo anterior dispone que al alcanzar firmeza la resolución judicial de aprobación del convenio, *“cesará la suspensión o la limitación de la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso”*, y por consiguiente, en caso de las personas jurídicas concursadas, sus órganos de administración recuperan la totalidad de funciones que les competen.

Este contrasentido surge de trasladar disposiciones del Anteproyecto de 1995 que retiraba en bloque las funciones del órgano de administración (cfr. arts. 54.1 y 176, APLC 1995 y art.

162, LCRE) a un texto normativo que, como la LCRE, adopta la posición finalmente consagrada en ese aspecto por la Ley concursal (art. 48,1 LC y arts. 48 y 49, LCRE)<sup>337</sup>.

### **B.- Especificidades respecto de algunas personas jurídicas y de grupo**

No se han advertido particularidades en torno a los efectos del concurso respecto a la organización y funcionamiento del órgano de administración y representación de las sociedades mercantiles, más allá de las mencionadas en el capítulo anterior.

Lo mismo es posible expresar, con relación al régimen normativo aplicable a las cooperativas y a las asociaciones civiles.

En lo que respecta a las fundaciones, el artículo 4 de la Ley 17.163, preceptúa a la letra: *“El gobierno y la administración de las fundaciones estarán a cargo de un Consejo de Administración, integrado por un mínimo de tres miembros, que tendrá todas las facultades necesarias para el cumplimiento del objeto de la institución”*. Como surge de la disposición transcrita, el Consejo de Administración tiene a su cargo el gobierno y la administración de las fundaciones.

La sentencia que califique el concurso de una persona jurídica como culpable, podrá inhabilitar a alguno, algunos o todos los integrantes del órgano de administración o de liquidación de la persona jurídica concursada para administrar bienes propios o ajenos.

---

<sup>337</sup> En el Anteproyecto de 1995, las consecuencias de la imposición al deudor persona jurídica del régimen de suspensión de facultades implicaba, en la práctica, su desplazamiento a favor de la administración concursal. Por tanto, no carecía de cierta coherencia que en caso de aprobación de convenio, se debiera convocar a Junta por parte del administrador concursal, a efectos de designar nuevos administradores. Es sin duda, preferible, la solución adoptada por el texto finalmente sancionado, que hace que resulte innecesaria la previsión del artículo 176 del APLC 1995.

Adicionalmente, la resolución judicial que ordene la liquidación de la masa activa del concurso dispondrá, “*el cese de los administradores*” de la persona jurídica deudora (art. 169.3, LCRE).

Dado el impedimento de formar la voluntad corporativa de la persona jurídica, se prevé normativamente la sustitución de los inhabilitados, imponiéndose al síndico o al interventor la convocatoria al órgano deliberativo para que éste designe nuevos administradores o liquidadores (art. 202 párrafo segundo, LCRE).

Por consiguiente, el primer problema que se plantea, radica en determinar a quién o a quiénes debiera convocar el síndico o el interventor, ya que, en las fundaciones, el órgano de administración (Consejo de Administración) está integrado por los mismos sujetos que conforman el órgano deliberativo. En este escenario, nos hallamos ante un caso de acefalia que, debido a la concentración de todas las facultades fundacionales en un solo órgano, y a la ausencia de un cuerpo social en este tipo de entes, sólo parece ser solucionable mediante la disolución o liquidación de la fundación o su intervención judicial o administrativa.

Paradójicamente, una interpretación literal de la norma contenida en el artículo 162 de la LCRE abocaría a una solución similar. Nos enfrentamos en este caso al absurdo de que, aprobada judicialmente una propuesta de convenio, al ser el deudor una fundación que tuviera suspendida la legitimación para disponer y obligar a la masa del concurso, la LCRE establece que el síndico convocará al órgano deliberativo para el nombramiento de administradores o de liquidadores (art. 162, LCRE). De lo dispuesto en el artículo 162, no cabe sino colegir que para la Ley, el nombramiento es necesario por carecer la fundación con facultades suspendidas, de un órgano específico a través del cual conformar y expresar su voluntad. Al estar comprendidas las funciones de administración, liquidación o cualquier otra, dentro de los cometidos o atribuciones que le corresponden al único órgano presente en las



fundaciones (Consejo de Administración), resulta imposible efectuar la convocatoria que señala el artículo 162. Esto constituye un argumento más para propugnar la interpretación abrogatoria de la referida disposición.

En lo que concierne al grupo económico, como se expresó, la LCRE no contiene una regulación orgánica, sino únicamente la referencia a “*sociedades que formen parte de un mismo grupo de sociedades*” (art. 112, literal C., numeral 2, LCRE), y la regulación concreta de dos supuestos de solicitudes conjuntas de concurso (art. 9, LCRE): el primer supuesto, de concurso voluntario (solicitado por dos o más deudores que formen parte de un mismo grupo), y el segundo, de concurso necesario (un acreedor solicita la declaración judicial del concurso de varios de sus deudores siempre que, respecto de todos ellos existan presunciones de insolvencia y exista confusión patrimonial entre los deudores, o integren un mismo grupo).

Asimismo, la LCRE prevé reglas generales de carácter procedimental: las solicitudes conjuntas deben tramitarse en expedientes separados y ante la misma Sede judicial (art. 13, LCRE), y conocerá en todos los trámites el mismo síndico o interventor (art. 19, LCRE).

Al carecer de personalidad jurídica, la LCRE no admite el concurso de grupo, sino únicamente la tramitación de varios concursos de forma simultánea y coordinada y con las particularidades indicadas.

Merece especial atención lo referente a la sentencia que califica el concurso como culpable y, en particular, a los efectos de la inhabilitación de alguno, algunos o todos los integrantes del órgano de administración o de liquidación de la persona jurídica concursada para administrar bienes propios o ajenos.

En el caso objeto de análisis, se plantea el supuesto en que el órgano de administración de una persona jurídica, esté integrado a su vez, por una persona jurídica, y ésta, habiendo sido inhabilitada por efecto de la sentencia de calificación del concurso, participe en el capital de otra u otras personas jurídicas.

Podría ocurrir que la sentencia que califique el concurso como culpable, disponga la inhabilitación de la sociedad mercantil controlante de un grupo, por haber mediado incidencia directa en la causación o agravamiento del estado de insolvencia de una o más sociedades controladas.

En esta hipótesis, la sentencia de calificación del concurso podría originar un efecto reflejo en las empresas controladas, ya sea como consecuencia de una ocasional disolución de la persona jurídica principal o, lo que podría ser más gravoso aún, por la interrupción intempestiva de la persona jurídica inhabilitada como miembro de los órganos de administración de las demás personas jurídicas que conforman el grupo. El efecto que para el grupo de empresas tendrá la inhabilitación de su sociedad matriz es particularmente grave, ya que la legislación uruguaya dispone que la inhabilitación referida, lo sea no solamente para administrar bienes ajenos, sino también para los suyos propios.

## ***Capítulo Cuarto: Otorgamiento, revocación y modificación de poderes***

### **I. Régimen jurídico español**

Entre los efectos de la declaración de concurso en los órganos de la persona jurídica deudora, la ley dispone en el párrafo segundo de su artículo 48.3: *“Los apoderamientos que pudieran existir al tiempo de la declaración de concurso quedarán afectados por la suspensión o intervención de las facultades patrimoniales”*.

Una posición doctrinal, acogida por la DGRN<sup>338</sup>, entiende que el otorgamiento, modificación y cancelación de poderes por la administración de la deudora, quedan sometidos, en caso de concurso, al régimen de intervención o suspensión del ejercicio de las facultades patrimoniales.

Más allá de lo oportunamente manifestado en relación con el criterio adoptado por la Administración, debemos reiterar aquí, que entendemos relevante una interpretación conciliadora de las normas comprendidas en los artículos 48.1 y 48.3 de la Ley concursal. Esto es, una que no vacíe de contenido la previsión del mantenimiento de los órganos de la persona jurídica durante todo el procedimiento concursal.

Sosteníamos que ha de desecharse la interpretación que trata de establecer un hipotético “efecto indirecto” del otorgamiento de poderes sobre los bienes que integran la masa activa del concurso. A ello, añadiremos ahora que, tal como ocurre con las facultades patrimoniales del concursado, no es la atribución de dicha competencia a los órganos necesarios de la persona jurídica la que es objeto de intervención o suspensión (*cf.* art. 40.7, LC), a fin de proteger la mejor conservación de la masa activa del concurso, sino el efectivo ejercicio de la misma.

---

<sup>338</sup> Ver *supra* SEGUNDA PARTE, Capítulo Tercero, I. A. b.-.

No supone un riesgo para la masa, que el deudor conserve sus competencias patrimoniales, sino que las ejerza al margen del régimen de intervención o suspensión fijado por la autoridad judicial<sup>339</sup>. Mucho menos lo constituye el ejercicio de facultades meramente orgánicas como lo son el otorgamiento, modificación o cancelación de poderes por el órgano de administración.

No obstante, existen disposiciones en los códigos Civil y de Comercio que regulan consecuencias relativas a negocios jurídicos relacionados eventualmente a poderes otorgados por la persona jurídica. En concreto, según el artículo 1732.3º del Código Civil, el mandato acaba *“por muerte, declaración de prodigalidad o por concurso o insolvencia del mandante o del mandatario”* ¿Es dicho precepto aplicable al poder otorgado por la persona jurídica deudora a su apoderado, bajo el régimen del mandato civil? Creemos que no. Su inaplicabilidad debe afirmarse sin reparos respecto de las personas jurídicas (*cf.* 48, LC), al prevalecer las disposiciones de la Ley concursal. Nuestra interpretación parte del reconocimiento de ser las normas contenidas en los artículos 1732.3ª del Código Civil y 48.3 de la Ley concursal, irreconciliables en cuanto que, mientras aquella dispone la extinción de mandatos otorgados por la persona declarada

---

<sup>339</sup> Siempre y cuando no se considere el mantenimiento de los órganos de la persona jurídica concursada como un mero requisito procedimental, exclusivamente dirigido a la viabilización del derecho de defensa de la deudora en el procedimiento y sus incidentes, y el ejercicio por ésta de funciones y facultades no afectadas por el régimen concursal, como un riesgo inherente para la seguridad jurídica. Esta posición, conocida como tesis de la traslación en bloque de competencias del órgano de administración societario a la administración concursal, fue recogida en el muy citado Auto del Juzgado de lo Mercantil N.º 7 de Madrid de 29 de marzo de 2007. Dicha resolución fue revocada por la Audiencia Provincial de Madrid y el propio Tribunal Supremo, en la Sentencia de su Sala 1ª 258/2012, de 24 de abril. La tesis de la “traslación en bloque” fue defendida por destacada aunque minoritaria doctrina. Por todos, ver SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “La convocatoria de la junta general ante la suspensión de los administradores sociales: (comentario al Auto número 106/2007 del Juzgado de lo Mercantil número 7 de Madrid, de 29 de marzo de 2007)”, en *Anuario de Derecho concursal*, vol. 9, N.º 12, Madrid, 2007, pp. 341-361.

en concurso, ésta somete los mismos de forma expresa al régimen de intervención o suspensión. La contradicción normativa debe resolverse en este caso en base al criterio de especialidad, a favor de lo dispuesto por el legislador concursal<sup>340</sup>.

El Código de Comercio, en su única disposición referida a las causas de extinción de la comisión, preceptúa en su artículo 280: *“Por muerte del comisionista o su inhabilitación se rescindirá el contrato; pero por muerte o inhabilitación del comitente no se rescindirá, aunque pueden revocarlo sus representantes”*. Por las mismas razones que las expuestas con relación al artículo 1732.3 del Código Civil, creemos también inaplicable esta previsión a la persona jurídica concursada.

Obviamente, la inhabilitación de los integrantes del órgano de administración de la persona jurídica, hace imposible para los afectados por la calificación, la administración de bienes ajenos y la representación de otras personas distintas de sí mismas. Y en tal supuesto, nada obsta para considerar aplicable la previsión del Código de Comercio (extinción) respecto del negocio jurídico de comisión eventualmente vinculado al poder que tuviera conferido el administrador condenado.

---

<sup>340</sup> Tampoco creemos sea aplicable, al deudor persona física al menos, y con razonable seguridad, durante las fases común y de convenio. Es así, por ser la redacción vigente del mencionado artículo, anterior a la de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que introduce el precepto concursal que nos ocupa. En este sentido, debe recordarse que la Disposición Adicional 1ª.2º de la Ley sanciona que “todas las referencias a la quiebra o al concurso de acreedores contenidas en preceptos legales que no hayan sido expresamente modificados por esta ley se entenderán realizadas al concurso en el que se haya producido la apertura de la fase de liquidación”. Siendo este el caso, con certeza no se extinguirá el mandato por la mera declaración de concurso si no se ha producido la apertura de la fase de liquidación. MARIÑO PRADO, F., “C.1.2. Actuación del deudor. Efectos del concurso sobre los poderes”, publicado en <http://www.iurisprudente.com/2014/07/disposicion-de-bienes-del-concursado.html>, consultado el 15/05/2015 .

Lo que en ningún caso podrá entenderse es que, por el solo hecho de haber procedido el juez a la apertura de la fase de liquidación, se considere que, al cesar los integrantes del órgano de administración de la deudora, que ésta, de alguna forma, se encuentra inhabilitada. Por ello, ha de rechazarse que la administración concursal quede legitimada, tras la apertura de la liquidación, para cancelar los poderes de la deudora invocando la previsión del artículo 280 del Código de Comercio.

Ni siquiera estará legitimada la administración concursal para revocar el poder otorgado por la persona jurídica, a favor de apoderado condenado a inhabilitación en la sentencia de calificación del concurso como culpable. En este escenario, la prohibición de representar a terceros indicada para los inhabilitados en la Ley, despliega todos sus efectos de manera inmediata, pudiendo la administración concursal tan solo instar *la inscripción* de la sentencia de calificación por la que se inhabilita al apoderado y que, por tanto, cancela el poder.

No cabe, en conclusión, sino afirmar que, tratándose de efectos del concurso sobre los poderes otorgados por la persona jurídica deudora, habrá de estarse en todo, al efecto que el concurso tenga sobre el ejercicio de las facultades delegadas. Así, ni al apoderado, ni al órgano de administración poderdante, les será posible efectuar actos en contravención del régimen de intervención o suspensión impuesto por el juez del concurso. De hacerlo, las consecuencias serán idénticas, tanto si fuesen realizados a través del órgano de administración de acuerdo a competencias que legal o estatutariamente tuviera atribuidas, o por parte del apoderado que en su nombre las ejercite. Es decir, en ambos casos será de aplicación el régimen general de impugnabilidad que la Ley legitima de forma exclusiva a instar a la administración concursal (*cf.* art. 40.7, LC).

La interpretación que proponemos respecto al otorgamiento, cancelación y modificación de poderes por la administración de la persona jurídica deudora, si bien no coincide, como ya se señaló en el

capítulo anterior, con el criterio que viene empleando la Dirección General de Registros y del Notariado, en lo que respecta a la necesidad de la autorización o confirmación de la administración concursal, no por ello deja de compartir algunos de los argumentos manejados por la referida Dirección.

La Dirección General de Registros y del Notariado confirmó, en su citada resolución de 24 de julio, la denegación por el registrador mercantil de la inscripción de la revocación de poder otorgada por una persona jurídica concursada, con sus facultades de administración y disposición intervenidas, por no constar la autorización o conformidad de la administración concursal de tal acto. Tal como sostuvimos al tratar los efectos del concurso en relación con la modificación del órgano de administración de la persona jurídica deudora, la argumentación empleada por la Dirección General debía rechazarse por no configurar el otorgamiento de poderes, el ejercicio de una facultad de administración o disposición, ni un acto con relevancia para los bienes que integran la masa activa.

En su momento se discutió la validez del argumento del efecto patrimonial indirecto que a la cancelación de poder atribuía el registrador mercantil y la Dirección General de Registros y del Notariado. Empero, no podemos dejar de señalar que la Dirección General no plantea objeción alguna a que la persona jurídica concursada ejercite su facultad de revocar poderes, aún intervenida en el ejercicio de sus facultades de administración y disposición. El principal motivo por el que se deniega la inscripción, es considerar la revocación el ejercicio de una facultad sometida al régimen de intervención concursal por afectar a la masa activa. No hace la Dirección General, tal como nosotros proponemos, sino considerar “[...] *las relaciones de apoderamiento que el órgano que tenga atribuido el poder de representación de la sociedad tenga conferidas con carácter voluntario [...] sujetas al mismo régimen de limitaciones que se predicen del órgano del que derivan*”. Admite con ello la subsistencia de los poderes tras la declaración de concurso y la legitimación del órgano de administración de la deudora para

revocarlos. De todas formas, y en esto se difiere, considera que la revocación del poder debe ser conocida y autorizada por la administración concursal, pues ésta “[...] *asume una responsabilidad no solo en el caso de que se otorguen nuevos poderes o se revoquen los existentes, sino también en el ejercicio de acciones frente a terceros que ostenten o que hayan ostentado en el plazo legal un poder de representación de la sociedad*”.

## **II. Régimen jurídico uruguayo**

En el marco de los efectos de la declaración del concurso con relación a los órganos de la persona jurídica concursada y, específicamente, en caso de limitación de la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso, la LCRE dispone en el artículo 47.1, que “*el deudor requerirá la autorización del interventor para (...) conferir, modificar o revocar poderes...*”.

La primera afirmación que se puede realizar en este sentido, es que la declaración judicial del concurso del deudor persona jurídica no supone la suspensión ni la restricción de las facultades de los apoderados en la hipótesis de limitación de la legitimación para disponer, aunque la normativa concursal exige autorización del interventor para otorgar nuevos poderes o para modificar o revocar los vigentes.

La LCRE no emite pronunciamiento alguno relativo a los apoderamientos en caso de suspensión de la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa el concurso. Una conclusión primaria podría extraerse al respecto: tampoco la declaración judicial del concurso del deudor persona jurídica afecta la vigencia de las facultades de los apoderados en caso de suspensión de la legitimación para disponer y obligar a la masa.

En Uruguay el otorgamiento de poderes no se inscribe en registro público alguno. Sin embargo, deben inscribirse los actos modificativos en el Registro Nacional de Actos Personales, Sección



Mandatos y Poderes. La Ley Orgánica Registral N° 16.871, enumera los actos modificativos susceptibles de inscripción, a saber: revocación, renuncia, sustitución, suspensión, limitación, extinción, así como aquellas modificaciones y rectificaciones de relevancia registral de los actos enumerados (art. 41, Ley 16.871).

La disposición legal referida, prohíbe la inscripción de “[...] los mandatos y poderes, los submandatos, ni las ampliaciones de mandato”. Y agrega que, cuando el poder se extinga por las causales previstas en los numerales 5, 6, 7 y 9 del artículo 2086 del Código Civil<sup>341</sup>, el interesado debe solicitar el registro por escrito, acompañando documentación fehaciente que acredite el acaecimiento de las referidas causales.

También la norma ordena en el artículo 41 párrafo final, que “*el decreto reglamentario determinará los demás datos que deberá contener la inscripción de los actos a que refiere este artículo*”<sup>342</sup>.

Dentro de estas causales de extinción de los poderes, la del artículo 2086 numeral 6° del Código Civil, refiere a la “*quiebra o insolvencia*” del mandante o del mandatario<sup>343</sup>. He aquí una cuestión

---

<sup>341</sup> El artículo 2086 del Código Civil, dispone que el mandato se acaba por las siguientes causales: “1° Por el desempeño del encargo para que fue constituido. 2° Por la expiración del tiempo o por el evento de la condición prefijados para que termine el mandato. 3° Por la revocación del mandato. 4° Por la renuncia del mandatario. 5° Por la muerte del mandante o del mandatario. 6° Por la quiebra o insolvencia del uno o del otro. 7° Por la incapacidad sobreviniente del uno o del otro. 8° DEROGADO por Ley N° 16.603, de 19/10/94, en virtud del art. 1° de la Ley N° 10.783, de 18/9/46. 9° Por la cesación de las funciones del mandante, si el mandante ha sido dado en ejercicio de ellas”.

<sup>342</sup> El Decreto Reglamentario de la Ley Orgánica Registral N° 99/998, en su artículo 63, dispone que a los efectos de inscribir actos modificativos y extintivos, se deberá acompañar - básicamente - la siguiente documentación: “[...] el documento relativo al acto cuya inscripción se solicita con la minuta respectiva”, así como “[...] el título del derecho que se modifica o extingue”.

a resolver. La LCRE establece que en caso de limitación de la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso, el deudor debe requerir autorización al interventor para conferir, modificar o revocar poderes. Cabe preguntarse entonces, si el precepto del artículo 2086 numeral 6° del Código Civil (y su similar del Código de Comercio, artículo 326 numeral 4°), resulta de aplicación a los poderes que se hubieren otorgado por la persona jurídica en caso de declaración judicial de concurso de la referida entidad. En nuestra opinión, la respuesta debe ser negativa. Ante la contradicción normativa existente y en base al principio de especialidad, debemos resolver la cuestión, a favor de lo dispuesto por el norma concursal.

Sin perjuicio de lo expresado, el artículo 264 de la LCRE, contiene previsiones relativas a la armonización con el régimen anterior a su sanción. En el párrafo tercero, indica que las *“disposiciones legales contenidas en leyes anteriores, cuando se refieran a situaciones de quiebra y/o de liquidación judicial deben entenderse realizadas a la decisión judicial de liquidación de la masa activa del concurso”*; mientras tanto, *“cuando se refieran a situaciones de concurso, concordatos o moratorias deben entenderse realizadas a los casos de concurso”*.

El Código de Comercio regula lo referente a los modos de acabarse el mandato. Lo mismo sucede con el Código Civil. Ahora bien, la Ley Orgánica Registral, cuando refiere a los modos de extinguirse los poderes, remite expresamente a los numerales 5], 6°, 7° y 9° del artículo 2086 del Código Civil. Precisamente, el numeral 6° del artículo 2086 del referido cuerpo normativo, prevé la extinción en caso de *“quiebra o insolvencia”* del mandante o del mandatario. La referencia a la *quiebra* no ofrece dificultades de interpretación. Empero, en nuestra opinión, el término *insolvencia* previsto en la disposición normativa del decimonónico Código Civil uruguayo

---

<sup>343</sup> El artículo 326.4 del Código de Comercio, por su parte, establece que el mandato se acaba *“por [...] el concurso formado a los bienes del mandante o mandatario”*.

recién mencionada, no se relaciona en forma alguna con el concepto de insolvencia previsto en el artículo 1° de la LCRE.

Por consiguiente, se podría concluir primariamente, que no se extinguirían los poderes como consecuencia de la declaración judicial de concurso y que sí se extinguirían en caso de declaración judicial de liquidación de la masa activa del concurso.

Sin embargo, esta solución trae a colación lo expresado precedentemente con relación al *cese de los administradores* (art. 169.3, LCRE), como consecuencia necesaria de la declaración judicial de liquidación de la masa activa del concurso. En otras palabras, si los poderes se extinguieran con la declaración de liquidación de la masa activa del concurso, no sería posible compatibilizar esta circunstancia con las posibilidades del deudor concursado de oponerse al informe de calificación del concurso presentado por el síndico (art. 200, LCRE), o incluso, de impugnar la sentencia de calificación de concurso (art. 252, LCRE). No sería posible admitir que los poderes se extingan en caso de declaración judicial de liquidación de la masa activa del concurso, en la medida que exista uno o más apoderados que representen a la persona jurídica concursada. En caso de aceptarse, una vez más, provocaría en la persona jurídica concursada, una clara y manifiesta hipótesis de indefensión.



**TERCERA PARTE: EFECTOS DEL CONCURSO  
RESPECTO A LAS COMPETENCIAS DEL ÓRGANO DE  
ADMINISTRACIÓN Y REPRESENTACIÓN**



***Capítulo Primero: La competencia del órgano de administración con relación al ejercicio de derechos y cumplimiento de deberes de la persona jurídica en el procedimiento concursal***

**I.- Régimen jurídico español**

**A.- Ejercicio de derechos**

**a.- En las distintas fases del procedimiento.**

**1.- En la fase común**

**1.1.- Conversión procedimiento abreviado a común y viceversa**

Uno de los principales objetivos declarados por el legislador al diseñar el procedimiento concursal, ha sido la consecución del trámite más breve y sencillo posible, en función de las circunstancias, características y complejidad de la insolvencia del deudor. Fruto de esta preocupación es la previsión, ya en el texto original de la Ley 22/2003 de 9 de julio, concursal, de un procedimiento abreviado<sup>344</sup>.

---

<sup>344</sup> Esta tramitación simplificada, en la redacción original de la Ley podía decretarla el juez cuando el deudor declarado en concurso era una persona natural o persona jurídica que, conforme a la legislación mercantil, estuviera autorizada a presentar balance abreviado y, en ambos casos, la estimación inicial de su pasivo no superara el millón de euros. El Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, aumentó el límite del valor de la estimación del pasivo (multiplicándolo por diez) que permitía al juez decretar el trámite abreviado, a fin de facilitar que un mayor número de concursos se sustanciaran por un trámite simplificado. Sin embargo, tan solo dos años después, la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, acomete una profunda reforma del procedimiento abreviado, que parte del reconocimiento explícito, en su Exposición de Motivos, de los escasos frutos cosechados hasta ese momento, por la tramitación simplificada del concurso. Así, la Ley de reforma de 2011, proclama que uno de sus propósitos consiste en “[...] que la solución de la insolvencia no se retrase en el tiempo [...]”, y para ello, procura simplificar y agilizar el procedimiento concursal,

La actual tramitación simplificada del concurso responde a las modificaciones dispuestas por la reforma concursal introducida por la Ley 38/2011, de 10 de octubre y la Ley 9/2015<sup>345</sup>, de 25 de mayo. Este procedimiento regula un régimen para la tramitación de los concursos abreviados comunes u ordinarios (art. 191, LC). Introduce normas procedimentales especiales aplicables solo cuando el deudor presenta propuesta de convenio o plan de liquidación junto con la solicitud de declaración de concurso (arts. 191 *bis* y 191 *ter*, LC) para supuestos de concursos no complejos. El artículo 191 *quáter* somete cualquier aspecto del procedimiento abreviado que no esté específicamente regulado, a las normas aplicables en el trámite ordinario.

En general, la aplicación del procedimiento abreviado se encuentra configurada como una facultad del órgano jurisdiccional. Así, dispone la Ley que el juez “*podrá*” aplicar el procedimiento abreviado “[...] *cuando considere que el concurso no reviste especial complejidad*” (art. 190.1, LC).

A continuación, el legislador ofrece al órgano jurisdiccional una serie de circunstancias que servirán para determinar en qué casos se puede considerar *no complejo* un concurso: en función del número de acreedores declarado por el deudor (menos de cincuenta) (art. 190.1.1º, LC), y la estimación inicial del pasivo (art. 190.1.2º, LC) y

---

impulsando y regulando “[...] *un verdadero procedimiento abreviado*”. (E. de M., IV, Ley 38/2011, de 10 de octubre).

<sup>345</sup> La Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, supone tan solo la conversión en ley, del anterior Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, cuyo texto, salvo modificaciones menores, se respeta en su mayor parte, por lo que no existen modificaciones señalables en el texto de la Ley concursal respecto de la redacción dada por el mencionado Real Decreto-ley.



activo (art. 190.1.3º, LC) concursales, (menos de cinco millones de euros, en ambos casos).

También se faculta al juez a aplicar el procedimiento cuando “[...] *el deudor presente propuesta anticipada de convenio o una propuesta de convenio que incluya una modificación estructural por la que se transmita íntegramente su activo y su pasivo*” (art. 190. 2, LC).

La ley no aclara si para poderse aplicar el trámite abreviado, han de cumplirse acumulativa o alternativamente estos requisitos. De hecho, la norma señala al juez que estas circunstancias deberán ser tenidas en cuenta en su decisión, por lo que entendemos que una de ellas – al menos – debe verificarse para que permita al juez ordenar la sustanciación del procedimiento por el trámite abreviado.

De forma diferente, en el numeral 3 del artículo 190, la Ley dirige un claro mandato al juez del concurso: el trámite abreviado deberá necesariamente aplicarse cuando junto con la solicitud de concurso, el deudor presente plan de liquidación conteniendo “[...] *una propuesta escrita vinculante de compra de la unidad productiva en funcionamiento*” (art. 190.3, primer inciso, LC), así como en los casos en que el deudor hubiera “[...] *cesado completamente en su actividad y no tuviera en vigor contratos de trabajo*” (art. 190.3, *in fine*, LC).

La Ley, del mismo modo, permite al juez del concurso, ante cualquier “[...] *modificación de las circunstancias [...]*” decretar, en todo momento, de oficio o a requerimiento del deudor, la administración concursal o cualquier acreedor, tanto la transformación de un procedimiento abreviado en uno ordinario, como del ordinario en abreviado. Por tanto, en caso de ser el deudor persona jurídica, a través de su órgano de administración, se encuentra legitimado tanto para instar la aplicación del régimen de tramitación abreviada, como para solicitar la transformación del trámite.

## **1.2.-Acciones ejercitables por la administración de la persona jurídica concursada con relación a créditos condicionales**

El artículo 86 de la Ley concursal se ocupa del reconocimiento por la administración concursal de los créditos del deudor a incluir dentro de la masa pasiva del concurso y el artículo 87, se dedica a regular dicho proceso integrador en relación con algunos “*supuestos especiales de reconocimiento*”. Uno de ellos, lo constituye el reconocimiento de créditos sometidos a condición resolutoria. La peculiaridad de estos créditos, derivada de la posibilidad de su extinción por cumplimiento de la condición a que se someten, provoca que el legislador haya debido prever normas con relación al ejercicio por los titulares de estos créditos de los derechos de adhesión y voto.

Respecto de las actuaciones y decisiones en las que el acto, la adhesión o el voto del acreedor condicional hayan sido decisivos, las mismas solo podrán anularse a instancia de parte, manteniéndose cualesquiera otras actuaciones. Así, la administración de la persona jurídica concursada podrá solicitar del juez tan solo la anulación de las actuaciones o decisiones en las que hubiera votado el acreedor y sin cuyo apoyo, no hubieran prosperado (art. 87.1, LC).

El régimen aplicable a los créditos sometidos a condición resolutoria lo es asimismo a “[...] *los créditos de derecho público de las Administraciones públicas y sus organismos públicos recurridos en vía administrativa o jurisdiccional, aún cuando su ejecutividad se encuentre cautelarmente suspendida [...]*” (art. 87.1, por remisión del artículo 87.2, párrafo primero, LC).

También está legitimada la administración de la concursada a solicitar al juez la exigencia de la constitución de fianzas por las partes, o la adopción de cualesquiera otras medidas cautelares, cuando existan elementos que permitan estimar probable el cumplimiento de la condición resolutoria o la resolución, administrativa o

jurisdiccional, desestimatoria de los créditos de derecho público (art. 87.4, LC)

En el escenario donde la condición se cumpla tras el reconocimiento del crédito como concursal, el acreedor deberá reintegrar a la masa activa todo lo cobrado y ello sin perjuicio de la responsabilidad en que hubiera podido incurrir frente “[...] a la masa o frente a los acreedores” (art. 87.1, *in fine*, LC).

### **1.3.- Facultades del órgano de administración de la persona jurídica concursada respecto del inventario y relación de acreedores incluidos en el informe de la administración concursal**

Elementos clave de la tramitación del procedimiento concursal lo son el inventario de bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso y el listado de acreedores del deudor concursado que deberá elaborar la administración concursal e incorporar a su informe [arts. 33.1. e). 5º, y 75.2 1º y 2º, LC]. La importancia de la relación de acreedores y del inventario concursales es tal que la legitimación para impugnar ambos la reconoce la Ley a “*las partes personadas*” y “*los demás interesados*” (art. 96.1, LC).

Es clara tanto la personación como la condición de “interesado” de la persona jurídica concursada, y la consiguiente atribución de competencia a su órgano de administración y representación para instar la impugnación, tanto de la lista de bienes y derechos a integrar en la masa activa, como de la nómina de acreedores, elaboradas por la administración concursal.

Además cabrá considerar legitimados para impugnar el inventario y la relación de acreedores a las personas físicas y jurídicas que integren el órgano de administración y representación del deudor, e incluso a aquellos que cesaron en sus cargos pero los desempeñaron

durante al periodo de dos años que antecede a la fecha de la declaración del concurso<sup>346</sup>.

Respecto al contenido de la acción de impugnación ejercitable por la administración concursal, la Ley señala que este podrá ser, por un lado, la solicitud de la inclusión o de la exclusión de bienes o derechos, o del aumento o disminución del avalúo de los incluidos en el inventario concursal; y por otro, la inclusión o a la exclusión de créditos, así como a la cuantía o a la clasificación de los reconocidos (art. 96.2 y 3, LC).

El ejercicio de las acciones impugnatorias del deudor por su órgano de administración presupone, lógicamente, el conocimiento del contenido del informe elaborado por la administración concursal. Por ello La Ley, ordena al “órgano” concursal la notificación electrónica al deudor del proyecto de inventario y lista de acreedores, y la publicación de esta comunicación en el Registro Público Concursal. Una vez recibida la comunicación o producida la publicación, (que deberán realizarse con una antelación mínima de diez días a la fecha de presentación) y hasta tres días antes de la presentación del informe al juez, la Ley autoriza exclusivamente a los acreedores a solicitar, también por medios electrónicos, a la administración concursal la rectificación de información incorrecta o la ampliación de la incompleta que figure en los mencionados proyectos de inventario y relación de acreedores (art. 95.1, LC). Sin embargo, no vemos razón

---

<sup>346</sup> El interés de los administradores se confirma por su eventual responsabilidad por un hipotético déficit concursal (172.bis, LC). Del mismo modo no será infrecuente que los administradores sean además acreedores del deudor, ya por remuneraciones devengadas y no satisfechas por el ejercicio de sus cargos, ya por salarios que tengan su origen en un vínculo laboral o profesional con la concursada compatible con su condición de administradores. Tampoco resultará infrecuente que su interés en la impugnación del inventario o la relación de acreedores provenga de concurrir en los administradores simultáneamente la condición de socios o accionistas de la persona jurídica deudora.

que impida al deudor instar esta rectificación o ampliación de información<sup>347</sup>.

Una vez presentado el informe y su documentación complementaria al juez, el órgano jurisdiccional procederá a su notificación a las partes personadas, dictará su publicación en el Registro Público Concursal y en el tablón de edictos del juzgado, sin perjuicio de la obligación para la administración concursal de comunicar telemáticamente a los acreedores de quienes conste dirección electrónica, el contenido de dicho informe (art. 95.2, LC).

La preocupación que manifiesta el legislador por facilitar el acceso al informe de la administración concursal a cualquier persona con interés legítimo, se corrobora con la previsión contenida en el numeral 3 del artículo 95 que autoriza al juez del concurso, de oficio o a instancia de cualquier interesado, a que ordene la publicidad que “[...] *considerare imprescindible, en medios oficiales o privados*”. En este sentido, el órgano de administración de la persona jurídica podrá también instar del juez que acuerde de las publicaciones adicionales a que refiere el citado precepto<sup>348</sup>.

---

<sup>347</sup> Cuando se introduce por el apartado 1 por el artículo único.66 de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, este trámite de comunicación y rectificación del proyecto de informe de la administración concursal, la Ley preveía que únicamente se diera traslado de dicho proyecto a los acreedores. Empero, la reciente modificación del artículo 95.1, operada por el artículo único.Uno.6 de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, amplía los sujetos a quienes ha de comunicarse electrónicamente el proyecto, pero mantiene restringida a los acreedores la posibilidad de solicitar la rectificación o ampliación de la información contenida en aquél. Teniendo en cuenta que en nada dilatará el trámite de elaboración y presentación del informe de los administradores concursales, creemos efectivamente que no existen obstáculos que impidan a la administración concursal, recibir y tener en cuenta las eventuales solicitudes de rectificación que le dirija la administración de la concursada.

<sup>348</sup> El establecimiento de varios medios redundantes de comunicación del proyecto de informe y del informe de la administración concursal, se justifica por ser ésta la única oportunidad (fuera de los supuestos recogidos en el art. 97, numerales 3 y 4 de la Ley concursal) que, en aras de la celeridad de la sustanciación del procedimiento, el ordenamiento jurídico prevé, dispongan los interesados para impugnar el

Rige para la impugnación de inventario y listado de acreedores el plazo de diez días. No obstante, el día inicial para el cómputo de dicho plazo es distinto para el deudor y demás partes personadas, que para el resto de interesados. En el caso del deudor - siendo persona jurídica éste, su órgano de administración y representación - y del resto de partes personadas, dicho plazo deberá computarse desde la fecha de la notificación judicial del informe. Para los demás interesados no personados, el plazo comenzará a partir de la publicación en el Registro Público Concursal, en el tablón de anuncios del juzgado, o en el medio privado o público en que el órgano jurisdiccional hubiese acordado la inserción de la notificación, en función de cuál de las publicaciones se efectúe en último lugar (art. 96.1 *in fine*, LC)<sup>349</sup>.

Cuando las impugnaciones afecten a menos del veinte por ciento del activo o del pasivo del concurso el juez podrá ordenar la finalización de la fase común y la apertura de la fase de convenio o de liquidación, sin perjuicio del reflejo que las impugnaciones puedan tener en los textos definitivos y las medidas cautelares que pueda adoptar para su efectividad.

---

inventario y relación de acreedores. Así [...] se procura conciliar la exigencia de tutela de los derechos de los afectados por el concurso con la necesaria rapidez que debe presidir el desenvolvimiento del procedimiento (GARRIDO, J. M<sup>a</sup>, “Impugnación del inventario y de la lista de acreedores (Art. 96)”, en ROJO, Á., y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *Comentario de la Ley concursal*”, Tomo I, 1<sup>a</sup> edición, 2<sup>a</sup> reimpresión, Editorial Civitas, Madrid, 2004, pp. 1710 y 1711).

<sup>349</sup> El tenor literal del artículo 96.1, señala como día de inicio del cómputo para los interesados que no sean partes personadas en el procedimiento “[...] *la última publicación de las previstas en el artículo anterior*”. Si bien el artículo 95.2, como se indicó, solo dispone su publicación en el Registro Público Concursal y en el tablón de anuncios del juzgado, ha de atenderse también a la publicidad complementaria que del informe deba hacerse en medios oficiales y privados. Ello, porque la condición impuesta al órgano jurisdiccional para acordar tales inserciones, no es otra que el que las mismas resulten “*imprescindible[s]*”. De ahí que no quepa sino considerar también incluida en la remisión hecha en el artículo 96.1, a la publicidad complementaria.

Ordena el artículo 96.5 de la Ley tramitar las impugnaciones por el cauce del incidente concursal, autorizándose su acumulación y resolución conjunta. Resuelta la última de ellas, la administración concursal dispondrá de cinco días desde su notificación, para incorporar las modificaciones que resulten de las decisiones del Tribunal, en la lista de acreedores, inventario y en la exposición motivada de su informe, debiéndose hacer constar de forma expresa, entre otros aspectos, “[...] *las diferencias entre el inventario y la lista de acreedores inicialmente presentados y los textos definitivos*”.

## **2.- En la fase de convenio**

El convenio es, según proclama la Ley en su Exposición de Motivos, *“la solución normal del concurso que la ley fomenta con una serie de medidas orientadas a alcanzar la satisfacción de los acreedores a través del acuerdo contenido en un negocio jurídico en el que la autonomía de la voluntad de las partes goza de una gran amplitud”* (E. de M., VI, párrafo segundo, LC).

La propuesta anticipada de convenio <sup>350</sup> podrá presentarse por el órgano de administración de la persona jurídica en estado de insolvencia, desde la solicitud de concurso voluntario o desde la declaración de concurso necesario de convenio, hasta la expiración del plazo para comunicar créditos (art. 104.1, inciso primero, LC).

La presentación de propuesta anticipada de convenio, se prohíbe en la Ley ante determinadas circunstancias. Por un lado, la Ley no permite la presentación de propuestas de este tipo por el deudor que, con antelación, hubiera solicitado la liquidación (art. 104.1, LC)<sup>351</sup>.

---

<sup>350</sup> Trataremos aquí, tanto la presentación de propuesta anticipada de convenio como la propuesta de convenio en sentido propio, por más que, obviamente, la presentación de la propuesta anticipada de convenio se produzca con anterioridad a la apertura de la fase de convenio.

También se prohíbe la presentación de propuestas anticipadas a los deudores incurso en alguna de las prohibiciones del artículo 105.1 de la Ley. Dicho precepto, veda la presentación de estas propuestas a los deudores que estando legalmente obligados, no hubieran depositado las cuentas anuales <sup>352</sup> correspondientes a “[...] alguno de los tres últimos ejercicios [...]” (art. 105.2º, LC)<sup>353</sup>.

Del mismo modo, la Ley prohíbe presentar propuesta anticipada de convenio al deudor “*condenado en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores*” (art. 105.1º, inciso primero, LC). Esta prohibición se aplica, en el caso del deudor persona jurídica, a aquellos cuyo órgano de administración o liquidación que integren personas condenadas por cualquiera de esos delitos, al momento de

---

<sup>351</sup> Solicitud que es posible en cualquier momento de la sustanciación del procedimiento, incluso junto con la solicitud de declaración de concurso voluntario. Cabe preguntarse si también regirá esta prohibición cuando el pedido de liquidación se haya solicitado en un concurso anterior a cuya conclusión y después de la satisfacción íntegra de todas sus obligaciones, el órgano deliberativo hubiera decidido la paralización del proceso liquidatorio y la continuidad de la persona jurídica (así, por ejemplo, conforme lo previsto en el artículo 370 de la Ley de Sociedades de Capital para la reactivación de sociedades disueltas). Entendemos que la norma hace referencia en el caso, solamente al concurso actual.

<sup>352</sup> Entiende ROJO que la obligación de depósito solo se predica de las cuentas aprobadas. Por tanto, considera que no incurre en la prohibición el deudor que no formuló cuentas o que, habiéndolas formulado, no hubieran sido objeto de aprobación por el órgano de la persona jurídica a quien corresponda, legal o estatutariamente. [ROJO, Á., “Prohibiciones (Art. 105)”, en ROJO, Á., y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *Comentario de la Ley concursal*”, Tomo II, 1ª edición, 2ª reimpresión, Editorial Civitas, Madrid, 2004, pp. 1956 y 1957].

<sup>353</sup> No aclara la norma más. Creemos habrá de entenderse que los ejercicios a que el precepto refiere son los tres inmediatamente anteriores al de la presentación de la propuesta. Para ROJO pesa sobre el deudor proponente la obligación de probar el cumplimiento del deber mediante certificación del registro público que corresponda [ROJO, Á., “Prohibiciones (Art. 105), *ibid.*, pp. 1956 y 1957].



presentarse la propuesta, o en algún momento durante los tres años anteriores a la presentación de la propuesta de convenio (art. 105.1º, *in fine*, LC). La severidad del precepto es difícilmente comprensible y ha merecido severas críticas por parte de la doctrina especializada<sup>354</sup>. Críticas que entendemos por completo justificadas. Ha de subrayarse, cómo en el supuesto de hecho contemplado por la norma, la persona jurídica concursada sufre los efectos de la conducta de sus administradores o liquidadores, esté dicha conducta relacionada o no con el ejercicio de sus cargos orgánicos en la deudora. Podemos entender<sup>355</sup> la desconfianza del legislador en relación a las propuestas planteadas, cuando son los integrantes del órgano que presenta la propuesta anticipada de convenio quienes poseen tales antecedentes. Pero la prohibición del artículo 105.1 no se limita a este escenario. El administrador o liquidador condenado puede haber renunciado o haber sido cesado hasta tres años antes, por lo que no será imposible que los actuales administradores desconozcan que la persona jurídica se encuentra incurso en la prohibición del artículo 105.1. Así, a la concursada se le hace responsable de la conducta imputable al administrador o liquidador, con el agravante de que ni siquiera se requiere que estén en ejercicio de sus cargos para que la prohibición surta efecto.

La propuesta anticipada de convenio presentada por deudor incurso en alguna de las prohibiciones que establece el artículo 105.1

---

<sup>354</sup> MORENO SERRANO, E., “La posición jurídica...”, *op. cit.*, p. 190., citando posiciones coincidentes de PULGAR EZQUERRA, J., “Las soluciones al concurso de acreedores: el convenio y la liquidación”, en A.A.V.V., *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la Reforma Concursal*, en García Villaverde, Alfonso Ureba, Pulgar Ezquerra, Madrid, 2003, p.444 y GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A. y LÓPEZ SÁNCHEZ, J., en *La Reforma de la Ley concursal (Una primera lectura del Real Decreto Ley 3/2009)*, Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 69.

<sup>355</sup> Sin compartir su tratamiento, precisamente por la insalvable desconexión entre el supuesto de hecho (la condena penal a un integrante del órgano) y la consecuencia que anuda el legislador a aquél (la prohibición de presentación de propuesta anticipada de convenio).

de la Ley, suponen su inadmisión a trámite (art. 106.3, LC). No obstante, si la concurrencia de la causa de prohibición se apreciara con posterioridad a la admisión, el numeral dos del artículo 105 legitima a la administración concursal o a cualquier parte interesada a solicitar del juez, o a éste a declarar de oficio, sin efecto la propuesta presentada y poner fin a su tramitación. Doctrina calificada<sup>356</sup> ha entendido que el artículo 105.2 obligará a declarar la nulidad del convenio y la apertura de la fase de liquidación, incluso después de su aprobación judicial del acuerdo alcanzado y con independencia del grado de su cumplimiento, si en el mismo surge de una propuesta anticipada presentada por deudor incurso en un supuesto de prohibición. Sin embargo, parece mayoritaria la postura, que compartimos por otorgar mayor seguridad y certeza jurídicas, que asigna un cierto efecto *sanatorio* a la resolución del órgano jurisdiccional por la que se aprueba el convenio alcanzado entre el deudor y sus acreedores<sup>357</sup>.

---

<sup>356</sup> ROJO, Á., “Prohibiciones (Art. 105)”, *op.cit.*, p. 1958.

<sup>357</sup> Así, la Sentencia de 23 de diciembre de 2011 del Juzgado de lo Mercantil N.º 7 de Barcelona, (confirmada en apelación, por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª. Sentencia 409/2012, de 17 de diciembre de 2014. Id Cendoj: 08019370152014100374. FJ 2º), entiende no procede cuando la causa de prohibición se produce de forma sobrevenida, una vez obtenidas las mayorías necesarias, aunque falte la aprobación judicial (Juzgado de lo Mercantil N.º 7 de Barcelona, Sentencia 363/2011 de 23 de diciembre, La Ley 322962/2011. FJ 1º. Por su parte la Sección 15ª de la Audiencia de Barcelona entiende en su sentencia de 10 de junio de 2013, no ser de aplicación al convenio “*las normas específicas de la PAC [Propuesta anticipada de convenio] ( artículos 104 a 110 LC ), sino las de la aprobación del convenio ( artículos 128 a 131 LC )*”, pues, “[...] *no estamos ya en la tramitación de la propuesta y, por tanto, no cabe aplicar el artículo 105.2*” (Audiencia provincial de Barcelona, Sección 15ª, Sentencia 244/2013, de 10 de junio, LA LEY 165581/2013). En el mismo sentido, la Audiencia Provincial de Alicante, refiriéndose a la prohibición relacionada con la falta de depósito de cuentas anuales, precisa que tal circunstancia “[...] *constituye un posible caso de prohibición respecto de la facultad del deudor de presentar una propuesta anticipada de convenio - art 105-1-2º LC - y puede afectar a las normas de tramitación como se desprende del artículo 105-2 LC pero, en caso alguno, cabe establecer un vínculo entre la concurrencia de esta prohibición no declarada durante la tramitación de la propuesta anticipada de convenio, con los supuestos*

Respecto a la atribución al concreto órgano u órganos de la persona jurídica en situación de insolvencia de la legitimación para aprobar propuestas de convenio o propuestas anticipadas de convenio, se reproducen las dudas y debates doctrinales a que se aludió al tratar la legitimación para adoptar la decisión de solicitar el concurso.

Como ya se indicó con relación a la solicitud de la declaración de concurso y por las mismas razones entonces expuestas, no existe ninguna duda acerca de la atribución de la competencia para *presentar* propuestas de convenio en el marco del procedimiento concursal. Ésta corresponde al órgano que tiene como función la representación de la persona jurídica, sin perjuicio de la posible actuación a través de representante voluntario, mediante el otorgamiento por parte de la persona jurídica concursada, a otro sujeto de derecho, de poder de representación suficiente (art. 99.1, párrafo primero). De hecho, en tanto posible la presentación conjunta con la solicitud de concurso de propuesta anticipada de convenio, entendemos plenamente aplicable, al menos en esta modalidad, la explícita atribución de competencia al órgano de administración contenida en el artículo 3.1, párrafo segundo. Ahora bien, siendo, en nuestra opinión, razonablemente seguro afirmar que solo al órgano de administración quepa presentar la propuesta anticipada de convenio, ha de aceptarse que la regla de legitimación para la presentación de propuesta “ordinaria” de convenio contenida en el artículo 99.1 de la Ley, no coincide exactamente con la que encontramos en su artículo 3.1. En este caso, el legislador se limita a requerir que la propuesta se presente por escrito y “firmada por el deudor”. No obstante, debemos aquí también reiterar nuestra opinión en el sentido de que, tanto las reglas generales de atribución de la representación de la persona

---

*del artículo 128-1 LC que no contempla entre las causas de oposición tal cuestión pues ni afecta al contenido del convenio, ni a la forma o contenido de las adhesiones, ni a las reglas sobre tramitación escrita ni a la constitución de la Junta ni desde luego a la celebración de la Junta que son los motivos que contempla el precepto finalmente indicado” (Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8ª, Sentencia 55/2014, de 11 de marzo de 2014. LA LEY 47599/2014).*

jurídica de la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 7.3, LEC), como la legislación aplicable a las asociaciones, sociedades civiles, sociedades personalistas o de capital mercantiles, cooperativas y fundaciones, otorgan al órgano de administración la representación de cada uno de estos entes, con certeza al menos en lo que respecta a las relaciones de cada uno de ellos con terceros.

Resta, no obstante, examinar la competencia de dicho órgano para *decidir* la presentación de propuesta anticipada u “ordinaria” de convenio (o para aceptar la realizada por sus acreedores). Ello, porque el contenido de la propuesta, tanto en uno como otro caso, puede implicar la asunción de compromisos por parte de la persona jurídica deudora, cuyo cumplimiento resultará imposible sin la adopción de acuerdos para los que, legal o estatutariamente, es competente un órgano distinto.

Lo anterior aparece de forma explícita en los preceptos de la Ley concursal que aluden al posible contenido de las propuestas presentadas por el deudor. Además de quitas o esperas, las propuestas podrán contemplar, alternativa o adicionalmente, “[...] *ofertas de conversión del crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales, obligaciones convertibles, créditos subordinados, en créditos participativos, en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original*” (art. 100.2, párrafo primero, LC); o “[...] *proposiciones de enajenación, bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada*”, cuando tal transmisión incluya “[...] *la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a las que afecte*” (art.100.2, párrafos tercero y cuarto, LC). Además, ha de considerarse que, conforme a la amplitud que la Ley concursal otorga a la autonomía de la voluntad, proclamada en la propia exposición de motivos (E. de M., VI, párrafo segundo, LC), no podrá descartarse la inclusión en la propuesta de cualesquiera

otros compromisos que, en tanto no se encuentren explícitamente prohibidos por la Ley, o sean contrarios a los principios fundamentales de la forma jurídica que adopte el concreto deudor, o al orden público, quepa alcanzar, y que, igualmente, requieran el ejercicio de competencias ajenas al órgano de representación y administración o impongan a éste, la obligación de abstenerse de adoptar acuerdos que dichos órganos podrían válidamente decidir.

Y, ocurre que, respecto a los casos anteriores, la Ley concursal, no requiere que la propuesta formulada vaya acompañada de resolución aprobatoria o ratificatoria del órgano deliberativo, cuando el contenido de la tal propuesta demande, para su cumplimiento, de la adopción de acuerdos por parte de tal órgano<sup>358</sup>.

Así planteada la cuestión, creemos que la respuesta debe, como en el caso de la solicitud de declaración de concurso voluntario, ser favorable a la atribución de competencia para decidir sobre la propuesta de convenio o la propuesta anticipada de convenio al órgano de administración y representación de la persona jurídica deudora.

Sin duda, el establecimiento del requisito de la presentación, junto con la propuesta, de una resolución favorable del órgano deliberativo, redundaría en una mayor seguridad para los integrantes del órgano de administración. En la eventualidad de que, por las circunstancias que fueran, el convenio deviniera imposible de cumplir en los términos acordados, por no ser posible, con posterioridad a su aprobación, concitar los apoyos necesarios en el órgano deliberativo, que permitieran la adopción de las decisiones imprescindibles para materializar los acuerdos adoptados, la previa declaración de explícito

---

<sup>358</sup> No ignora la normativa concursal tal necesidad. De hecho, de forma innecesariamente redundante, el numeral 2, párrafo tercero del artículo 100 recuerda que *“en caso de conversión del crédito en acciones o participaciones, el acuerdo de aumento de capital del deudor necesario para la capitalización de créditos deberá suscribirse por la mayoría prevista, respectivamente, para las sociedades de responsabilidad limitada y anónimas en los artículos 198 y 201.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010”*.

respaldo, serviría como prueba de que los administradores no actuaron de espaldas a la junta, asamblea o reunión de socios y fueron diligentes en tanto hicieron cuanto estuvo en sus manos para asegurarse de que la propuesta, tal como fue aceptada sea realizable<sup>359</sup>.

No obstante, a los acreedores adherentes o proponentes del convenio, la exigencia de resolución aprobatoria del convenio por el órgano deliberativo, les supondrá mayor seguridad, pero no certeza de que, caso de aprobarse el convenio, efectivamente se alcanzarán las mayorías necesarias para la adopción de acuerdos que viabilicen su contenido. Es así porque estos acuerdos no serán, por su propia naturaleza, adoptados con anterioridad a la aprobación de la propuesta. Y, aun cuando pudiera entenderse válida la votación de un acuerdo cuya implementación el órgano deliberativo sujetara a la circunstancia de que tal convenio se aprobara, nada impide (abstracción hecha de las responsabilidades en que pudieran incurrir los partícipes), que el mismo órgano cambiara de parecer y resolviera con posterioridad la revocación de los acuerdos adoptados.

Apoya también esta solución, el hecho de que la Ley no incluyese la resolución favorable del órgano deliberativo entre los requisitos para la admisión judicial a trámite de la propuesta de convenio o la propuesta anticipada de convenio (art. 114, LC), ni en la

---

<sup>359</sup> Cuestión de no poca importancia para los integrantes del órgano de administración cuando se consideran, tanto su responsabilidad derivada del cumplimiento desleal o gravemente negligente de sus deberes, como las consecuencias de la apertura de oficio de la fase de liquidación por incumplimiento de convenio imputable a los administradores de la persona jurídica concursada (declaración de concurso culpable y eventual inhabilitación, responsabilidad por el déficit concursal, pérdida de derechos contra la masa, etc.). Creemos será sumamente difícil, para los integrantes del órgano de administración, soslayar estas responsabilidades si, con carácter previo a la propuesta, no convocó al órgano deliberativo para recabar su apoyo o, al menos, informar pormenorizadamente del contenido del convenio a presentar. Por ello, creemos que la hipótesis de la presentación de una propuesta de convenio que no cuente con el apoyo del órgano deliberativo, es una de muy difícil verificación en la práctica.

regulación del contenido de tales propuestas (art. 100, LC). Debe argumentarse en contra de un supuesto olvido por el legislador a la hora de no incorporar a los requisitos de admisibilidad de las propuestas de convenio de este requisito. En efecto, el artículo 114 fue modificado por el artículo 17.23 de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, y el artículo 100, por su parte, ha sido objeto de reforma por el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo; la Ley 38/2011, de 10 de octubre, Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre; y por la reciente Ley 9/2015, de 25 de mayo. Ni la Ley concursal en su redacción original, ni ninguna de sus modificaciones posteriores contemplaron alguna vez la introducción de este requisito.

Del mismo modo soporta nuestra argumentación la garantía que supone la intervención en la tramitación de propuestas del órgano jurisdiccional y la administración concursal. Así, la administración concursal deberá evaluar la propuesta presentada. De ser su evaluación desfavorable, la remitirá al juez en el plazo más breve posible pudiendo éste dejar sin efecto la admisión o continuar con su trámite, en cuyo caso, la administración concursal deberá incluir los escritos de evaluación en su informe o, si fueran posterior a éste, ponerlos de manifiesto en la Oficina judicial desde el día de su presentación y comunicarlos de forma telemática a los acreedores de cuya dirección electrónica se tenga conocimiento (art. 107.2, LC). En este sentido, la administración concursal estará en una posición privilegiada para juzgar si la propuesta concita los apoyos suficientes en el órgano deliberativo e informar al órgano jurisdiccional y a los acreedores de su parecer. Pero incluso alcanzado el acuerdo entre el deudor y sus acreedores, podrá la administración concursal oponerse a la aprobación judicial del convenio cuando el cumplimiento de éste sea objetivamente inviable (art. 129.2, LC), lo que sin duda muy bien podrá suceder cuando de algún modo conste la oposición del órgano deliberativo al acuerdo alcanzado. Por su parte, adicionalmente, el juez del concurso podrá, durante el trámite de admisión, denegar la aprobación del convenio alcanzado por el deudor con sus acreedores (art. 129, LC). En nuestra opinión, la fiscalización y sometimiento a aprobación de las propuestas de convenio por los “órganos”

concursoales, hace menos necesaria el requisito de la incorporación de acuerdos de respaldo o aprobación de la propuesta por el órgano deliberativo.

En conclusión, sostenemos que la competencia para decidir sobre la presentación de una propuesta de convenio o una propuesta anticipada de convenio de la persona jurídica insolvente, corresponde a su órgano de administración. De todas formas, es poco probable que los integrantes del órgano de administración resuelvan la presentación de una propuesta de convenio que suponga la necesidad de la adopción de acuerdos por la asamblea, junta o reunión de socios, sin contar con el respaldo explícito del órgano deliberativo, dadas las gravísimas consecuencias que para dichos integrantes podría tener tal hecho, en caso de devenir el convenio aprobado por esa causa, de imposible cumplimiento.

### **3.- En la fase de liquidación**

#### **3.1.- Solicitud de la liquidación voluntaria**

Respecto a la solicitud de la apertura de la liquidación en el marco del procedimiento concursal, y con independencia de lo manifestado referente al deber de instar la liquidación (art. 142.2, LC) de la persona jurídica concursada los administradores de ésta (ver *infra*), la Ley reconoce al deudor la facultad de solicitar al juez del concurso la liquidación “*en cualquier momento*”. Es así que dicha solicitud aparece configurada doblemente, como un deber y como un derecho del deudor. Nos referiremos aquí a la solicitud de liquidación concursal “voluntaria”.

La atribución de esta facultad al deudor hace, que en el caso del concurso de deudores personas jurídicas, surja de nuevo la necesidad de tratar el tema del efecto de las normas legales y estatutarias de reparto de competencias entre los distintos órganos del ente.



Sin duda, la adopción del acuerdo de disolución de las personas jurídicas se reserva, en la práctica totalidad de las normas que regulan las distintas formas jurídicas que ésta puede adoptar, a sus órganos deliberativos. No obstante, puede plantearse la hipótesis de la solicitud decidida por el órgano de administración. ¿Cuáles serán los efectos de esta solicitud?

En el caso de las sociedades de capital, por ejemplo, serán impugnables “[...] *los acuerdos sociales que sean contrarios a la Ley*” y, sin duda, la solicitud de liquidación adoptada por decisión o acuerdo del órgano de administración, vulnerará la norma imperativa e indisponible contenida en el artículo 160. h) de la Ley de Sociedades de Capital, que otorga a la junta, de forma exclusiva y excluyente, la facultad de deliberar y acordar la disolución *voluntaria* de la sociedad<sup>360</sup>.

No obstante, solicitada la apertura de la liquidación por el órgano de representación de la sociedad insolvente, concursada o conveniada, y no requiriendo la Ley concursal, en ningún caso, el acompañamiento de resolución del órgano deliberativo por la que se acuerde la disolución, cabrá imputar dicha solicitud al deudor persona jurídica, hasta en tanto no sea impugnada. A salvo, queda por supuesto, cualesquiera acciones que corresponda ejercer a la propia entidad, a sus socios o accionistas o a terceros, frente a los integrantes del órgano de administración por los daños que la solicitud realizada usurpando competencias de otro órgano pudiera causarles.

---

<sup>360</sup> Pues si la solicitud de apertura de liquidación no responde a una decisión de los administradores, sino al cumplimiento por estos de un deber legal (tal como ocurre, por ejemplo, cuando la concursada se encuentra incurso en el supuesto recogido en el artículo 142.2, LC), entendemos que el conflicto normativo entre las disposiciones reguladoras de la organización de la concreta persona jurídica y la norma concursal - tal como hemos sostenido en el caso de la solicitud de concurso - debe resolverse a favor de esta última.

Por otra parte, la Ley concursal ordena que, recibida la solicitud del deudor, el juez dicte, en el plazo de diez días, el Auto por el que se declare la apertura de la fase de liquidación (art. 142.1, *in fine*, LC). Frente a esta resolución, la administración concursal, los socios, accionistas o terceros legitimados podrán interponer el recurso de reposición (art. 197.3, LC). Pero también podrá, ante tales circunstancias, el órgano deliberativo intervenir cesando a sus administradores y nombrar nuevos integrantes del órgano. Y del mismo modo, creemos posible, aunque poco probable, dado los escasos márgenes de que se dispondrían, que una Administración o un ente público legitimado, obtenga una resolución judicial de intervención de la persona jurídica deudora y, a resultas de ello, se vean desplazados los administradores estatutarios que solicitaron la apertura y disolución, por los interventores judiciales. En tal circunstancia, el órgano de administración o los interventores, a nuestro juicio, deberían poder, una vez dictado el Auto de apertura de liquidación recurrirlo en reposición. Empero, ¿cabrá asimismo revocar la solicitud? No parece que existan obstáculos para tal revocación con anterioridad a que cobre firmeza la decisión judicial de apertura de la fase de liquidación. No obstante, transcurridos los plazos para recurrir en reposición, creemos que exigencias de seguridad jurídica imponen rechazar la revisión de la resolución dictada.

Con carácter general, compete a la administración concursal la elaboración de un plan de liquidación, a incluir en su informe o presentado mediante escrito separado dentro de los quince días siguientes (plazo prorrogable por el juez a petición de la administración concursal por idéntico período, cuando su formulación revista especial complejidad) a la notificación de la apertura de la fase de liquidación (art. 148.1, párrafo primero, LC). Una vez presentado y puesto de manifiesto en la Oficina judicial por el secretario (art. 148.1, párrafo segundo, LC), la administración de la concursada podrá formular observaciones o propuestas de modificación a dicho plan por plazo de quince días y, transcurrido éste, el juez del concurso deberá resolver si, atendiendo al interés del concurso, procede su aprobación

que, de ser el caso, acordará mediante auto recurrible en apelación (art. 148.2, LC).

Sin embargo, la propia administración de la persona jurídica deudora podrá presentar también un plan de liquidación, cuyo contenido deberá incluir “[...] una propuesta escrita vinculante de compra de la unidad productiva en funcionamiento” (art. 190.3, LC), o de parte de una unidad productiva (*cf.* art. 191 *ter*.2, párrafo tercero, LC)<sup>361</sup>. En esta hipótesis, el juez deberá tramitar necesariamente el concurso por el procedimiento abreviado, siendo de aplicación las especialidades previstas en el artículo 191 *ter*. El precepto prevé la apertura “*de inmediato*” de la fase de liquidación cuando “[...] *el deudor solicita la liquidación de acuerdo con lo previsto en el artículo 190.2*” (art. 191*ter*.1, LC)<sup>362</sup>. Una vez abierta la fase de liquidación se dará traslado del plan a la administración concursal, para que en plazo de diez días, informe sobre su contenido, y para que los acreedores formulen alegaciones (art. 191*ter*.2, párrafo primero, LC). El informe del administrador concursal deberá incluir necesariamente el inventario de la masa activa del concurso y evaluar el efecto de la resolución de los contratos sobre las masas activa y pasiva del concurso (art. 191*ter*.2, párrafo segundo, LC).

---

<sup>361</sup> FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.<sup>a</sup>, “El procedimiento abreviado tras la reforma de la Ley concursal (Ley 38/2011, de 10 de octubre), en MARÍN MOLINA, P. B., y del CARRE DÍAZ-GALVEZ, J. M.<sup>a</sup>, *Una revisión de la Ley concursal y su jurisprudencia. Dada por especialistas*. Dykinson, Madrid, 2013, p. 75.

<sup>362</sup> El artículo 190.2 refiere a la presentación junto con la solicitud de declaración de concurso, de “[...] *propuesta anticipada de convenio o una propuesta de convenio que incluya una modificación estructural por la que se transmita íntegramente su activo y su pasivo*”. No obstante, como se ha indicado, es el artículo 190.3 y no el 190.2 el que refiere a la presentación junto con la solicitud de declaración de concurso de un plan de liquidación. CONDES FUENTES, ha entendido tratarse esta contradicción, de un aparente error material en la Ley, conclusión que nos inclinamos por compartir (CONDES FUENTES, J., “Los sujetos en el procedimiento concursal”, Tesis doctoral, Universidad de Almería, Almería, 2014, p. 155).

La administración de la persona jurídica deudora podrá, conforme a las reglas generales, impugnar el inventario y la lista de acreedores. En este sentido, el artículo 191ter.3, faculta al juez a “[...] *requerir a los impugnantes para que presten una caución que garantice los posibles daños y perjuicios por la demora*”. De todas maneras, la propia naturaleza del procedimiento liquidatorio de la persona jurídica concursada, hace que, obviamente, no proceda imponer tal caución a la persona jurídica impugnante.

El numeral 4 del artículo 191ter, por su parte, señala como aplicables a la liquidación que se produzca como consecuencia de la aprobación de este plan de liquidación presentado por el deudor, de las reglas especiales que rigen la transmisión, en el seno del procedimiento concursal de unidades productivas (art. 146bis, LC), y las reglas supletorias del artículo 149 a lo no regulado en el plan aprobado.

### **3.2.- Audiencia o comunicación de la apertura declarada de oficio o a instancia de acreedor o de la administración concursal**

La ley concursal legitima al acreedor del deudor concursado a instar del juez la apertura de la fase de liquidación. El artículo 142.2, párrafo primero, refiere al deber de declarar el deudor su propio concurso durante la vigencia del convenio cuando “[...] *conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquél*”. Si no lo hiciese, el párrafo segundo del mismo numeral 2, legitima a los acreedores a solicitar del juez la apertura de la liquidación, pedido que deberán fundar en la acreditación de la concurrencia de alguno de los hechos que dan lugar a la declaración de concurso, conforme lo dispuesto en el artículo 2.4 de la Ley. Esto es, las que permiten a un acreedor instar la declaración de concurso necesario de su deudor. A esta solicitud se le dará trámite conforme a los artículos 15 y 19<sup>363</sup>.

---

<sup>363</sup>La ley, remite únicamente a los artículos 15 y 19. Pese a ello, algunos autores, entienden igualmente aplicables, otros preceptos como el artículo 18 “[...] *pues ninguna previsión contienen los artículos 15 y 19 de la Ley concursal respecto de la*

Por su parte, el artículo 142.3, tras la reforma operada mediante la Ley 38/2011 de reforma concursal, legitima a la administración concursal a solicitar también la apertura de la fase de liquidación cuando se produzca el cese de la actividad profesional o empresarial del deudor. De esta solicitud se dará traslado por tres días al deudor que, aunque la Ley no lo menciona, entendemos podrá formular las alegaciones que estime convenientes, tanto respecto a la veracidad del cese alegado, como a la procedencia de la apertura de la fase liquidatoria. La solicitud la resolverá el juez mediante auto, que deberá dictar dentro de los cinco días a partir de su presentación. Será recurrible en reposición por la administración de la concursada, la administración concursal y cualquier otro legitimado.

Por último, la Ley concursal también permite la apertura de la fase liquidatoria de oficio, al juez del concurso, en las hipótesis contempladas en el artículo 143.1. Estas son, la no presentación dentro de plazo legal, de propuesta alguna de convenio por el deudor ni por los acreedores legitimados conforme lo previsto en el artículo 113 (art.

---

*conformidad del deudor con la solicitud de liquidación, o ante la eventualidad de que el deudor deje transcurrir el plazo conferido sin formular la correspondiente oposición*". TORIBIOS FUENTES, F., "Artículos 142 y 143", en SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. y GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (Dir.), *Comentarios a la legislación concursal*, Volumen 3, Lex Nova, Valladolid, 1ª edición, 2004, p. 2546. No se concuerda con esta interpretación. No hay razón, según entendemos, para presumir hecha la remisión. Por el contrario, coincidimos con BELTRÁN, para quien "el concursado [...] podrá oponerse o no a la solicitud, pero carece de sentido al allanamiento [...] porque no se ventila sólo una cuestión entre él y el acreedor que hubiera solicitado la declaración". No es una distinción menor, pues, como sugiere BELTRÁN, la no remisión al artículo 18, impide al deudor oponer a la pretensión de su acreedor más que aquellos hechos que refuten la concurrencia del supuesto o supuestos de hecho contemplados en el artículo 2.4, que se aleguen. Esto es: no le será posible al deudor basar su oposición en la en que, aun existiendo los hechos alegados, no se encuentra en estado de insolvencia (art. 18.2, LC). BELTRÁN SÁNCHEZ, E., "Apertura de la Liquidación a solicitud del deudor o de acreedor (Art. 142)" en ROJO, A., y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *Comentario de la Ley concursal*, Tomo II, 1ª edición, 2ª reimpresión, Editorial Civitas, Madrid, 2004, p. 2313.

143.1.1º, LC); la no aceptación de las que se hubieran presentado (art. 143.1.2º, LC); el rechazo “[...] *por resolución judicial firme el convenio aceptado en junta de acreedores sin que proceda acordar nueva convocatoria o el tramitado por escrito sin que proceda nueva convocatoria de junta ni nueva tramitación escrita*” (art. 143.1.3º, LC); y la declaración por sentencia judicial firme de la nulidad del convenio aprobado (art. 143.1.4º, LC) o de su incumplimiento (art. 143.1.5º, LC).

Tratándose de las hipótesis contempladas en los ordinales 1º y 2º, la apertura de la liquidación *“se acordará por el juez sin más trámites mediante auto que se notificará al concursado, a la administración concursal y a todas las partes personadas en el procedimiento”* (art. 142. 2, párrafo primero, LC). En el resto de casos, la apertura de la fase liquidatoria se acordará en la propia resolución judicial que la motive (art. 142. 2, párrafo segundo, LC).

## **b.- Ejercicio de derechos específicamente relacionados con la administración concursal**

### **1.- Acciones de responsabilidad promovidas por el deudor persona jurídica contra los administradores concursales y auxiliares delegados**

El órgano de administración y representación de la persona jurídica, ostenta la representación de ésta, en juicio y fuera de él <sup>364</sup>, o mejor aún, se encuentre dicha persona jurídica declarada en concurso o no. La defensa los intereses del deudor persona jurídica durante el concurso, exigirá de su órgano de gobierno que éste actúe en el

---

<sup>364</sup> Los administradores o gestores, en las sociedades de capital (art. 233.1, LSC) y en las compañías mercantiles (arts. 125 y ss., CCom); el “órgano de representación” en las asociaciones (art. 11.4, Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación y normativa autonómica conexas); los “administradores”, en las sociedades reguladas por el Código Civil (arts. 1692 y ss., CC); ; el “administrador único” o el “consejo rector” en las cooperativas (art. 32.1, LCoop y normativa autonómica conexas).

procedimiento, en defensa de los intereses de la persona jurídica concursada. Dichos intereses pueden verse lesionados como resultado del actuar culpable o negligente de la administración concursal. La ley concursal se ocupa, en su artículo 36, de la responsabilidad de administradores concursales y auxiliares delegados, declarando a los mismos, responsables “[...] frente al deudor y frente a los acreedores de los daños y perjuicios causados a la masa por los actos y omisiones contrarios a la ley o realizados sin la debida diligencia” (art. 36.1, LC)<sup>365</sup>.

Del precepto, cabe deducir la legitimación de la administración de la deudora para ejercitar acciones de responsabilidad respecto de los integrantes de la administración concursal por actos u omisiones contrarios a la Ley o resultado de una actuar negligente, de los que se deriven daños y perjuicios “para la masa”.

El término “masa” aquí empleado debe interpretarse como “masa activa”<sup>366</sup>. Esto es, el conjunto de “[...] los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración de concurso y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento” (art. 76.1, LC), excepción hecha de aquellos bienes que sean legalmente inembargables (art. 76.2, LC) o susceptibles de ejecución separada (art. 76.3, LC).

Además, el mismo artículo 36 de la Ley concursal, en su numeral 6, distingue la acción de responsabilidad anterior de aquellas otras “[...] que puedan corresponder al deudor, a los acreedores o a terceros por actos u omisiones de los administradores concursales y auxiliares delegados que lesionen directamente los intereses de

---

<sup>365</sup> Aunque el precepto no lo mencione, la conducta de los administradores concursales y los auxiliares delegados podrá hacerles incurrir también en responsabilidad penal y tributaria.

<sup>366</sup> MORENO SERRANO, E., “El órgano de...”, *ob. cit.*, p. 141. JUAN y MATEU, F., “Responsabilidad (Artículo 36)”, en ROJO A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *Comentario de la Ley concursal*, Editorial Cívitas, 1ª edición, 2ª reimpresión, Madrid, 2004, p. 730.

*aquellos*". Se trata entonces, de acciones distintas. Esto se deduce de la fórmula con la que el numeral 6 introduce las mismas: "*quedan a salvo*". Por tanto, deberán excluirse mutuamente. Es decir, el daño o perjuicio sufrido por la masa activa del concurso generaría, por oposición a la expresión empleada por el numeral 6, daños y perjuicios "indirectos" en los intereses de los sujetos legitimados, por lo que solamente daños y perjuicios distintos de estos servirían para fundamentar las acciones de responsabilidad que señala el último inciso del artículo 36.

La distinción entre "daño indirecto" y "daño directo" es fácilmente comprensible cuando los legitimados son acreedores. Efectivamente, la actuación de los administradores concursales podrá generar un daño indirecto en el patrimonio del acreedor cuando, perjudicando a la masa activa del concurso, produce una disminución en el valor de los bienes y derechos que servirán eventualmente para satisfacer el crédito de aquel. El daño, por el contrario, será directo cuando la conducta de los administradores, sin generar un perjuicio para la masa activa, sí afecta a los intereses del deudor, acreedores o terceros<sup>367</sup>.

Sin embargo, esta distinción entre lesiones "directas" e "indirectas" de los intereses de los legitimados plantea, sin duda, algunos interrogantes, principalmente con relación a la persona jurídica concursada. Obviamente, todo daño o perjuicio causado a la masa activa afectará "directamente" a los intereses de la deudora, pues tal masa la integran los bienes y derechos de los que aquella es titular. Así pues, ¿A qué acciones puede estar refiriéndose el legislador concursal cuando legitima de forma expresa al deudor a ejercitar acciones por actos u omisiones de los administradores concursales y auxiliares delegados que lesionen directamente sus intereses?

---

<sup>367</sup> Por ejemplo, la responsabilidad que se deduce por los daños sufridos por bienes que sin integrar la masa activa del concurso, son administrados por el administrador concursal.



La eventualidad de un daño a intereses del deudor distintos de los patrimoniales integrados en la masa activa, es mucho más factible en el caso del concurso de un deudor persona física que en el de una persona jurídica. Es, precisamente, la protección del superior valor que constituye la subsistencia razonablemente digna del deudor persona física y sus dependientes (arts. 605 y ss., LEC), la razón por la que la ley clasifica, en muchos casos, como inembargables, bienes del deudor. No obstante, y pese a constituir casos excepcionales, no podrá descartarse, al menos en principio, la presencia de bienes inembargables en el patrimonio del deudor persona jurídica<sup>368</sup>.

Por otra parte, también será posible la causación de un daño por los administradores concursales a bienes de contenido no patrimonial, como el derecho al honor o a la propia imagen<sup>369</sup> del deudor persona jurídica<sup>370</sup>.

---

<sup>368</sup> Así, por ejemplo, el Fondo de Reserva Obligatorio y el Fondo de Educación y Promoción, en las cooperativas (art. 55.1, LCoop y legislación autonómica concordante), si bien MORILLAS discute que el carácter irrepartible de estos fondos impida la incorporación a la masa activa de “los bienes en que se haya materializado la inversión de su importe”. MORILLAS JARILLO, M<sup>a</sup> J., “El concurso de...”, *op. cit.*, p. 214.

<sup>369</sup> Piénsese en el revelamiento por los administradores concursales de información referida al deudor, a la que aquellos tuvieron acceso con oportunidad del ejercicio de su función, cuando dicho revelamiento constituye una intromisión ilegítima en el honor del deudor. JUAN y MATEU, F., “Responsabilidad (Artículo 36)”, *op. cit.*, p. 736.

<sup>370</sup> Tribunal Supremo, Sentencias 310/1994, de 5 de abril, Id Cendoj: 28079110011994104527; 1158/1993 de 9 de diciembre, Id Cendoj: 28079110011993103393; y Sala 1<sup>a</sup> de lo Civil. 395/1992, de 15 de abril, Id Cendoj: 28079110011992104658. En ésta última, la Sala 1<sup>a</sup> afirma: “*Es cierto que el derecho al honor, reconocido como fundamental en el art. 18-1 de la Constitución de 1978, deriva de la dignidad humana la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes fundamentan el orden político y la paz social, art. 10,1 y consecuentemente presenta, en su concepción estricta, un innegable carácter personalista, pero ello no excluye la extensión de su garantía constitucional a las personal jurídicas y, en concreto, a las sociedades mercantiles [...]*”.

En cualquier caso, y por más que los daños a la masa y a los intereses del deudor, de acreedores o terceros, puedan fundar distintas responsabilidades, no parece, “[...] al menos en el plano sustantivo, y en lo concerniente a los criterios de imputación”, que los requisitos y principios difieran en uno u otro supuesto<sup>371</sup>. No obstante, el diferente tratamiento procesal dado a la acción de responsabilidad concursal y a la acción de responsabilidad civil ordinaria, justifican el análisis de las acciones contempladas en el artículo 36 de la Ley concursal a fin de determinar el cauce procesal que deberá seguir la reclamación de responsabilidad en cada caso.

No parecen existir dudas respecto a la naturaleza concursal de la acción de responsabilidad por la causación de daños y perjuicios a la masa. Dicha acción “[...] se sustanciará por los trámites del juicio declarativo que corresponda, ante el juez que conozca o haya conocido del concurso” (art. 36.4, LC)<sup>372</sup>, prescribiendo “[...] a los cuatro años, contados desde que el actor tuvo conocimiento del daño o perjuicio por el que reclama y, en todo caso, desde que los administradores concursales o los auxiliares delegados hubieran cesado en su cargo”. Ahora bien ¿Cabe extender esta regla de atribución de jurisdicción y plazo de prescripción a las acciones de responsabilidad por actos u omisiones de los administradores concursales y auxiliares delegados que lesionen directamente intereses de los legitimados a ejercitarlas? En principio, parecería que el recto sentido de la expresión “*quedan a salvo*” empleada en el artículo 36.6 de la Ley concursal, excluiría la aplicación de las disposiciones contenidas en los numerales 1 a 5 del mismo precepto. Por tal razón,

---

<sup>371</sup> Audiencia Provincial de Granada, Sección 3ª. Sentencia 9/2015, de 23 de enero. FD 1º. Repertorio de jurisprudencia Aranzadi N.º JUR\2015\103334.

<sup>372</sup> Debe exceptuarse la hipótesis en que el cargo de administrador concursal lo desempeñe un funcionario público, actuando en calidad de tal, en cuyo caso la exigencia de responsabilidad por daños a la masa deberá respetar el régimen administrativo fijado en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común (arts. 139 y ss., LRJAPAC).

alegada la lesión de intereses distintos de los del concurso, el ejercicio de la acción de responsabilidad por la causación de los mismos, deberá realizarse, ante el órgano jurisdiccional, y aplicando los plazos de prescripción que señalen las normas generales. No se niegan los evidentes paralelismos entre estas acciones y las de responsabilidad social e individual contempladas en la Ley de Sociedades de Capital (arts. 238 y ss., LSC), cuyo plazo de prescripción la Ley societaria establece que sea de 4 años para ambas (art. 241 *bis*, LSC)<sup>373</sup>. Sin embargo, no cabe, a nuestro entender, equiparar la responsabilidad de administradores societarios y concursales, ni siquiera a estos efectos. Las funciones del administrador concursal no tienen porqué coincidir con las de quien administra bienes ajenos, e incluso cuando ello es así (en el caso de suspensión de las facultades de administración del deudor), ni sus facultades se ven limitadas a la mera administración (el administrador concursal es, primero y antes que nada, un auxiliar de la justicia), ni tal administración se realiza con el grado de autonomía e independencia (y correspondiente responsabilidad) que cabe atribuir a los administradores societarios<sup>374</sup>. Los actos realizados por la

---

<sup>373</sup> MUÑOZ DE BENAVIDES, C., “La responsabilidad de los administradores concursales”, en *Diario La Ley*, N.º 7522, Sección Tribuna, diciembre de 2010, en [www.laleydigital.laley.es](http://www.laleydigital.laley.es), LA LEY 13773/2010, consultado el 15 de junio de 2015, p.3. En contra, HERRERA CUEVAS, señala cómo las acciones de responsabilidad por daños a la masa del artículo 36.1 a 5 de la Ley y la mencionada en el artículo 36.6, tienen como referente las acciones de responsabilidad social e individual contempladas en el régimen contemplado por la entonces vigente ley de Sociedades Anónimas (hoy, arts. 238 y ss., LSC). Partiendo de este “*designio imitativo*”, considera el autor de aplicación a las acciones de responsabilidad de la Ley concursal, el criterio empleado por la jurisprudencia mayoritaria que unificaba al régimen de artículo 949 del Código de Comercio (prescripción de 4 años), las acciones sociales e individuales de responsabilidad de la derogada Ley de Sociedades Anónimas (criterio acogido posteriormente por la Ley de Sociedades de Capital en su artículo 241.bis, en la redacción dada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre). HERRERA CUEVAS, E., “Algunas cuestiones del estatuto de la administración concursal”, *Diario La Ley*, N.º 6437, Sección Doctrina, marzo de 2006, [www.laleydigital.laley.es](http://www.laleydigital.laley.es), LA LEY 224/2006.

<sup>374</sup> JUAN y MATEU, F., “Ejercicio del cargo (Artículo 35)”, en ROJO A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *Comentario de la Ley concursal*, Tomo I, Editorial Civitas, 1ª edición, 2ª reimpresión, Madrid, 2004, p. 708.

administración concursal están, en última instancia, sometidos al control de legalidad del juez. Es por ello que entendemos que, a falta de mención explícita en la Ley concursal respecto a la aplicación del plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad por daños y perjuicios causados por los administradores concursales a la masa, debe entenderse las mismas sujetas al general que señale las normas procesales aplicables. La aplicación de este criterio, supondrá, por las mismas razones expuestas, que no sea de aplicación a las acciones individuales, las reglas de atribución de competencia al juez del concurso para conocer de la acción de responsabilidad por daños a la masa del artículo 36.4.

En relación con los elementos materiales de la responsabilidad de los administradores concursales por daños causados a la masa, debe señalarse que tal responsabilidad precisa, conforme a lo dispuesto en el artículo 36.1 de la Ley concursal, una conducta activa u omisiva del administrador concursal o del auxiliar delegado, caracterizada por ser la misma contraria a la ley o incompatible con la diligencia “[...] *de un ordenado administrador y de un representante leal*” exigida para el desempeño de sus cargos (art. 35.1, LC).

La antijuridicidad de la conducta ha de entenderse en un sentido amplio, no limitada a la contravención de la propia norma concursal, sino también de cualquier otra disposición con rango de ley<sup>375</sup>.

A su vez, también genera responsabilidad el desempeño del cargo de administrador concursal o auxiliar, realizado con una diligencia menor que la mínima exigible a un ordenado administrador. Dicho nivel mínimo de exigencia se construye partiendo de un modelo abstracto de administrador concursal prototípico, y no en atención a

---

<sup>375</sup> MORENO SERRANO, E., “El órgano de...”, *op. cit.*, p. 141; JUAN y MATEU, F., “Responsabilidad (Artículo 36)”, *op. cit.*, p. 730. También la Audiencia Provincial de Barcelona, se muestra favorable a esta interpretación amplia (Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª. Sentencia 202/2013, de 15 de mayo. FD 6º. 13. Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi N.º JUR\2013\343868.

las habilidades, conocimientos y experiencia de la concreta persona designada administrador concursal o auxiliar<sup>376</sup>.

Del mismo modo incurren en responsabilidad tanto el administrador concursal como el auxiliar delegado que actúan con deslealtad, sin conducirse, en el desempeño de sus cargos, como un “representante leal” (art. 35.1, LC). La responsabilidad que cabe exigir se basa en la conducta, necesariamente dolosa<sup>377</sup>, del administrador concursal que, en el ejercicio de sus funciones, no actúa en defensa de los intereses del concurso, relegándolos a favor de los del deudor, los de algún - o todos - los acreedores, de terceros o, el propio del administrador o el auxiliar.

Ni la infracción de un precepto legal, ni el actuar negligente o desleal, generan, en sí mismos la responsabilidad concursal que regula

---

<sup>376</sup> Lo que no quiere decir que, a la hora de establecer el nivel de diligencia mínimo exigible no deban atenderse las circunstancias del caso concreto, pudiendo tenerse presentes, por ejemplo, la clase de actividad que desarrolle el deudor; la dimensión de la empresa; el estado en que se encuentre la contabilidad, el número de acreedores, etc. JUAN y MATEU, F., “Ejercicio del cargo...”, *op. cit.*, p. 709.

<sup>377</sup> OLIVERA GARCÍA expresa que *“lealtad y diligencia son (...) los dos deberes esenciales de los administradores sociales, y su violación las dos grandes bases sobre las que se sustenta todo el sistema de responsabilidad de los mismos”*, mientras que *“la referencia al dolo y a la culpa grave alude al factor atributivo de responsabilidad...”*. OLIVERA GARCÍA, R., “Lealtad: 12 – Diligencia: 3”, en *Tres Pilares del Moderno Derecho Comercial, Sociedades – Contratos – Concursos*, Semana Académica del Instituto de Derecho Comercial, 1ª edición, F.C.U., Montevideo, 2011, pág. 164. El mencionado autor, entiende que *“la violación al deber de diligencia es un comportamiento culposo, que requiere una mayor indulgencia siendo solamente reprimido a título de culpa grave (...) No existe en el caso de la negligencia un interés del administrador de actuar en forma contraria al interés social”*. No se está entonces *“en presencia de un comportamiento doloso, sino de un comportamiento culposo en el cual el resultado dañoso logrado con el comportamiento negligente del administrador no coincide con el resultado buscado con su comportamiento”*, (*op. cit.*, p. 167). Por otra parte, el jurista afirma que *“el actuar desleal es, por definición, un comportamiento doloso. Quien actúa en violación del deber de lealtad, quiere el resultado de sus actos existiendo coincidencia entre su voluntad y el efecto esperado”*, (*op. cit.*, p. 166).

el artículo 36 de la Ley. Es necesario, en todo caso, que se verifiquen tanto la causación de un daño efectivo a la masa del concurso, como el que se establezca el nexo causal entre la acción u omisión que constituye el actuar antijurídico o culpable que se alegue<sup>378</sup>.

Además, no responderá el administrador concursal por los daños y perjuicios que su actuar produzca en la masa o en el patrimonio de los legitimados a instar acción individual de responsabilidad, cuando sus actos cuenten con la previa autorización del juez del concurso. Ello resultará por faltar, normalmente, en ese caso, el requisito de la culpa o el dolo. No será así, sin embargo, cuando la autorización del órgano jurisdiccional se obtenga en base a información falsa o defectuosa o sin contar el juez del concurso con datos relevantes y ello quepa imputarse a un comportamiento doloso o inexcusablemente negligente por parte del administrador concursal<sup>379</sup>.

La responsabilidad por los actos y omisiones lesivos, sólo cabe le sea imputada al administrador concursal o auxiliar responsable por el comportamiento antijurídico, negligente o desleal. Normalmente la administración concursal la integrará una única persona, física o jurídica (art. 27.1, LC). En los casos en los que la Ley permite que la administración concursal la integren dos miembros (art. 27.2.3º, LC), las funciones del órgano concursal serán desempeñadas de forma mancomunada, salvo aquellas competencias cuyo ejercicio el juez atribuya individualizadamente (arts. 35.2, LC). Si a lo anterior le añadimos la previsión contenida en el numeral 3 del mismo artículo 35, por la que se exige que las decisiones y los acuerdos de la administración concursal que no sean de trámite o de gestión ordinaria, se consignent por escrito y sean firmados por todos sus miembros, se comprueba cómo en muy pocos casos podrá serle

---

<sup>378</sup> Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil. Sentencia 669/2013, de 11 de noviembre. FD. 10. Id Cendoj: 28079110012013100670.

<sup>379</sup> JUAN y MATEU, F., “Responsabilidad (Artículo 36), *op.cit.*, p. 732. En contra, MORENO SERRANO, E., “El órgano de...”, *op. cit.*, p. 142.

exigible responsabilidad a tan solo uno de los dos administradores concursales.

No obstante, siquiera de forma excepcional, según se ha indicado, el juez del concurso podrá encomendar el ejercicio de determinadas funciones a uno solo de los dos integrantes del órgano concursal pluripersonal, por lo que es plausible pueda exigírsele responsabilidad a uno de los administradores y no al otro. En este caso, poco planteado en la práctica por las razones ya expuestas, no establece la Ley, respecto al administrador que no adoptó la decisión, presunción o inversión probatoria de ningún tipo, por lo que, de quererse hacer extensible la responsabilidad por el comportamiento de uno de los miembros al otro, ello deberá fundamentarse y probarse por quien lo alegue<sup>380</sup>. De todas formas, cabe siempre recordar que el principio general es la atribución personal e individual de la responsabilidad, al sujeto que con su actuar culpable o doloso provoca un daño, excepto que la ley disponga lo contrario.

En contraste con lo anterior, el numeral 2 del artículo 36 declara responsables solidarios a los administradores concursales por los daños y perjuicios causados por actos y omisiones lesivos realizados por los auxiliares delegados. Dichos auxiliares son nombrados por el juez, ya sea por expreso mandato de la Ley (art. 31.1, párrafo tercero, 1º a 4º, LC), a instancia del administrador concursal (art. 31.1, párrafo primero, LC), o de oficio, atendiendo a las concretas circunstancias del concurso (art. 31.1, párrafo segundo, LC). Únicamente podrán evitar los administradores concursales su responsabilidad solidaria si

---

<sup>380</sup> La integración de la administración concursal, y su régimen de funcionamiento han sido sometidos a una profunda revisión mu recientemente. En su redacción original, la Ley concursal exigía, con carácter general, la integración de la administración concursal por tres personas que, normalmente actuaban como un órgano colegiado, permitiéndose que una sola persona integrase la administración concursal, solo en los concursos tramitados por el procedimiento abreviado. Esta estructura pronto se reveló innecesariamente compleja y costosa en buena parte de los concursos declarados. Aun así, se mantuvo hasta la entrada en vigor de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial.

prueban “[...] haber empleado toda la diligencia debida para prevenir o evitar el daño” (art. 36.2, *in fine*, LC). Se aprecia cómo también en esta hipótesis, la responsabilidad de los administradores concursales, tampoco es de naturaleza objetiva, sino que encuentra su fundamento siempre en la culpa *in vigilando* y en la culpa *in eligendo*, esta última solamente cuando la designación de los auxiliares es a propuesta de los administradores concursales (art. 31.1, párrafo primero LC)<sup>381</sup>.

## **2.- Promoción por el deudor persona jurídica de recusación a los administradores concursales y recursos contra la resolución que admite o rechaza la recusación**

La Ley concursal otorga a todas las personas legitimadas para instar la declaración de concurso y, entre ellas, al deudor, legitimación, para instar también la recusación de las personas nombradas administradores concursales (art. 33.1, LC). Asimismo, legitima para interponer recurso de reposición, y de apelación frente a la resolución por la que se recusen a aquellos, al “[...] deudor, la administración concursal, los administradores concursales afectados y quienes acrediten interés legítimo, aunque no hubieran comparecido con anterioridad” (art. 39.1, LC).

El artículo 32 de la Ley regula el régimen de recusación aplicable a los administradores concursales y a los auxiliares delegados (*cf.* art. 31.3, LC). Está legitimado para instar la recusación del administrador concursal, el órgano de administración y representación de la persona jurídica deudora (*cf.* arts. 3.1, párrafo segundo y 33.1, LC) que, salvo previsión legal o estatutaria en contra,

---

<sup>381</sup> En nuestra opinión, no corresponde aplicar la hipótesis de responsabilidad analizada a los administradores concursales por culpa *in eligendo*, cuando la designación de los auxiliares es directa por el Juez, sin haber sido propuestos por la administración concursal. Más allá que la designación siempre la realiza el Juez, cuando exista propuesta por parte del administrador concursal como en la hipótesis prevista en el art. 31.1, párrafo primero de la Ley concursal, le cabrá a éste la responsabilidad al elegir culpablemente al candidato a auxiliar.



podrá delegar tal facultad. La legitimación del órgano de administración y representación de la persona jurídica, concurrirá con la que se reconoce a los socios, miembros o integrantes del ente que sean personalmente responsables, conforme a la legislación vigente, de las deudas de aquélla (*cf.* arts. 3.3 y 33.1 y 39.1). En este sentido, ni sobre el deudor, ni sobre el resto de legitimados recae obligación de solicitar la recusación del integrante de la administración concursal incurso en una causa que le impida o prohíba desempeñar sus funciones<sup>382</sup>.

La recusación deberá sustanciarse por el trámite del incidente concursal y no tendrá efecto suspensivo. La Ley establece el mantenimiento en su cargo del recusado sin que la resolución que recaiga afecte a la validez de las actuaciones. (art. 32.4, LC).

Las causas en que cabe al órgano de administración de la persona jurídica concursada, y al resto de legitimados, fundar su pedido recusatorio, se indican en el numeral 2 del artículo 32. En concreto, *“son causas de recusación las circunstancias constitutivas de incapacidad, incompatibilidad o prohibición a que se refiere el artículo 28, así como las establecidas en la legislación procesal civil para la recusación de peritos”*.

El numeral 1 del artículo 28, en la redacción dada por el artículo único.4 de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, a su vez, refiere a causas que impiden el nombramiento de una persona como integrante de la administración concursal, remitiéndose, en primer lugar a las que impiden ser administrador de una sociedad anónima o de responsabilidad limitada (art. 28.1.c, LC).

---

<sup>382</sup> Si existiría, por el contrario, el deber “[...] a cargo de las personas nombradas, de abstenerse de aceptar el cargo cuando sean conscientes de estar incurso en alguna de las causas de incompatibilidad que pueden dar lugar a la recusación”. TIRADO, I., “Recusación (Artículo 33)” en ROJO A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *Comentario de la Ley concursal*, Tomo I, Editorial Civitas, 1ª edición, 2ª reimpresión, Madrid, 2004, pp. 669 y 670.

Al respecto, la Ley de Sociedades de Capital, en su artículo 213.1, prohíbe ser administradores a menores de edad no emancipados, incapacitados por sentencia judicial o condenados a inhabilitación para representar a terceros y administrar bienes ajenos por la sentencia que califique el concurso como culpable durante el período de inhabilitación fijado, así como a los condenados por delitos contra la libertad, contra el patrimonio o contra el orden socioeconómico, contra la seguridad colectiva, contra la Administración de Justicia o por cualquier clase de falsedad. Por último, se prohíbe también ser administradores a quienes, por razón de su cargo no puedan ejercer el comercio.

En su numeral 2, el precepto societario extiende la prohibición de ser administrador a “[...] *funcionarios al servicio de la Administración pública con funciones a su cargo que se relacionen con las actividades propias de las sociedades de que se trate, los jueces o magistrados y las demás personas afectadas por una incompatibilidad legal*”.

Por otra parte, la Ley concursal prohíbe también el nombramiento como administradores concursales de “[...] quienes hayan prestado cualquier clase de servicios profesionales al deudor o a personas especialmente relacionadas con éste en los últimos tres años, incluidos aquellos que durante ese plazo hubieran compartido con aquél el ejercicio de actividades profesionales de la misma o diferente naturaleza” [art. 28, 1, b), LC]. La mención a “personas especialmente relacionadas” con el deudor remite a la extensísima y detallada lista de personas que en el artículo 93 de la Ley considera mantienen dicho vínculo con el concursado<sup>383</sup>. La lista de condiciones y circunstancias

---

<sup>383</sup> Siendo el deudor una persona física, se califican como especialmente relacionados a su cónyuge, pareja de hecho y a aquellos con quien el deudor mantuviera vínculo de naturaleza análoga, al momento de declararse el concurso, así como a quienes hubieran tenido alguna de estas condiciones o, simplemente, “hayan convivido habitualmente con el concursado” hasta dos años antes de la fecha de declaración (art. 93.1.1º, LC). También los ascendientes y descendientes, sin límite de grado de parentesco, y hermanos del deudor o de las personas citadas en el artículo 93.1.1º. Del mismo modo se califican a ascendientes, descendientes y

que impiden, en atención a su especial relación con la concursada, designar a personas como administradores concursales, se ve a estos efectos, ampliada por la previsión del artículo 28.1.d) de la Ley. Esta disposición extiende la prohibición referida a las personas especialmente relacionadas con quienes hubieran prestado cualquier clase de servicios profesionales al deudor o a personas especialmente relacionadas con éste durante los tres años anteriores a la declaración de concurso.

A las causas que impiden nombrar a una persona administrador concursal, deben añadirse la de estar dicha persona incurso en alguno de los supuestos de incompatibilidad contemplados en el artículo 13 del Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, y no

---

cónyuges de los hermanos del concursado (art. 93.1.3º, LC); a las personas jurídicas controladas por cualesquiera de las personas señaladas en los ordinales 1º, 2º y 3º o por sus administradores de hecho o de derecho, y a todas las personas que, a su vez, formen parte de grupos integrados por aquellas (art. 93.1.4º y 5º, LC). Idéntica consideración recibirá cualquier persona jurídica administrada por persona de las mencionadas en los ordinales 1º, 2º, 3º, 4º, y 5º del numeral 1.

En el caso del concurso de una persona jurídica, son personas especialmente relacionadas los socios y, con ellos, las personas físicas y jurídicas con las que estén especialmente relacionados conforme a las reglas aplicables al deudor persona física, siempre y cuando sean los socios personal e ilimitadamente responsables por deudas sociales, o posean una participación significativa en la concursada (mayor al 5 por ciento en sociedades cotizadas, o del 10 por ciento en no cotizadas), (art. 93.2.1º, LC).. Además, serán personas especialmente relacionadas quienes fueran o hubieran sido administradores, de derecho o de hecho, liquidadores del concursado persona jurídica y los apoderados con poderes generales de la empresa, al declararse el concurso o en algún momento durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración (art. 93.2.2º, LC). A las anteriores personas, habrán de añadirse las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios comunes personalmente responsables o titulares de las participaciones que el ordinal 1º considera significativas a estos efectos (art. 93.2.3º, LC). Esta extensísima nómina se ve ampliada, aún más, por la presunción, salvo prueba en contrario de la especial relación del deudor con cesionarios o adjudicatarios de créditos pertenecientes a cualquiera de las personas mencionadas en los numerales 1 y 2 del artículo, siempre que la adquisición se hubiere producido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.

solo cuando tal circunstancia opere en relación con la propia concursada, sino también con sus directivos, administradores o, incluso un acreedor que represente más del diez por ciento de la masa pasiva del concurso<sup>384</sup>.

Cuando la persona a designar como administrador sea una persona jurídica, el régimen de prohibiciones del artículo 28 de la Ley y sus remisiones a la Ley de Sociedades de Capital y al Texto Refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas deberá extenderse a la persona física que la Ley concursal exige designe la administradora concursal persona jurídica como representante y director de los trabajos (art. 30.3, LC). Y si el nombrado fuera persona física integrada en una persona jurídica profesional, a los restantes socios o colaboradores (art. 30.2, LC).

Tampoco podrán ser nombrados administradores concursales los separados de tal cargo en los tres años anteriores ni los inhabilitados por sentencia firme de desaprobación de cuentas en concurso anterior (art. 28.2, párrafo primero, LC), ni quienes en calidad de expertos independientes, hubieran emitido el informe al que se refiere el artículo 71 bis.4<sup>385</sup> de la Ley en relación con un acuerdo de

---

<sup>384</sup> Dada la extraordinaria amplitud del concepto de persona relacionada, gran número de los supuestos mencionados en la Ley de auditoría caben subsumirse en los más amplios contemplados en el artículo 93 de la Ley concursal. Así, por ejemplo, se reiterarían, como causas de prohibición, la condición de cargo directivo o de administración, el desempeño de puestos de empleo o de supervisión interna en la concursada; el otorgamiento a favor de la persona de apoderamientos con mandato general por el deudor [*cf.* art.13. a), TRLA]; la existencia de vínculos de matrimonio, de consanguinidad o afinidad [*cf.* art.13.c), TRLA]; y la prestación de servicios profesionales para la entidad [*cf.* art.13.d), e), f), g), h), i), TRLA]. No obstante, la remisión expresa a la Ley de auditoría, consigue, pese a todo, ampliar aún más la nómina de prohibiciones introduciendo una hipótesis de incompatibilidad que prohíbe la designación como administrador concursal de la persona que tuviera en la entidad concursada lo que ambigualmente se define como *“interés financiero directo o indirecto en la [...entidad concursada...] si, en uno u otro caso, es significativo para cualquiera de las partes”*.

<sup>385</sup> Informe sobre el carácter razonable y realizable del plan de viabilidad, sobre la proporcionalidad de las garantías conforme a condiciones normales de mercado en el

refinanciación que hubiera alcanzado el deudor antes de su declaración de concurso.

Por su parte, el ya mencionado artículo 32.2 de la ley concursal, en su último inciso, establece, en relación con las causas de recusación de los administradores concursales, la aplicación de las que se indican en la legislación procesal civil para la recusación de peritos<sup>386</sup>.

---

momento de la firma del acuerdo, así como las demás menciones que, en su caso, prevea la normativa aplicable.

<sup>386</sup> Reguladas las causas de recusación de peritos en el artículo 124.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la norma procesal remite a su vez a los motivos de recusación de la Ley Orgánica del Poder judicial, mencionando de forma expresa, tres causas: haber dado anteriormente sobre el mismo asunto dictamen contrario a la parte recusante, ya sea dentro o fuera del proceso; haber prestado servicios como perito al litigante contrario o ser dependiente o socio del mismo; y tener participación en sociedad, establecimiento o empresa que sea parte del proceso.

Por su parte, la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial plantea, en su artículo 219, dieciséis causas de recusación que, como puede comprobarse, reiteran muchos de los supuestos de recusación ya establecidos por aplicación de las disposiciones de los artículos 32.1 y 28 de la Ley concursal. Vemos así como podrá recusarse al administración concursal designado, dándose alguna de los siguientes circunstancias: vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del cuarto grado con las partes o el representante del Ministerio Fiscal; igualmente, la existencia de vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del segundo grado con el letrado o el procurador de cualquiera de las partes que intervengan en el pleito o causa; ser o haber sido defensor judicial o integrante de los organismos tutelares de cualquiera de las partes, o haber estado bajo el cuidado o tutela de alguna de éstas; estar o haber sido denunciado o acusado por alguna de las partes como responsable de algún delito o falta, a resultas de lo cual se incoara procedimiento penal sin que recayese sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento; haber sido sancionado disciplinariamente en virtud de expediente incoado por denuncia o a iniciativa de alguna de las partes; haber sido defensor o representante de alguna de las partes, emitido dictamen sobre el pleito o causa como letrado, o intervenido en él como fiscal, perito o testigo; ser o haber sido denunciante o acusador, tener pleito pendiente o amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de las partes, o interés directo o indirecto en el pleito o causa; haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia; ser o haber sido una de las partes subordinado del juez que deba resolver la contienda litigiosa; haber ocupado cargo público, desempeñado

La extraordinaria minuciosidad del régimen de incompatibilidades, prohibiciones e incapacidades visto, obliga a exceptuar su aplicación, a fin de no vaciar de contenido alguna de las previsiones de la propia Ley concursal <sup>387</sup>. Es el caso de la norma que impide ser administradores de sociedades de capital a funcionarios de la Administración pública cuyas funciones se relacionen con las actividades propias de las sociedades, o la incompatibilidad del ejercicio de determinados cargos con el del comercio en relación con los administradores concursales.

Efectivamente, la Ley concursal (art. 28.4, inciso primero, LC), sujeta “[...] a los representantes de la Comisión Nacional del Mercado

---

empleo o ejercido profesión con ocasión de los cuales haya participado directa o indirectamente en el asunto objeto del pleito o causa o en otro relacionado con el mismo; en los procesos en que sea parte la Administración pública; encontrarse el juez o magistrado con la autoridad o funcionario que hubiese dictado el acto o informado respecto del mismo o realizado el hecho por razón de los cuales se sigue el proceso en alguna de las circunstancias mencionadas en las causas 1.<sup>a</sup> a 9.<sup>a</sup>, 12.<sup>a</sup>, 13.<sup>a</sup> y 15.<sup>a</sup> del artículo; el vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable, o el parentesco dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad, con el juez o magistrado que hubiera dictado resolución o practicado actuación a valorar por vía de recurso o en cualquier fase ulterior del proceso; y haber ocupado el juez o magistrado cargo público o administrativo con ocasión del cual haya podido tener conocimiento del objeto del litigio y formar criterio en detrimento de la debida imparcialidad.

Como puede apreciarse, no en todos los casos las reglas de recusación de la Ley Orgánica son fácilmente trasladables a la designación del administrador concursal.

<sup>387</sup> La Ley concursal, tanto en la redacción dada por la ley 17/2014 de 13 de septiembre, como en la vigente, en tanto no se desarrolle reglamentariamente la reforma normativa introducida, prevé que, en determinadas circunstancias, el juez del concurso designe administradores de entre las personas propuestas por la Comisión Nacional del Mercado de Valores o por el Consorcio de Compensación de Seguros (art. 27.6, LC). Del mismo modo, y tras la reforma, la Ley concursal autoriza al juez, cuando exista causa de interés público que lo justifique, a nombrar segundos administradores concursales a Administraciones Públicas y entidades de Derecho Público acreedoras (art. 27.6 y 7, LC tras la modificación introducida por la ley 17/2014 de 13 de septiembre).

de Valores, del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, Consorcio de Compensación de Seguros y de cualesquiera Administraciones Públicas acreedoras a las incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones impuestas a los administradores concursales en su artículo 28 y, entre ellas, por la referida remisión expresa recogida en el numeral 1 letra c) del precepto, a las que establece la normativa societaria para los administradores de sociedades anónimas y limitadas. Empero, el mismo precepto (art. 28.4, *in fine*, LC) exceptúa “[...] las prohibiciones por razón de cargo o función pública, [...] las contenidas en el párrafo segundo del apartado 3 [...] del artículo 28...” y “[...] las establecidas en el apartado 2.2º del artículo 93”.

La Ley dedica su Título II a la administración concursal, cuyo Capítulo I regula el procedimiento a seguir para la designación de las personas que integrarán la administración concursal en un determinado procedimiento. Bajo el epígrafe “*condiciones subjetivas para el nombramiento de administradores concursales*”, el artículo 27.1, señala que, como regla, la administración concursal estará integrada por un único miembro, persona física o jurídica.

En la redacción en vigor cuando se redacta esta tesis, las personas designables como administradores concursales, deberán acreditar ser, en el caso de tratarse de personas físicas, bien abogados en ejercicio, con un mínimo de 5 años de experiencia profesional “efectiva” y con formación especializada en Derecho concursal (art. 27.1.1º, LC), bien economista, titulado mercantil o auditor de cuentas, exigiéndoseles, también en este caso, acreditar experiencia profesional de 5 años y especialización “demostrable” en el ámbito concursal (art. 27.1.2º, párrafo 1º, LC). La Ley permite también designar administrador concursal a una persona jurídica, requiriéndose, en tal supuesto que en ella se integre “[...] al menos, un abogado en ejercicio y un economista, titulado mercantil o auditor de cuentas, y que garantice la debida independencia y dedicación en el desarrollo de las funciones de administración concursal”. Este régimen se ve sometido a una importante modificación por el artículo único.2 de la

Ley 17/2014, de 30 de septiembre, pendiente su entrada en vigor, del necesario desarrollo reglamentario (Disposición transitoria 2, Ley 17/2014, de 30 de septiembre).

La reforma a que nos referimos introduce, entre otras muchas modificaciones, una sección cuarta del Registro Público Concursal, prevista en el nuevo art. 27.2, LC). Se configura así dicho Registro como pieza central en torno a la que gravita el nuevo sistema de habilitación de profesionales para el desempeño de funciones de administrador concursal y la designación de administradores concursales<sup>388</sup>.

---

<sup>388</sup> Respecto a las concretas cualificaciones exigibles a las personas físicas o jurídicas para su inscripción en la sección cuarta del Registro Público Concursal, la Ley remite a su desarrollo reglamentario, limitándose a enunciar algún requisito a modo de ejemplo. En concreto se menciona la posibilidad de establecer la necesidad de que los inscritos reúnan cierta titulación, acrediten determinada experiencia, o superen pruebas o cursos específicos, así como el establecimiento de requisitos específicos para el desempeño de las funciones de administrador concursal en concursos de tamaño medio y grande (art. 27.3, LC). El proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla el estatuto de la administración concursal de 15 de julio de 2015, presentado por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, señala en su preámbulo los principales aspectos sobre los que incide la reforma operada por la Ley 17/2014. Estos serían la deslegalización de las condiciones para ser administrador (Preámbulo II, párrafo segundo, PRD 2015); la sustitución de las actuales listas en los decanatos de los juzgados (Preámbulo II, párrafo tercero, PRD 2015); y la alteración de los mecanismos para la determinación de la remuneración de los administradores concursales, modulada en función de la nueva clasificación de los concursos por su tamaño (número de trabajadores empleados en la concursada, el del número de acreedores, la estimación inicial de pasivo y del activo, así como la cifra de negocios), y la insistencia “[...] en la concepción del arancel como mecanismo de incentivos que fomente la calidad, la diligencia y la agilidad de la administración concursal” (Preámbulo II, párrafo cuarto, PRD 2015).

El mencionado borrador prevé la instauración como requisito básico para el ejercicio de la función concursal de un “examen de aptitud profesional, cuya realización se encomienda a los Colegios Profesionales de Abogados, Economistas y Titulados Mercantiles, así como al Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España”. La superación de dicho examen, continúa el Preámbulo del Proyecto, “determinará la inscripción en la sección cuarta del Registro Público Concursal y el surgimiento de una nueva obligación, que es la formación continua”, (Preámbulo III, párrafo segundo, PRD 2015).



Deberá tenerse en cuenta pues, en sede de recusación de los administradores concursales por la administración de la persona jurídica concursada, la concurrencia en la persona nombrada de los requisitos de titulación, experiencia profesional y eventual inscripción en el Registro Público que se formulen por la legislación concursal y su desarrollo reglamentario, así como el respeto a las normas legales y reglamentarias aplicables. Así, por ejemplo, habrá de atenderse la prohibición (sujeta a la existencia de personas disponibles suficientes) de nombrar administradores concursales a “[...] *las personas que hubieran sido designadas para dicho cargo por el mismo juzgado en tres concursos dentro de los dos años anteriores*”, computando, a estos efectos, como uno solo los nombramientos efectuados en concursos de sociedades pertenecientes al mismo grupo de empresas (art. 28.2, párrafo primero, LC).

La somera exposición del régimen de incapacidades, prohibiciones e incompatibilidades expuesto, surge con claridad en nuestra opinión una primera conclusión: son tantos los supuestos que pueden impedir la designación de una persona como administrador concursal en un concreto procedimiento, que mal podrá el propio designado examinar si se encuentra incurso en alguno de los supuestos de prohibición que señala la Ley (art. 28.5, LC).

### **3.- Promoción por el deudor persona jurídica de la separación de los administradores concursales y auxiliares delegados y recursos contra la resolución por la que se acuerda o rechaza la separación**

El artículo 37.1 de la Ley concursal autoriza al órgano de administración del deudor persona jurídica, junto al resto de legitimados para solicitar la declaración de concurso, a instar la separación de los administradores concursales de sus cargos y la

revocación del nombramiento de los auxiliares delegados que hubieran eventualmente sido designados.

La decisión de separar a los administradores concursales y la revocación del nombramiento de auxiliares, deberá adoptar la forma de auto (art. 37.3, primer inciso, LC), atribuyéndose la competencia para dictarlo al juez del concurso, de oficio o a instancia de cualquier legitimado. Será preciso en todo caso, que el juez aprecie la concurrencia de justa causa (art. 37.1, párrafo primero, LC), debiendo -añade innecesariamente el Artículo 37.3 *in fine* - consignar “[...] *los motivos en que se funde su decisión*”. La decisión de separar al representante de una persona jurídica, implicará el cese automático de ésta como administrador<sup>389</sup>.

Este régimen de separación de los administradores concursales responde a la naturaleza del cargo y funciones que la administración concursal desempeña. No representa esta institución al deudor o a los acreedores<sup>390</sup>, sino que cumple con el papel de “*garante del correcto funcionamiento de los instrumentos legales para la defensa del interés del concurso*”<sup>391</sup>. La Ley atribuye a la administración concursal competencias que ésta ejerce, al igual que el juez, de forma soberana, dentro de su respectivo ámbito competencial, si bien sometido a la supervisión y control del órgano jurisdiccional. La relación que se establece entre la administración concursal y el juez del concurso, se

---

<sup>389</sup> Así lo dispone el artículo 37.2 de la Ley, en la redacción dada por el artículo único.11 de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre. Con anterioridad a la reforma, este cese automático solo se producía de acordarlo expresamente el órgano jurisdiccional en el auto de separación

<sup>390</sup> FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, Á., “Algunas cuestiones sobre la apertura del concurso”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, N.º 18; 2003. Disponible en [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es), consultado el 1/07/15.

<sup>391</sup> TIRADO, I., “Separación (Artículo 37)”, en ROJO A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *Comentario de la Ley concursal*, Tomo I, Editorial Civitas, 1ª edición, 2ª reimpresión, Madrid, 2004, p. 742.

funda en los principios de autonomía, colaboración y control<sup>392</sup>. Autonomía, por cuanto, efectivamente, dentro de los límites que la ley señala, es autónomo. Pero autonomía no implica, en este caso, igualdad, ni excluye el control. El juez, además de tener atribuida la competencia para autorizar o confirmar determinados actos de la administración concursal, ejerce un control general del desempeño de las funciones atribuidas a dicha administración, debiendo asegurarse de que se adecue al estándar de diligencia y lealtad exigible. Del mismo modo será el juez responsable de verificar la aptitud, habilidad e idoneidad de la persona y de su representante - en el caso de que se trate de una persona jurídica o de una Administración o Ente de Derecho Público - para el ejercicio del cargo, conforme a los requisitos legal y reglamentariamente establecidos, al momento del nombramiento, y a todo lo largo de la sustanciación del procedimiento.

En tanto legitimado para instar la separación del administrador concursal, la administración del deudor está, como el resto de legitimados, facultada pero en modo alguno obligada, a hacerlo. Tan solo sobre el juez que conoce del procedimiento pesa el deber de control sobre la administración concursal y la obligación de cesar a quienes la integran, dándose la justa causa a que refiere el artículo 37.1 de la Ley.

El examen de la regulación de las causas de separación en la Ley concursal permite constatar la voluntad de otorgar al juez un razonable margen que le permita apreciar las circunstancias del caso concreto. Esto se comprueba cuando ni siquiera el *“incumplimiento grave de las funciones de administrador”* por la persona nombrada, o *“[...] la resolución de impugnaciones sobre el inventario o la lista de acreedores en favor de los demandantes por una cuantía igual o superior al veinte por ciento del valor de la masa activa o de la lista de acreedores presentada por la administración concursal en su informe”* obliga necesariamente al juez a acordar su separación y cese

---

<sup>392</sup> TIRADO, I., “Separación (Artículo 37)”, *ibid.*, p. 742.

pudiendo resolver lo contrario, atendiendo a circunstancias objetivas (art. 37.1, párrafo segundo).

La “justa causa” de separación es un concepto indeterminado cuya concurrencia habrá de justificar el Auto de separación. La apreciación de la “justicia” de la causa de separación alegada, deberá ponderar todos los intereses afectados por la medida. Su indeterminación, no obstante, no alcanzará a permitir la separación arbitraria.

Para determinar el ámbito en el que opera la separación como causa de exclusión del órgano de administración concursal, habrán de distinguirse, en primer lugar, todos los supuestos y circunstancias que, conforme a la ley, impiden a una persona integrar tal órgano y que, en tanto causas de recusación, deberán tramitarse como incidente.

Si bien la consecuencia de concurrir causa de recusación o de separación es una e idéntica: el cese del administrador concursal; en la recusación, la decisión del órgano jurisdiccional debe limitarse a determinar la existencia de la causa de incapacidad, inhabilitación o falta de aptitud y, considerándose acreditada, la consecuencia necesaria será el cese del administrador. Por el contrario, tratándose de separación, siempre el juez deberá fundar, en relación con las circunstancias concretas, la justicia de la medida, disponiendo de un margen discrecional mucho mayor<sup>393</sup>.

---

<sup>393</sup> Tal se aprecia de la lectura de las menciones hechas en la Ley a supuestos que pueden fundamentar la separación, comenzando por la propia Exposición de Motivos, que cita la separación y régimen de funcionamiento de los administradores concursales, como algunas de las cuestiones en las que se manifiestan las facultades discrecionales del juez (E de M, IV). Esta declaración se ve confirmada, en el texto de la Ley, en los artículos 37.1, párrafo segundo, que permite al juez resolver no separar al administrador que incumple gravemente sus obligaciones o cuyo informe adolezca de serias deficiencias (impugnaciones sobre el inventario o la lista de acreedores en favor de los demandantes por una cuantía igual o superior al veinte por ciento del valor de la masa activa o de la lista de acreedores), cuando circunstancias objetivas así lo justifiquen. Del mismo modo, los administradores que presenten su informe fuera de plazo, perderán de forma automática su retribución,

Así delimitado el ámbito en el que operaría la separación de los administradores concursales, deberemos ahora analizar qué comportamientos o circunstancias son susceptibles de configurar la justa causa que la Ley, exige se acredite en todo caso.

Ha de insistirse, en este sentido en que la justa causa que debe fundar la resolución de separación, ha de definirse, primero, negativamente. Así, consideramos que no serán causas de separación aquellas que verificadas, obliguen al propio administrador a no aceptar o renunciar al cargo, y al juez a recusar a la persona designada, desde el mismo momento en que tomen conocimiento del impedimento, sin que sea posible una decisión diferente cualesquiera sean la situación o circunstancias. Por el contrario, serán causas de separación aquellas que, para ser consideradas tales, requieran ineludiblemente ser valoradas por el juez del concurso en conjunción con los intereses afectados, a fin de determinar su “justicia”.

La justicia de la causa debe, pues, ser apreciada por el juez en base a la verificación de un supuesto que tenga - subjetivamente - la entidad suficiente para minar la confianza que debe existir entre el juez y el administrador, u -objetivamente - funde la razonable

---

pero de ello no se seguirá necesariamente su separación o responsabilidad (cfr. arts. 74.4 y 37.1). Así se aprecia también en el artículo 153.2 que permite al juez no decretar la separación de los administradores concursales transcurrido un año de la apertura de la fase de liquidación si existiera causa que justifique la dilación. Podrá alegarse que toda causa de recusación implica, necesariamente justa causa de separación y, en puridad, es difícil argumentar en contra de ese razonamiento. No obstante, coincidimos con la opinión de TIRADO que, señala la necesaria “[...] reducción sistemática del concepto de ‘justa causa’ [...] de modo que si un administrador concursal se encuentra en una causa de incompatibilidad el interesado deberá acudir al mecanismo procesal de la recusación”. TIRADO, I., “Separación (Artículo 37)”, *ibid.*, p. 744. MORENO SERRANO se adscribe a la opinión del profesor TIRADO. MORENO SERRANO, E., “El órgano de...”, *op. cit.*, p.132. También a favor, Audiencia Provincial de Girona, Sección 1ª. Sentencia N.º 462/2013, de 16 de diciembre, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi JUR 2014\90968, citando la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª. Sentencia 53/2010 de 5 marzo, JUR 2010\165596.

sospecha acerca de la idoneidad de la persona para ejercer de forma adecuada las funciones del cargo<sup>394</sup>. Operan como limitaciones de esta valoración, por un lado la necesaria motivación de la resolución judicial por la que se acuerda la separación de su cargo del administrador concursal, que deberá, por un lado, sopesar la entidad de la quiebra de confianza o ineptitud de la persona que integra el órgano concursal respecto del derecho subjetivo de ésta a permanecer en su cargo y no ser cesada sin motivo. Por otro lado, deberán tenerse también presentes las posibles circunstancias que, en el caso concreto, explican o justifican la conducta que objetivamente considerada, pudiera constituir justa causa de separación, de modo que no pueda, de ella, deducirse la inhabilidad o incapacidad del administrador para cumplir adecuadamente los cometidos propios de su cargo.

Tras la reforma operada por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, el Legislador concursal introduce de forma expresa dos presunciones de la existencia de justa causa, vinculadas una, a la verificación de un incumplimiento grave de las funciones de administrador, y la otra, a la resolución de impugnaciones a la lista de acreedores o al inventario, incluidos en el informe de la administración concursal, a favor de los demandantes por encima de determinados porcentajes respecto del valor total de la masa activa o pasiva (art. 37.1, párrafo segundo, LC)<sup>395</sup>.

---

<sup>394</sup> TIRADO, I., “Separación (Artículo 37)”, *ibid.*, pp. 744 y 745.

<sup>395</sup> Sorprende la disimilitud de los dos supuestos de hecho introducidos como presuntas causas de separación. Si bien parece adecuada la mención al incumplimiento grave de sus funciones por parte de un administrador concursal, no parece de la misma entidad, la hecha a la resolución favorable a los demandantes de impugnaciones al informe de los administradores concursales, sobre todo las referidas a un porcentaje del veinte por ciento sobre el valor de las masas activa y pasiva. Cabe preguntarse: ¿por qué ese porcentaje y no otro? No se discute la posibilidad de que las impugnaciones resueltas favorablemente para los demandantes no puedan ser en algunos escenarios, indicios de un actuar negligente por parte del administrador concursal. Lo que se discute es la probabilidad o razonabilidad de tal implicación. Piénsese que la resolución favorable de la impugnación podrá no ser más que el reflejo de la mera diferencia de criterios entre la administración concursal y el juez a la hora de incluir un crédito o un bien en la

Ya con anterioridad a la reforma de 2014, la Ley contemplaba otros supuestos en los que expresamente se hacía referencia a la posibilidad de que los mismos pudiesen tener por consecuencia la eventual separación del administrador concursal. Así, por ejemplo, el artículo 152.1 *in fine* de la Ley concursal, prevé tal efecto para el incumplimiento por la administración concursal de la obligación de los informes trimestrales sobre la liquidación, una vez abierta esa fase. Idéntica mención a la posible separación del administrador se incluye al regular el artículo 74.4 de la Ley, la no presentación en plazo del informe de los administradores concursales.

Alguna doctrina<sup>396</sup> sostiene, asimismo, la posibilidad de invocar como justa causa de separación la infracción por parte de los administradores concursales de la prohibición, impuesta por el artículo 151.1, de que éstos adquieran “[...] *por sí o por persona interpuesta, ni aun en subasta, los bienes y derechos que integren la masa activa del concurso*”. Sin embargo, una interpretación coherente con el criterio ya expuesto con relación a los distintos cauces procesales por los que debe instarse la recusación y la separación, nos llevan a rechazar tal posibilidad. El numeral 2 del mismo artículo, señala claramente la consecuencia ineludible que se seguirá de la verificación del supuesto de hecho (la adquisición de bienes del concursado por los administradores concursales) contemplado en la norma: la inhabilitación de los administradores. No podrá el juez atender a las circunstancias o intereses presentes en el concreto contexto en que tal adquisición se produjo ni valorar la justicia o no de la inhabilitación. En este sentido, y reiterando la salvedad hecha con

---

masa concursal. Y si el fundamento de la inclusión del supuesto fuera la quiebra de la confianza del juez en el administrador concursal por sostener éste, dentro del ejercicio de la competencia que la ley le confiere, una valoración u opinión distinta sobre hechos frecuentemente controvertidos como son la integración de bienes de la masa activa o la admisión de créditos como concursales, tal razonamiento debería rechazarse de plano. En este sentido, ver TIRADO, I., “Separación (Artículo 37)”, *op. cit.*, pp. 747 y 748.

<sup>396</sup> MORENO SERRANO, E., “El órgano de...”, *op. cit.*, p.139.

relación a que, en sí mismas, todas las causas de recusación implican, de suyo una causa de separación, debemos considerar que en el supuesto contemplado en el artículo 151.1, procederá la recusación.

La jurisprudencia ha considerado que ocurre justa causa de separación, cuando los administradores concursales perciben una cantidad en concepto de retribución provisional superior a la fijada en Autos, y cuyo pago autoriza, en un primer momento el deudor, para posteriormente denunciar dicho cobro cuando la administración concursal insta la suspensión de las facultades patrimoniales de aquel<sup>397</sup>. También cuando administradores concursales solicitan a la concursada el pago de una remuneración adicional a los honorarios que les correspondían por su intervención profesional, como contraprestación a un trato benévolo en el propio Informe, y “una tramitación ágil y sin problemas” tanto para el administrador de la concursada como para los profesionales intervinientes<sup>398</sup>.

#### **4.- Actuación del deudor persona jurídica en relación con la retribución de los administradores concursales**

El derecho a retribución de los administradores concursales con cargo a la masa se les reconoce a éstos, con carácter general en el artículo 34.1 de la Ley<sup>399</sup>. El procedimiento para la fijación y

---

<sup>397</sup> Juzgado de lo Mercantil N.º 1 de Cádiz. Auto de 31 de octubre de 2011. Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi AC 2011\1600.

<sup>398</sup> Juzgado de lo Mercantil N.º 3 de Madrid. Auto de 20 julio de 2009. Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi AC 2009\1923.

<sup>399</sup> Se exceptúan aquellas personas que, conforme a lo previsto por el artículo 27.6, sean nombradas administradores concursales a propuesta del FROB, la CNMV o el Consorcio Compensador de Seguros. Parece no obstante, que tal excepción tendría más sentido en relación con la hipótesis prevista en el artículo 27.7 que refiere al nombramiento de una Administración Pública acreedora o a una entidad de Derecho Público acreedora vinculada o dependiente de ella como segundo administrador. No se consiguen comprender las razones por las que el legislador cierra la puerta a la eventual remuneración de las personas propuestas por alguna de las instituciones citadas en el artículo 27.6. de la Ley.



modificación de la retribución ha sido también objeto de profunda reforma a raíz de la promulgación de la Ley la Ley 17/2014, de 30 de septiembre<sup>400</sup>.

---

<sup>400</sup> Aunque, como ya se comentó, la vigencia del nuevo régimen de remuneración y, en concreto, la modificación del artículo 34 de la Ley concursal está, al momento de la redacción de esta tesis, pendiente de su desarrollo reglamentario, consideramos preferible considerar primordialmente el nuevo marco normativo y reglamentario. Se señalan, no obstante, las diferencias más significativas respecto del régimen aún vigente. Este nuevo régimen sustituye los aspectos del concurso que se toman en consideración a la hora de fijar la contraprestación económica que reciben los administradores por el desempeño de sus funciones. Si anteriormente la ley refería, en su artículo 34.2, párrafo primero, a “[...] *la cuantía del activo y del pasivo, al carácter ordinario o abreviado del procedimiento, a la acumulación de concursos y a la previsible complejidad del concurso*”, tras la reforma, los criterios determinantes serán el número de acreedores, la acumulación de concursos y el tamaño del concurso según la clasificación considerada a los efectos de la designación de la administración concursal.

Se mantiene no obstante, en los casos de insuficiencia de la masa pasiva, “*el pago de un mínimo retributivo establecido reglamentariamente, mediante una cuenta de garantía arancelaria que se dotará con aportaciones obligatorias de los administradores concursales*” [art. 34.2. c), LC].

La Ley 17/2014, de 30 de septiembre, introduce un nuevo apartado “d)” al artículo 34.2, en el que, bajo el epígrafe “eficiencia”, se establece la regla que liga el devengo de la retribución de los administradores concursales al cumplimiento de las diversas funciones que la Ley les asigna, facultando al juez para reducir la remuneración inicialmente fijada, cuando se compruebe el incumplimiento o el retraso en el cumplimiento de obligaciones o “[...] *la calidad deficiente de sus trabajos*”. El segundo párrafo del apartado se dedica a la concreción de supuestos en los que, salvo que las circunstancias objetivas o la conducta diligente del administrador lo exculpen, deberá considerarse deficiente la calidad del trabajo, llegándose incluso a indicar al juez del concurso la cuantía mínima en que la retribución del administrador habrá de verse reducida en alguno de los supuestos considerados.

No incorpora mayores cambios el artículo 34 de la Ley. Se mantiene la norma que prevé la fijación por el juez, mediante resolución - que adoptará la forma de Auto, de la cuantía y plazos en que deba ser satisfecha la retribución (art. 34.3, LC). Del mismo modo, continúan legitimándose al juez del concurso, de oficio o a instancia del acreedor o cualquiera de los acreedores, para acordar la modificación de la retribución fijada, mediando justa causa, y aplicando el arancel establecido reglamentariamente (art. 34.4, LC). Por último, no se modifica tampoco la legitimación reconocida por la Ley a los administradores concursales y a las

Si bien corresponde al juez del concurso la fijación de la remuneración de la administración concursal, cuya concreta cuantía se determinará mediante el arancel aprobado reglamentariamente, ha de exceptuarse la remuneración a que refiere el artículo 133.4 de la Ley que prevé expresamente que, “[...] con el previo consentimiento de los interesados, en el convenio se podrá encomendar a todos o a alguno de los administradores concursales el ejercicio de cualesquiera funciones, fijando la remuneración que se considere oportuna”. En este caso, el respeto de la autonomía de voluntad negocial de las partes presupone el que la determinación de la contraprestación debida al administrador concursal implicará necesariamente el que la misma se acuerde, al margen del arancel reglamentario, por el deudor conveniado, sus acreedores y - no lo menciona la Ley ni el Proyecto de Reglamento de 2015, pero no podrá ser de otra forma - el administrador concursal<sup>401</sup>.

La Ley autoriza al deudor (en el escenario del concurso de persona jurídica, a su órgano de administración) y a los acreedores de éste, a instar del juez la modificación de la retribución del administrador o administradores concursales, mediando justa causa (art. 34.4, LC). La nómina de legitimados para apelar el auto de fijación o modificación de la retribución, se amplía a cualquiera de los que los estuvieren para instar la declaración de concurso (art. 34.5, LC)<sup>402</sup>.

---

personas legitimadas para solicitar la declaración de concurso, para apelar el auto por el que se fija o modifica la retribución (art. 34.5, LC).

<sup>401</sup> El Proyecto de Real Decreto de 11 de Mayo (en adelante, PRD M2015), preveía en su artículo 15.2, la fijación por el juez de esta retribución, en defecto de previsión, a solicitud de cualquier interesado, atendiendo a la importancia de dichas funciones. Tal mención se suprime del Proyecto de Real Decreto de 15 de julio de 2015 (en adelante, PRD J2015).

<sup>402</sup> Sin ánimo de abarcar totalmente los detalles del mecanismo de fijación y modificación de retribuciones, sí creemos importante, a la hora de tratar las facultades del órgano de administración y representación de la persona jurídica con relación a la retribución de los administradores concursales, exponer al menos, los elementos esenciales del mecanismo remuneratorio contemplado en el proyecto de

---

Real Decreto dado a conocer por el Ministerio de Justicia, si bien con las reservas lógicas que un simple borrador de reglamento merece.

Tanto la designación como la remuneración de los administradores concursales se hacen depender, en el texto reformado de la Ley concursal, del “tamaño del concurso”. En el PRD J2015, se clasifica a los concursos por su tamaño distinguiendo tres clases: pequeño, medio y gran tamaño. Los concursos de pequeño tamaño, son los de personas naturales que no desarrollen ninguna actividad empresarial o profesional (art. 8.2, PRD J2015). [En el PRD M2015, sin embargo, se calificaba así a todos los concursos de persona física, sin matización alguna. (art. 9.2, PRD M2015)] y los de personas jurídicas cuando se ocurran al menos tres de los cinco requisitos contemplados (art. 8.1, PRD J2015). Dichos requisitos atienden al número de trabajadores (no más de 9); de acreedores, conforme a la lista presentada por el deudor (menos de 50); la estimación inicial del pasivo concursal; y la cifra de negocio al momento de producirse la declaración (inferior, en ambos casos, a los dos millones de euros).

Para la determinación de los concursos de tamaño medio se señalan también 5 requisitos de los que al menos 3 han de concurrir (art. 10, PRD 2015): entre 10 y 49 trabajadores; entre 50 y 100 acreedores; pasivo superior a los dos millones de euros e inferior a 20 millones; valoración inicial del activo dentro de los mismos márgenes; y una cifra de negocio anual superior a los dos millones de euros e inferior a los 10 millones. El artículo 11 del PRD J2015 señala como requisitos del concurso de gran tamaño los mismos contemplados para el concurso de tamaño medio, a partir de su límite superior, exigiéndose para su clasificación como concurso de gran tamaño, también en este caso, la concurrencia de al menos tres de los cinco requisitos.

No obstante lo anterior, el artículo 11 del Proyecto de julio de 2015, considera concursos de gran tamaño, con independencia de cualquier otra consideración a los declarados cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: ubicación de los bienes incluidos en el inventario presentado por el deudor fuera del territorio nacional siempre y cuando el valor total de los bienes supere los diez millones de euros (más de la cuarta parte del valor); número y dispersión de las unidades productivas declaradas (más de diez o al menos tres de ellas ubicadas en distintas provincias); tratarse el deudor de entidad emisora de valores, entidad de crédito, de seguros o sometida a la supervisión de la CNMV; la tramitación de expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo o de suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales, cuando el concursado emplee a más de 50 trabajadores; y cuando se trate de concursos conexos. Además, y como novedad respecto a lo previsto en el PRD M2015, el PRDJ2015 añade dos supuestos adicionales: cuando el deudor lo sea una sociedad en la que la participación pública alcance, al menos, del 10 por ciento del capital o de los derechos de voto; y cuando el concursado tenga atribuida la gestión de servicios públicos.

---

La remuneración “básica” inicial presupone la imposición al deudor de un régimen de intervención del ejercicio de sus facultades patrimoniales e implica la aplicación de los porcentajes arancelarios reglamentarios aplicables a la masa activa y pasiva que resulten del inventario y listado de acreedores definitivo del concurso, o de los varios concursos cuyas masas activas y pasivas el juez haya decretado la consolidación (arts. 17.1 y 17.4, PRD J2015).

Hasta que tenga carácter definitivo se aplicará el inventario y listado de acreedores presentado por el deudor, compensándose posteriormente la diferencia o reintegrándose el exceso percibido, si los hubiera (arts. 17.2 *in fine* y 17.3, PRD J2015).

Se autoriza al juez a incrementar esta base, si el régimen impuesto es el de suspensión, hasta en un 25 por ciento [art. 18.a), JPRD 2015] (el PRD M2015 contemplaba en su artículo 18.2, un incremento obligatorio del cincuenta por ciento). Por el contrario, habrá de reducirse la base en hasta un 25 por ciento si se hubiera cesado o suspendido la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor [art. 18.b), PRD J2015].

Del mismo modo, deberá corregirse la base retributiva si durante la sustanciación del procedimiento varía el régimen, el juez, de oficio o a instancia de cualquier interesado (contándose entre ellos, obviamente, el deudor y, en concreto, su órgano de administración y representación), deberá adecuar la retribución reduciéndola o aumentándola según corresponda [art. 18.b), PRD J2015].

Corresponderá, asimismo la corrección de la base cuando “[...] exista una discrepancia de, al menos, un 25 por ciento entre el valor de los bienes y derechos que figuren en el inventario presentado por el deudor y el definitivamente aprobado, o entre el importe del pasivo que resulte de la relación de acreedores presentada por el deudor y la definitivamente aprobada”.

La retribución así calculada, habrá de aumentarse cuando el concurso fuera calificado como “de especial complejidad” (art. 19, PRD J2015), atendiendo al número de acreedores, [art. 19.1.a), PRD J2015]; la ubicación de un porcentaje significativo de los bienes inventariados en el extranjero cuando su valor sea considerable [art. 19.1.b), PRD J2015]; la tramitación o no de expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo o de suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales, que afecten a más de 50 trabajadores [art. 19.1.c), PRD J2015]; el número de establecimientos, explotaciones u otras unidades productivas, o su dispersión por varias provincias [art. 19.1.d), PRD J2015]; ser el concursado entidad emisora de valores admitidos a cotización en mercado secundario oficial [art. 19.1.e), PRD J2015], o entidad de crédito o de seguro [art. 19.1.f), PRD J2015]. Corresponderá un aumento de un 5 por ciento de aumento del arancel a percibir por la concurrencia cada una de las circunstancias que sirven para calificar el concurso como de “especial complejidad” [art. 19.2 PRD J2015], salvo en el caso previsto en la letra a) del precepto en el que el Real Decreto de julio de

---

2015 autoriza a incrementar la remuneración hasta un 10 por ciento por cada 10.000 acreedores reconocidos.

La retribución de los administradores concursales durante la fase común puede verse modificada en función de la verificación de varios otros supuestos.

Dicha retribución podrá ser objeto de reducción por el juez, en hasta el 50 por ciento del siguiente pago a percibir, en los casos de incumplimiento de las obligaciones de comunicación de los acreedores por la administración concursal [art. 20, a), PRD J2015]. La reducción en hasta un 15 por ciento del siguiente pago de la retribución, será necesaria ante el incumplimiento de los plazos legalmente establecidos en el cumplimiento de sus obligaciones [art. 20, c), PRD J2015]. También habrá reducirse en un veinticinco por ciento la retribución los concursos conexos que se tramiten ante el mismo juzgado con una única administración concursal (art. 27.1, PRD 2015). (art. 23, PRD 2015).

Por último, la remuneración durante la fase común podrá verse reducida cuando se constate la resolución de impugnaciones sobre el inventario o la lista de acreedores en favor de los demandantes por una proporción igual o superior al 10 por ciento del valor de la masa activa o de la masa pasiva presentada por la administración concursal en su informe. Siendo ese el caso, ello implicará una reducción de la misma proporción en el último pago de la retribución de la fase común [art. 20.b), PRD J2015].

Durante la fase de convenio corresponderá a la administración concursal percibir mensualmente un 5 por ciento de la retribución fijada para la fase común, calculada conforme a las reglas expuestas [art. 22, párrafo primero, PRD J2015], retribución ya contemplada en el PRD M2015 (art. 30, PRD M2015) y a la que el Proyecto de 15 de julio añade, en caso de aprobación judicial del convenio, un pago adicional igual al 0,5 por ciento del valor del inventario definitivo (art. 22, párrafo segundo, PRD J2015).

Para la fase de liquidación, el Proyecto de Real Decreto de 15 de julio dispone la remuneración del plan de liquidación con una cantidad inicial del cinco por ciento de la aprobada para la fase común con el máximo de tres mil euros (art. 23.1, PRD J2015). Adicionalmente, y sujeta a la aprobación del plan, la administración concursal percibirá como retribución un porcentaje del valor del inventario definitivo, o provisional, si la liquidación se abre durante la tramitación de la fase común [art. 23.2.c), párrafo tercero, PRD J2015], que será del 2 por ciento si la liquidación se completa durante los tres meses inmediatamente posteriores a la aprobación del plan [art. 23.2.a), PRD J2015], reduciéndose al 1,5 por ciento si la liquidación se completa durante los seis meses siguientes a la aprobación del plan [art. 23.2.b), PRD J2015], y al 1 por ciento si la liquidación se extiende por plazo de 12 meses [art. 23.2.c), párrafo primero, PRD J2015], eliminándose por completo con posterioridad al decimotercer mes, salvo prórroga trimestral otorgada por el juez en resolución motivada y oídas las partes [art. 23.2.c), párrafo segundo, PRD J2015].

## **5.- Actuación del deudor persona jurídica en relación con la rendición de cuentas de los administradores concursales**

Cada vez que se administre, gestione o controle patrimonios o intereses ajenos se deberá rendir cuentas. Cuando las funciones de administrar, gestionar o controlar surjan de la celebración de algún negocio jurídico en el marco de la autonomía de la voluntad (*v. gr.:* comisión, art. 263, CCom; mandato, art. 1720, CC), la rendición de cuentas tendrá su origen en una obligación asumida, mientras que cuando dichas funciones surjan por expresa regulación legal (*v.gr.:* administrador de herencia, art. 800 LEC; tutor, art. 279, CC; administración concursal, art. 181, LC), la rendición de cuentas se originará en un deber legal<sup>403</sup>.

---

Los porcentajes y plazos varían respecto a la liquidación de los concursos abreviados (art. 26, PRD J2015)

El proyecto de julio de 2015, añade además una serie de complementos retributivos que premian el buen desempeño del administrador concursal. Así, en su artículo 24.1 se establece el derecho a la percepción de un 0,5 por ciento del valor del inventario si resulta aprobada la transmisión de una unidad productiva o si de la realización del patrimonio en liquidación se obtuviese más del setenta por ciento del valor de inventario. El régimen de estímulos descrito, se acompaña de medidas que desincentivan el cumplimiento deficiente o irregular de las funciones asignadas a los administradores concursales durante la fase de liquidación. Así, corresponderá reducir hasta en un cincuenta por ciento la remuneración del trimestre en que la administración concursal incumpliera con el deber de comunicación de informes de seguimiento de la liquidación [art. 24.2.a), PRD J2015], y si presentado el correspondiente informe de seguimiento, de su examen el juez apreciara demora en el progreso de la liquidación imputable a la administración concursal, podrá aquél reducir la administración del trimestre, como mínimo en un 50 por ciento, sin que se fije máximo, de lo cual deducimos posible la pérdida íntegra de la remuneración del periodo por esta causa [art. 24.2.b), PRD J2015] (Obsérvese el sustancial cambio introducido respecto de la regulación propuesta en el Proyecto de mayo de 2015 que se limitaba a establecer. para la fase de liquidación, una remuneración inicial del diez por ciento de la aprobada para la fase común, durante los seis primeros meses, reduciéndose al cinco por ciento en los seis meses siguientes y eliminándose por completo con posterioridad a dicha fecha (art. 31, PRD M2015).

<sup>403</sup> La Audiencia Provincial de Álava sitúa el común origen de toda obligación de rendición de cuentas en la administración de patrimonios ajenos y afirma no ser, en

Este deber, que corresponde a la administración concursal en todo concurso, importa una información completa de la actividad desplegada durante el transcurso de sus funciones.

La rendición de cuentas debe presentarse con anterioridad a que el juez dicte auto de conclusión de concurso (arts. 181.1 y 176.2, LC) y, anticipadamente, cuando cesa la administración concursal antes de la conclusión del concurso (art. 38.4, LC).

Es posible distinguir en esta rendición dos aspectos o partes claramente identificables al tiempo que íntimamente relacionados. Tales son, por un lado “[...] *la utilización que se haya hecho de las facultades de administración conferidas, en todos los informes de la administración concursal previos al auto de conclusión del concurso*”, y por otro, “[...] *resultado y saldo final de las operaciones realizadas, solicitando la aprobación de las mismas*”.

La primera de las áreas a cubrir por la rendición de cuentas de los administradores concursales - la “parte justificativa” en la terminología empleada por JUAN y MATEU<sup>404</sup> - supone la elaboración de la memoria del ejercicio de facultades conferidas. Entendemos el término “conferidas”, empleado aquí en un sentido amplio, aludiendo con él la Ley concursal, al ejercicio de cualesquiera facultades legalmente atribuidas a la administración concursal, en los términos que señala el artículo 33 de la Ley, al regular de forma minuciosa las funciones encomendadas a este “*órgano*” concursal.

---

este sentido la rendición de cuentas de la administración concursal, excepción a tal regla. Audiencia Provincial de Álava, Sentencia N.º 156/2013 de 27 marzo, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, ref. AC\2013\1210.

<sup>404</sup> JUAN y MATEU, F., “Rendición de cuentas (Art. 181)”, en ROJO A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *Comentario de la Ley concursal*, Tomo II, Editorial Civitas, 1ª edición, 2ª reimpresión, Madrid, 2004, pp. 2.696 y ss.

Siguiendo la nomenclatura de JUAN y MATEU, la segunda parte de la rendición de cuentas, sería la denominada “*parte numérica*”, consistente en un balance de situación al momento de presentarse la rendición de cuentas, cuya comparación con el existente al momento de declararse el concurso “[...] *ofrecerá el resultado de la gestión del órgano*”<sup>405</sup>.

Este informe se pondrá de manifiesto por 15 días a todas las partes personadas, plazo durante el cual podrán, el deudor y los acreedores de éste, formular oposición razonada a la aprobación de cuentas (arts. 180.2 y 176.2, LC). La oposición, de haberla, se “[...] *sustanciará por los trámites del incidente concursal y la resolverá [el juez] con carácter previo en la sentencia, que también resolverá sobre la conclusión del concurso. Si hubiese oposición a la aprobación de las cuentas y también a la conclusión del concurso, ambas se sustanciarán en el mismo incidente y se resolverán en la misma sentencia, sin perjuicio de llevar testimonio de ésta a la sección segunda*”. Queda clara así la legitimación de la administración de la persona jurídica concursada para oponerse a la aprobación de las cuentas de la administración concursal.

De la lectura del precepto, surge que la administración del deudor podrá oponerse a las rendiciones de cuentas incluidas en los informes de la administración concursal previos al auto de conclusión del concurso por lo que, tal como prevé el numeral 3, la oposición podrá formularse contra el pedido de conclusión, las cuentas rendidas por el “órgano” concursal, o ambos.

El artículo 181.4 se preocupa de aclarar que “(...) *la aprobación o la desaprobación de las cuentas no prejuzga la procedencia o improcedencia de la acción de responsabilidad de los administradores concursales*”, pero la desaprobación comportará su inhabilitación temporal para ser nombrados en otros concursos durante un período

---

<sup>405</sup> JUAN y MATEU, F., “Rendición de cuentas...”, *op. cit.*, pp. 2.697 y 2.698.



que determinará el juez en la sentencia de desaprobación y que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a dos años.

Vemos cómo en la Ley, se deslindan claramente, el efecto inhabilitante de la desaprobación, que impide al administrador cuyas cuentas son desaprobadas, ser nombrado en otros concursos por el plazo que el juez determine dentro del que el precepto señala, de la mucho más grave responsabilidad concursal que regula el artículo 36. Las causas que provocan una y otra, pueden en ocasiones ser comunes pero no las consecuencias. La inhabilitación por desaprobación de cuentas opera únicamente para el desempeño de la función de administrador concursal o representante persona física de personas jurídicas administradoras. Sin embargo, la inhabilitación contemplada como sanción, producto del señalamiento del administrador como persona afectada por la sentencia en la que se declara el concurso como culpable, impide administrar patrimonio ajeno, representar a otros e, incluso, como se ha visto, ejercer el comercio.

En efecto el legislador previene el que una eventual aprobación de las cuentas presentadas, sirva al administrador para acorazarse frente a cualquier exigencia de responsabilidad, alegando precisamente, contar su administración con el aval del juez del concurso.

## **B.- Cumplimiento de deberes**

### **a.- Solicitud de declaración de concurso**

El deudor, persona física o jurídica, que se encuentra en estado de insolvencia, actual o inminente, está legitimado a solicitar se le declare en concurso (arts. 2.3 y 3.1, LC).

El órgano competente para decidir y solicitar la declaración de concurso voluntario de un deudor persona jurídica es el de administración y representación.

La legitimación del deudor, presupone la existencia del derecho, imponiendo, en determinados casos, al deudor, la solicitud de su propio concurso, lo que aparece configurado como un deber en el artículo 5.1 de la Ley<sup>406</sup>.

### **b.- Colaboración con el concurso**

El artículo 42.1 de la Ley impone al deudor los deberes de comparecencia personal ante el juzgado de lo mercantil y ante la administración concursal, “cuantas veces sea requerido”, y el de colaborar e informar en todo lo necesario o conveniente para el interés del concurso. En el mismo precepto, el legislador concursal señala, para el caso de que el concurso lo sea de un deudor persona jurídica que “[...] *estos deberes incumbirán a sus administradores o liquidadores y a quienes hayan desempeñado estos cargos dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso*”. Por su parte, el artículo 42.2, extiende a los apoderados del deudor y quienes lo hayan sido hasta dos años antes de la declaración de concurso, los deberes establecidos en el numeral 1.

El deber de comparecencia ha de entenderse, aquí, instrumental, al servicio de otros deberes que la Ley concursal impone. Sin duda podrá ser la comparecencia el medio para la obtención de una información o cualquier otra colaboración de quienes a ello vienen legalmente obligados, pero, la comparecencia a que obliga el artículo 42 puede servir también para el cumplimiento de deberes distintos de los de colaboración e información<sup>407</sup>.

---

<sup>406</sup> Ver *supra* Primera Parte, Capítulo Tercero I.A.-.

<sup>407</sup> Así por ejemplo, MORILLAS cita la comparecencia dirigida a la comprobación del cumplimiento del deber de residencia contemplado en el art. primero, 1.2ª. de la LEY ORGÁNICA 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, MORILLAS JARILLO, Mª. J., “Colaboración e información...”, *ibid.*, p. 870. En el ejemplo citado por la autora, se observa cómo, aunque amplísimo de contenido, el deber de colaboración no alcanza a subsumir por completo el deber de comparecencia del artículo 42.1 de la Ley concursal. MORENO entiende sin embargo que los tres deberes “*confluyen en uno solo que es el de colaborar*”. No obstante, no contempla

El deber de comparecencia - como el de información y el de colaboración -aparece configurado en términos muy amplios. Empero, la expresión “*cuantas veces sea requerido*” que emplea el legislador no puede ser entendida en el sentido de amparar su ejercicio de forma arbitraria o abusiva. El juez, los administradores concursales y los auxiliares delegados deberán citar al deudor y a las demás personas sujetas al deber de comparecencia, en función de la necesidad o conveniencia para el interés del concurso, de un concreto acto de colaboración del deudor o de la necesidad de una determinada información<sup>408</sup>.

El deudor debe comparecer personalmente (esto es, sin que pueda hacerlo mediante representante voluntario), cuando sea citado por el órgano jurisdiccional o la administración concursal. Sin embargo no es ésta la única comparecencia que la Ley impone al deudor. También se configura como un deber su asistencia a la junta de acreedores (art. 117.2, LC). No obstante, en este caso el Legislador sí autoriza explícitamente que el deudor se haga representar por apoderado, con tal que del contenido incluya la facultad de “[...] *negociar y aceptar convenios*”<sup>409</sup>.

El deber de colaboración no es sino una concreción del genérico de colaboración con los jueces y tribunales que impone la propia

---

el caso a que MORILLAS alude. MORENO SERRANO, E. “El órgano de...”, *op. cit.*, p. 184.

<sup>408</sup> En este sentido, a favor, MORILLAS, que entiende ser, efectivamente necesaria la justificación, así como el que el cumplimiento de estos deberes quepa también ser exigido por los auxiliares delegados, aunque se omita tal mención en la Ley. MORILLAS JARILLO, M<sup>a</sup>. J., “Colaboración e información...”, *ibid.*, p. 870.

<sup>409</sup> Tras la modificación operada por la el artículo único.Tres.2 de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, esta incomparecencia solo dará lugar a que se configure la presunción de dolo o culpa grave en el agravamiento de la insolvencia contemplada en el artículo 165.2º “[...] siempre que su participación hubiera sido determinante para la adopción del convenio”.

norma constitucional en su artículo 118 y la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el 17.1. La especificación del deber genérico de colaborar con la Administración de Justicia en el procedimiento, se dirige a la mejor protección del interés del concurso e implica la exigencia de un actuar activo por parte del órgano de administración, sus integrantes y ex-integrantes, así como las personas y órganos en que el órgano ejecutivo delegó el ejercicio de facultades o las que aquel otorgó poderes<sup>410</sup>. No bastará con abstenerse de obstruir el acceso a información relevante, o actuar pasivamente, limitándose a responder a los pedidos de colaboración que el juez o la administración concursal les dirijan. El cumplimiento del deber de colaboración implica “[...] unos especiales deberes de lealtad, predisposición, buena fe y auxilio en la consecución de los fines perseguidos por el procedimiento, a los que se opone cualquier modo de ocultación, falseamiento o actuación en algún aspecto engañosa”<sup>411</sup>.

El requerimiento de los “órganos concursales” se enuncia por alguna doctrina como presupuesto del deber de colaboración del deudor y el resto de personas a las que se impone. No obstante, la lealtad y buena fe que cabe exigir del deudor, para entender verdaderamente cumplido su deber de colaborar, demanda en nuestra opinión, de un actuar más *activo*. No propugnamos la intromisión en el ejercicio de las facultades otorgadas legalmente al juez, los administradores concursales o los auxiliares, sino una actitud del deudor que permita brindar el consejo e información que la experiencia y conocimiento de su patrimonio y giro solo al deudor cabe poseer. La necesidad de dicho proceder es especialmente oportuna cuando se decreta la suspensión de facultades de la concursada, manteniéndose su actividad, cuya dirección se encomienda a la administración concursal<sup>412</sup>.

---

<sup>410</sup> Si bien con diferente contenido y entidad, la obligación de colaborar también la extiende la Ley a, entre otros, los dependientes del deudor (art. 31.4, LC).

<sup>411</sup> Audiencia Provincial de Zaragoza. Sección 5ª. Sentencia N.º 218/2015, de 15 de mayo. Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi referencia JUR\2015\143472. FD 4º.

Estamos ante un auténtico deber y no una carga. Con independencia de las responsabilidades que puedan derivarse ante la negativa a cumplir con su deber de colaboración por el órgano de administración o sus integrantes, podrán los auxiliares delegados o la administración concursal solicitar del juez que ordene, u ordenar éste de oficio a los obligados, su colaboración, con apercibimiento de desobediencia<sup>413</sup>.

El deber de colaboración, empero, no alcanza tampoco a obligar al órgano de administración a realizar *todo* aquello conveniente para el interés del concurso. Así, y en primer lugar, es preciso señalar que el deber de colaboración, como cualquier otro, no se extiende a las conductas o comportamientos que aparecen legalmente configurados como facultativos<sup>414</sup>. Tampoco será posible, bajo pretexto del deber de colaboración, obligar al deudor a realizar funciones o desempeñar tareas que la ley encomiende a otro órgano o institución. Así, suspendido el ejercicio por el deudor persona jurídica de las facultades de administración y disposición, no podrá su órgano de administración o los integrantes de éste, ser obligados a realizar tareas que formen parte del haz de facultades sometido a suspensión, o a prestar una “colaboración” tal que, en todo menos en su apariencia externa, equivalga a dicho ejercicio.

El deber de colaboración entendido en un sentido amplio, encuentra una de sus concreciones en el deber de información. Así, el legislador concursal exige como requisito para que el deudor pueda instar la declaración de su propio concurso, que acompañe su solicitud

---

<sup>412</sup> En contra MORILLAS, para quien “un deber de colaboración sin requerimiento previo supondría imponer un deber de valoración de lo que es más adecuado para los intereses del concurso que en la mayor parte de las ocasiones no podrá realizarse”. MORILLAS JARILLO, M<sup>a</sup>. J., “Colaboración e información...”, *ibid.*, p. 872.

<sup>413</sup> MAGRO SERVET, V., “Ley concursal. La competencia y responsabilidad de la Administración Concursal en la Ley 22/2003”, Diario La Ley, N.º 6177, 2004, p.12.

<sup>414</sup> MORILLAS JARILLO, M<sup>a</sup>. J., “Colaboración e información...”, *op. cit.*, p. 870.

con una extensa nómina de documentos conteniendo la información económica y jurídica más relevante. Información que, no habiendo instado su declaración, deberá aportar en el plazo de diez días desde que le es notificado el Auto declaratorio de su concurso (art. 21.1.3º, LC)<sup>415</sup>.

Así al deudor se le exige facilite un inventario de bienes y derechos detallado (art. 6.2.3º, LC); la relación de sus acreedores, con mención de la cuantía y vencimiento de los créditos y de las garantías constituidas, así como las eventuales reclamaciones de pago judiciales

---

<sup>415</sup> En cuanto a la existencia del deber de colaboración en el periodo que media entre la solicitud por cualquier legitimado de la declaración de concurso y el auto declaratorio de apertura del procedimiento, ello dependerá del significado amplio o restringido con que se emplee el término. Un quizás excesivo rigorismo en la interpretación del artículo 42 de la Ley concursal, lleva a algunos autores (ver MORENO SERRANO, E. “El órgano de...”, *op. cit.*, p. 199), a desestimar la hipótesis de la existencia del deber hasta tanto no sea declarado el concurso. Dicha interpretación doctrinal señala las diferencias existentes entre el señalamiento de plazo al deudor para la justificación o subsanación de la insuficiencia de la información presentada con su solicitud (art. 13.2, LC), con el deber de colaboración e información impuesto por el artículo 42. En concreto, los diferentes fines a que una y otra información sirven (el de declarar el concurso, por un lado, y el concursal, por otro) y que la solicitud solo se ejercite por el juez y no por la administración concursal. Debemos disentir. Primero, porque además del artículo 13.2 citado, existen otros preceptos que permiten apreciar una identidad de razón entre los fines de la información aportada junto con la declaración y la requerida una vez declarado el concurso. Así, por ejemplo, dicha información será materialmente la misma cuando el concurso sea instado por legitimado distinto del deudor (art. 21.1.3º, LC). También debe considerarse que el interés del concurso es el fin que persiguen otros deberes que sin duda anteceden a la declaración de concurso. Tal ocurre con el propio deber de instar el deudor la declaración (art. 5, LC). Por último, no debe olvidarse que el deber de colaborar, no existe exclusivamente en atención al ejercicio de las competencias atribuidas a la administración concursal, sino que, tal como resulta evidente del tenor literal del artículo 42, dicho deber sirve también al ejercicio de las funciones del órgano jurisdiccional competente para conocer del procedimiento. Entre tales funciones, cabe señalar aquellas que, como la adopción de medidas cautelares (art. 17, LC), anteceden a la declaración, se adoptan en interés del concurso que pueda eventualmente ser declarado y para cuya ejecución efectiva y adecuada, podrá resultar indispensable la colaboración del deudor.

(art. 6.2.4°, LC); si ello procede, la plantilla de trabajadores, y la identificación de su órgano de representación (art. 6.2.5°, LC).

Estando obligado a llevar contabilidad, el deudor deberá acompañar Cuentas anuales y, en su caso, informes de gestión o informes de auditoría correspondientes a los tres últimos ejercicios (art. 6.3.1°, LC) y memoria de los cambios significativos operados en el patrimonio con posterioridad a las últimas cuentas anuales formuladas y depositadas y de las operaciones que por su naturaleza, objeto o cuantía excedan del giro o tráfico ordinario del deudor (art. 6.3.2°, LC), así como estados financieros intermedios si el deudor viniese obligado a formularlos (art. 6.3.3°, LC); y las cuentas y el informe de gestión consolidados en el escenario de que el deudor integre un grupo, ya sea como sociedad dominante o dominada (art. 6.3.4°, LC).

Adicionalmente, el deudor deberá facilitar también la memoria a que refiere el artículo 6.2.2°, “[...] *expresiva de la historia económica y jurídica del deudor; de la actividad o actividades a que se haya dedicado durante los tres últimos años y de los establecimientos, oficinas y explotaciones de que sea titular; de las causas del estado en que se encuentre y de las valoraciones y propuestas sobre la viabilidad patrimonial*”, junto con la identidad de los socios, asociados, administradores o liquidadores, cuando quien solicite su concurso sea una persona jurídica.

Por su parte, el artículo 45 de la Ley establece para el deudor la obligación de puesta a disposición de la administración concursal de “[...] *los libros de llevanza obligatoria y cualesquiera otros libros, documentos y registros relativos a los aspectos patrimoniales de su actividad profesional o empresarial*”, obligación que, en el caso del concurso de la persona jurídica concursada corresponde a su órgano de administración.

La ley ordena la puesta a disposición y no la entrega de estos documentos. Empero, no cabe entender por ello, que dicha entrega se

excluya. Cumple sin duda el deudor con su obligación, cuando facilita la consulta y revisión de su documentación contable, así como cualquier otra relativa a los aspectos patrimoniales de su actividad profesional o empresarial, que resulte necesaria o conveniente para el interés del concurso. Por todo el tiempo que el órgano de administración de la concursada conserve en su poder estos registros, continuará obligada a su llevanza y conservación conforme a las normas legales y reglamentarias aplicables y, en cualquier caso, con la diligencia y lealtad exigibles al administrador de una persona jurídica.

Sin embargo, puede que a criterio de la administración concursal, sea preciso o conveniente que ésta tome posesión de los documentos a que refiere el artículo 45 de la Ley. Ello podrá perseguir asegurar la conservación y preservación de estos registros cuando se sospeche fundadamente que la documentación pudiera ser alterada o destruida por el deudor. No obstante, nada parece impedir la adopción de la medida por mera conveniencia. Tampoco es advertible, que algo impida, que la transmisión de la posesión de la documentación, pueda ser decidida con carácter definitivo o, transitorio, para la realización de una determinada tarea o comprobación.

Todas las obligaciones descritas en los párrafos anteriores, se incardinan dentro del más amplio y genérico deber de información impuesto al deudor proclamado en el artículo 42 de la Ley. La obligación que pesa sobre el órgano de administración de la concursada y sus integrantes no se ve limitada a la lista de documentos obligatorios, sino que se extienden a toda información necesaria o conveniente para el interés del concurso.

Será necesaria la información que resulte imprescindible y sin la cual no pueda darse cumplimiento a una función atribuida a la administración concursal. También, aquella que constituya un elemento que el juez del concurso deba valorar para adoptar una determinada resolución, o cuya falta impida o complique gravemente proseguir la actividad de la concursada, cuando tal actividad no haya sido interrumpida por el concurso. Con carácter general será necesaria



la información que, en caso de faltar, comprometa el normal y correcto curso del procedimiento o la satisfacción de los intereses del concurso.

De todas formas, la obligación alcanza también a la información que, sin ser imprescindible, sea *conveniente*. No podrá, en tal sentido, el órgano de administración, desatender el pedido de información del juez o de la administración concursal, escudándose en que ésta puede obtener los datos precisos de otras fuentes distintas del deudor (por ejemplo, en registros públicos). Ello, porque puede que solo del deudor puede obtenerse la información precisa, completa y con el grado de detalle necesario, o porque, estando accesible por diversas vías, los datos que se obtienen directamente del deudor se consiguen en menor plazo o con menor coste que a través de cualesquiera otros procedimientos. En cualquier caso, y a salvo lo que después se dirá respecto de la determinación de la consecuencias del incumplimiento del deber de información, no parece que pueda el órgano de administración rehusarse a facilitar una información a la administración concursal o al juez, si no es alegando su falta de conveniencia o necesidad, o incluso su completa irrelevancia en relación a los intereses del concurso.

Como se ha mencionado, los deberes de colaboración e información no solo corresponde al órgano de administración de la persona jurídica cuyo concurso ha sido declarado, sino que también se imponen a sus integrantes, apoderados actuales, y a quienes lo fueron hasta dos años antes de la fecha de la apertura del procedimiento<sup>416</sup>.

---

<sup>416</sup> El artículo 31.4 de la Ley concursal, contempla la colaboración que los dependientes del deudor deberán prestar a la administración concursal. No obstante, ello es, primordialmente, una manifestación del deber de colaboración del deudor que, en uso de su poder de dirección, deberá instruir a dichos dependientes para que presten la asistencia que les sea requerida. Pese a lo anterior, nada parece impedir que, en atención al particular conocimiento de algún aspecto relevante para el concurso, los auxiliares delegados, la administración concursal o el juez puedan requerir la comparecencia o testimonio de un concreto empleado, quedando dicha persona sujeta, en tal supuesto, a la obligación genérica de colaboración con los

La atribución de estos deberes a quienes ejercen como integrantes del órgano de administración y apoderados de la concursada al momento de producirse la declaración de concurso, es consecuencia por una parte, del mantenimiento de los órganos de la persona jurídica concursada (art. 48.1, LC) y, por otra, de la eventual continuidad de su actividad durante la sustanciación del procedimiento (art. 44, LC) <sup>417</sup>. Estos aspectos sitúan a estas personas en posiciones clave, y su colaboración resultará en muchos casos imprescindible para la mejor satisfacción de los intereses presentes en el concurso.

Pero recordemos que quienes integran el órgano de administración y las personas a las que el deudor otorgó poderes, pueden, todas ellas resultar señaladas como responsables por la causación o agravamiento del estado de insolvencia que motivó el concurso y, en consecuencia, sufrir la condena que establezca la resolución judicial en sus pronunciamientos (art. 172, LC). En tal sentido, el juez, deberá contar con la información que permita averiguar la cadena de hechos que desembocaron en la insolvencia de la persona jurídica y cuál fue la intervención que en los mismos tuvieron los administradores y apoderados de la entidad así como la eventual responsabilidad que de dicha intervención se derive.

Sin embargo, el artículo 42 de la Ley, impone los deberes de colaboración e información también a los administradores, liquidadores y apoderados del deudor que hayan desempeñado esos cargos dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso. Obviamente, habiendo desaparecido el vínculo que los unía con la persona jurídica ya antes de declarado el concurso, el fundamento de su sometimiento al deber de colaboración e información no se encontrará tanto en el mantenimiento de los órganos o la actividad de

---

órganos jurisdiccionales que contemplan tanto el texto constitucional (art. 118 CE) como la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 17, LOPJ).

<sup>417</sup> MORENO SERRANO, E. “El órgano de...”, *op. cit.*, p. 189.

la persona jurídica deudora, sino en la averiguación de las razones que llevaron a producir la insolvencia.

A este respecto, no sorprende comprobar el paralelismo entre las disposiciones contenidas en los artículos 42 y 172.2.1º de la Ley. El artículo 42 permite extender la imposición del deber de colaboración a quienes hubieran ejercido los cargos de administrador o liquidador de la concursada o hubieran tenido conferido a su favor poder, hasta dos años antes de la declaración. Por su parte, el 172.2.1º refiere a: “[...] *administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, apoderados generales, y quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso*”.

¿Cabe de lo anterior inferir que, cuando el artículo 42 refiere a administradores, han de entenderse también comprendidos en el término a los de hecho, o que sólo los apoderados *generales* resultan obligados por el deber de colaboración? No creemos que la coincidencia señalada, entre las personas que pueden resultar afectadas por las declaración de concurso culpable y aquellas a las que se imponen deberes de colaboración e información, sea base suficiente como para interpretar las previsiones del artículo 42 acotadas en ese sentido. Esto es así, en nuestra opinión, especialmente cuando, tras las numerosas reformas introducidas a la Ley concursal a lo largo de sus más de diez años de vigencia, el precepto en cuestión permaneció inalterado, por lo que difícilmente podrá entenderse su imprecisión a un olvido del legislador<sup>418</sup>. Creemos que exigir la colaboración de cualquier persona u órgano al que el órgano de administración haya apoderado para ejercitar facultades de administración y representación, es compatible con la limitación de responsabilidad en la causación o agravamiento de la insolvencia a los casos en que se otorgó un poder general.

---

<sup>418</sup> MORENO SERRANO, E. “El órgano de...”, *ibid.*, p. 189.

Las normas contenidas en los artículos 42 y 172 de la Ley concursal persiguen fines distintos aunque complementarios. El deber de colaboración e información sin duda sirve al averiguamiento de las causas y responsabilidades en la causación o agravamiento de la insolvencia. Empero, como se ha indicado, también trata de obtener la colaboración del deudor para la mejor consecución de los fines que pretende el procedimiento, primordialmente la satisfacción de los créditos del deudor en la mayor cuantía posible, pero también, la conservación de los emprendimientos viables y la protección del empleo, entre otros. De ahí que la nómina de órganos y de personas que los integran sometidos a tal deber no se limita a quienes pudieran verse eventualmente afectados por la sentencia de calificación culpable del concurso. De esta forma, no debe sorprender que mientras se exige la colaboración de cualquier apoderado, sean los poderes otorgados generales o no, el artículo 172 limite la eventual responsabilidad a quienes, precisamente por la amplitud de las facultades que tienen o tuvieron conferidas, es razonable prever que puedan resultar afectadas por la calificación.

Por otra parte, no se ven razones que impidan extender al administrador de hecho el deber de colaboración e información. Piénsese que, en tanto verdadero responsable de la administración de la persona jurídica, es absolutamente lógico suponer a quien lo sea, en posesión de tanta o más información que los administradores de derecho. Y si de lo que se trata es de obtener la colaboración de la persona jurídica en la sustanciación del procedimiento, y su auxilio en el desempeño de las funciones legalmente atribuidas al juez y a la administración concursal, con mayor razón habrá de exigirse tal colaboración a quien, *de facto*, está en posición de prestar tal auxilio.

Como ya se ha indicado, el deber de colaboración e información surge con la propia solicitud de concurso necesario o voluntario o, al menos, con su admisión a trámite, pero ¿en qué momento cesa? A este respecto habrá de considerarse que sólo tras la resolución judicial que pone fin al procedimiento quedarán el deudor y los demás sujetos a los que se impone, liberados del deber de colaborar con el juez, la

administración concursal y los auxiliares delegados eventualmente nombrados.

Para concluir se habrán de referir las consecuencias del incumplimiento del deber de colaboración e información para los integrantes del órgano de administración o liquidación de la persona jurídica concursada<sup>419</sup>.

Ha de reiterarse, antes de entrar en el análisis de estos efectos, lo dicho respecto de la configuración de la comparecencia, colaboración e información como auténticos deberes jurídicos, concreción del más general de colaboración con los jueces y tribunales. Frente a la falta de cooperación de cualquiera de los sujetos a los que la ley la impone, el juez, a pedido de la administración concursal o de oficio, intimará el cumplimiento a los infractores, con apercibimiento para el caso de persistencia en la actitud, de considerar dicho comportamiento, como constitutivo del delito de desobediencia.

Además, y con independencia de la responsabilidad concursal que en sede de calificación pueda generar el incumplimiento de los deberes de comparecer, colaborar e informar respecto del eventual efecto generador o agravante de la insolvencia declarada, habrá de considerarse que, en la medida en que tales conductas generen un daño para la persona jurídica, sus socios o terceros, los mismos hechos podrán, a su vez dar origen a responsabilidad civil común de los administradores, liquidadores y apoderados de la concursada.

Debe además recordarse que el juez, conforme a las previsiones del artículo 48 *ter*.1, podrá desde la declaración del concurso, de oficio o a solicitud de la administración concursal decretar, “[...] *como medida cautelar, el embargo de bienes y derechos de sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, apoderados*

---

<sup>419</sup> Pues, si bien tal como se ha sostenido, los deberes de comparecencia y colaboración recaen también - y primordialmente - en el órgano de administración de la concursada, no es al órgano en cuanto tal, sino a las personas físicas o jurídicas que lo integran, de quien cabe se deduzca responsabilidad por su incumplimiento.

*generales y de quienes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de aquella declaración, cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que en la sentencia de calificación las personas a las que afecte el embargo sean condenadas a la cobertura del déficit resultante de la liquidación en los términos previstos en esta ley*". Entendemos que la constatación durante el procedimiento de la falta de colaboración de los sujetos a quienes tal deber se impone, constituye en sí misma un indicio de su posible futuro señalamiento como personas afectadas por la sentencia de calificación (art. 165, LC en relación con el art. 164.1 y 172, LC), por lo que la traba de estos embargos preventivos podrá ser, sin duda, efecto de la falta de colaboración con la administración concursal.

El artículo 164.1 ordena la calificación como culpable del concurso "*[...] cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, apoderados generales, de quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, así como de sus socios conforme a lo dispuesto en el artículo 165.2*".

Por su parte, el artículo 165 permite que, verificados determinados supuestos de hecho, se presuma, salvo prueba en contrario, la existencia de dolo o culpa, que el artículo 164.1 exige se acredite respecto de la conducta que origina o agrava la imposibilidad para el deudor de cumplir con sus obligaciones exigibles. Entre las circunstancias a las que la ley atribuye este efecto presuntivo están las que recoge su ordinal segundo: el incumplimiento de su deber de colaboración con el juez del concurso o la administración concursal, la no facilitación de la información necesaria o conveniente para el interés del concurso, o la inasistencia, por sí o por medio de apoderado, a la junta de acreedores, siempre que su participación hubiera sido determinante para la adopción del convenio.

Antes de entrar en el análisis de la presunción contenida en el artículo 165. 2, será conveniente aclarar que ciertos comportamientos, que sin duda también constituyen vulneración a los deberes de comparecer, colaborar e informar, merecen un mayor reproche legal. Así, en última instancia, también incumple el deber legal de colaborar con el concurso, el deudor que retiene información veraz y facilita, en su lugar, información falsa, como ocurre cuando el deudor lleva doble contabilidad y oculta la que refleja el estado real de su patrimonio (art. 164.2.1º, LC), o presenta documentos falsos durante el procedimiento (art. 164.2.2º, *in fine*, LC). También es mayor el reproche cuando el deudor comete “[...] *inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento*”. La intención defraudatoria presente en los dos primeros supuestos y, al menos, la negligencia grave que cabe deducir del tercero, motiva que el legislador dirija al juez del concurso el mandato de declarar en todo caso como culpable el concurso en que se comprueben tales conductas, (art. 164.2, párrafo primero, LC).

En cuanto al alcance de la presunción *iuris tantum* de culpabilidad del concurso prevista en el artículo 165.2º, doctrina, jueces y tribunales han interpretado de manera diversa los efectos que deben seguirse de la verificación de los supuestos presuntivos del artículo 165, atribuyendo distintos significados, tanto a la presunción misma de dolo o culpa grave, como a los aspectos de la misma que admiten prueba en contrario.

Un análisis de la literalidad del precepto lleva a algunos intérpretes a afirmar que, acreditado el supuesto de hecho contemplado en la norma, deberá presumirse, tanto el vínculo de causalidad entre tal hecho y la causación o agravamiento del estado de insolvencia, como la concurrencia de dolo o culpa grave. Frente a ello, la persona a la que cabe imputar la realización del hecho presuntivo, deberá destruir la presunción de que su conducta no fue dolosa o gravemente culpable, y simultánea o alternativamente, la de que tal conducta diera por resultado la causación o agravamiento de la

insolvencia. Así, y respecto de las hipótesis presuntivas de falta de comparecencia, colaboración e información, se presumirá que las mismas agravaron el estado de insolvencia en todo caso<sup>420</sup>.

Para otra tendencia doctrinal, sin embargo, las presunciones del artículo 165 tan solo sirven al propósito de ayudar a la determinación de la existencia de dolo o culpa grave ante la verificación de las conductas contempladas en la norma, pero deberá, pese a ello, probarse en todo caso “la participación del deudor común en el origen o empeoramiento de su estado de insolvencia”<sup>421</sup>. Acoge esta tesis la

---

<sup>420</sup> FRAU i GAIÀ, resume esta posición, de la que es partidario, de forma sintética: “1) Se produce un hecho subsumible en alguna de las conductas del [artículo 165]. 2) Se presume que su autor ha actuado con dolo o negligencia grave. 3) Esa presunción puede dejarse sin efecto si el demandado demuestra que no ha actuado ni con dolo ni con negligencia grave”. FRAU I GAIÀ, S., “La cláusula general, los sujetos pasivos de la declaración de culpabilidad y las presunciones”, en *La calificación en el concurso de acreedores. Una visión crítica*, TOL4.368.9, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, fecha de consulta 29/05/2015, en [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com). MIRABELL GUERIN, por su parte puntualiza: “el primer juicio de causalidad que realiza el Juez del concurso para la determinación de la culpabilidad no surge de una prueba plena, sino de una prueba indirecta. Apreciado el hecho base de la presunción se infiere el hecho presunto del dolo o la culpa grave, y tendrá el demandado que destruir la presunción con prueba plena a su cargo. En cuanto al importe de la condena a todo o parte del déficit concursal, al igual que en el anterior, deberá justificarse con un juicio causal suficiente en relación al grado en que las conductas constitutivas de la presunción hayan incidido en la generación o agravación del estado de insolvencia del deudor”. MIRABELL GUERIN, L., “Otra vez la responsabilidad concursal de los administradores: resurge en parte la polémica. Comentario a la STS 21 de mayo de 2012”, *Diario La Ley*, Sección Tribuna, N.º 7998, consultado el 28/06/15 en [www.laleydigital.laley.es](http://www.laleydigital.laley.es), referencia 19433/2012.

<sup>421</sup> GARCÍA-CRUCES, J. A., “Presunciones de dolo o culpa grave (art. 165)”, en ROJO Á., Y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *Comentario de la Ley concursal*, Tomo II, 1ª edición, 2ª reimpression, Editorial Civitas, Madrid, 2004, p. 2536. Con el origen de la insolvencia, no obstante, tan sólo podrán ubicarse como es lógico las presunciones de los ordinales 3º y 4º del precepto (llevarza de contabilidad, formulación auditoria y depósito de cuentas anuales, y la negativa a la capitalización de créditos, emisión de valores o instrumentos convertibles que frustre la consecución de un acuerdo de refinanciación). Debe descartarse que las hipótesis relacionadas con los deberes de



Audiencia provincial de Alicante, en su sentencia de 17 de julio de 2014, en la que afirma seguir la “interpretación mayoritaria” sobre el alcance de las presunciones recogidas en el artículo 165, contenida en las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 28ª) de 18 de noviembre<sup>422</sup>, 17 de julio<sup>423</sup>, 5 de febrero<sup>424</sup>, 18 de noviembre de 2008 y 24 de septiembre de 2007<sup>425</sup>. Entiende esta interpretación que las presunciones del artículo 165 alcanzan a “[...] cubrir, y a salvo de prueba en contra, la existencia de dolo o culpa grave, pero resulta necesario, además, para justificar la calificación como culpable, que se aporte la prueba de la existencia de relación de causalidad entre

---

colaborar, comparecer e informar, puedan causar la situación de insolvencia. También comparte este parecer GÓMEZ SOLER que señala cómo “las presunciones del art. 165 LC tan sólo cubren el elemento subjetivo del dolo o culpa grave. Es más, en la LC lo que se presume es la «existencia de dolo o culpa grave» y no el que con dolo o culpa grave se haya generado o agravado la insolvencia”. GÓMEZ SOLER, E., “Concurso culpable: concepto general y supuestos de culpabilidad”, en DÍAZ MARTÍNEZ, M., (Coord.) y GÓMEZ SOLER, E., *La calificación del concurso de acreedores*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, consultado en [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com), Referencia TOL1.493.823 el 29/06/2015. A mayor abundamiento, la Audiencia Provincial de Madrid añade, respecto del actual ordinal 2º del artículo 165 que “mal puede dicha conducta “generar” una insolvencia que ha debido apreciarse previamente para la declaración misma del concurso y consiguiente nombramiento de los administradores con los luego que no se colabora [...lo que...] conduce, pues, a afirmar que la única relación causal que puede establecerse entre la conducta ahora analizada y el estado de insolvencia no lo es con su “generación” sino, en su caso, con la eventual ‘agravación’ del mismo”. Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª. Sentencia N.º 279/2008, de 18 de noviembre, Id Cendoj: 28079370282008100244.

<sup>422</sup> Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª. Sentencia N.º 279/2008, de 18 de noviembre, Id Cendoj: 28079370282008100244.

<sup>423</sup> Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª Sentencia N.º 194/2008, de 17 de julio, Id Cendoj: 28079370282008100164.

<sup>424</sup> Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª Sentencia N.º 31/2008, de 5 de febrero, Id Cendoj: 28079370282008100034.

<sup>425</sup> Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª Sentencia N.º 175/2007, de 24 de septiembre, Id Cendoj: 28079370282007100200.

*esas omisiones contempladas en la ley y la generación o agravación de la insolvencia*”<sup>426</sup>.

Puede que se trate, como afirma la Audiencia de Alicante, la anterior interpretación, de la mayoritaria, pero no es de modo alguno, incontestada. La Audiencia Provincial de Vizcaya, en su sentencia de 20 de febrero de 2015, afirma acompañar la matización del Tribunal Supremo a su original criterio interpretativo del alcance de las presunciones del artículo 165, al considerar cubierta por la presunción del 165, tanto la culpa o dolo, como el nexo causal en la generación o agravamiento de la insolvencia, de forma que “[...] *la presunción legal iuris tantum [...] no es solo de culpa y dolo sino también de nexo causal en la generación o agravamiento de la insolvencia*”<sup>427</sup>

La matización del criterio interpretativo lo constata la Audiencia Provincial de Vizcaya en, la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de 3 de julio de 2014 en la que se afirma que “[...] *el artículo 165 [...] establece una presunción ‘iuris tantum’ en caso de concurrencia de la conducta descrita, el incumplimiento del deber legal de solicitar el concurso, que se extiende tanto al dolo o culpa grave como a su incidencia causal en la insolvencia*”<sup>428</sup>. El Tribunal cita en apoyo de esta tesis las sentencias de la misma sala números 259/2012, de 20 de abril, 255/2012, de 26 de abril, 298/2012, de 21 de mayo, 614/2011, de 17 de noviembre y 459/2012 de 19 julio. Sigue el

---

<sup>426</sup> Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8ª. Sentencia N.º 166/2014, de 17 de julio. Referencia TOL4.521.850, consultada en [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com).

<sup>427</sup> Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4ª. Sentencia 92/2015, de 20 febrero. Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, referencia JUR\2015\102352.

<sup>428</sup> Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil. Sentencia 122/2014, de 1 de abril. Id Cendoj: 28079110012014100165.

mismo criterio, la Sala 1ª en sus fallos de 12 de enero de 2014<sup>429</sup> y 07<sup>430</sup> y 21 de mayo de 2015<sup>431</sup>.

Con anterioridad, el Tribunal Supremo vino sosteniendo una interpretación diferente. Así en las sentencias de 6 de octubre, y -con mayor claridad - de 17 de noviembre de 2011<sup>432</sup>, se admitía una lectura del precepto que extendía las presunciones establecidas en el artículo 165 únicamente al elemento de dolo o culpa grave.

Pese a la variedad de posiciones jurisdiccionales y doctrinales, creemos más correcta la que limita el alcance de las presunciones del artículo 165 a la determinación del dolo o la culpa grave en la causación y agravamiento de la insolvencia. La principal objeción que cabe hacer a la posición contraria, es que la misma pretende ampliar

---

<sup>429</sup> Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil. Sentencia 772/2014, de 12 de enero. Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi ref. 2015\609.

<sup>430</sup> Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil. Sentencia 275/2015, de 7 de mayo. Id Cendoj: 28079110012015100279. En ella la Sala señala ser *“doctrina jurisprudencial consolidada la que afirma que el art. 165.1 de la Ley concursal es una norma complementaria de la del artículo 164.1. Contiene efectivamente una concreción de lo que puede constituir una conducta gravemente culpable con incidencia causal en la generación o agravación de la insolvencia, y establece una presunción “iuris tantum” [que puede desvirtuarse mediante prueba en contrario] en caso de concurrencia de la conducta descrita, el incumplimiento del deber legal de solicitar el concurso, que se extiende tanto al dolo o culpa grave como a su incidencia causal en la insolvencia”*

<sup>431</sup> Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil. Sentencia 259/2015, de 21 de mayo. Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi ref. 2015\1881.

<sup>432</sup> Se afirma en el Fundamento de derecho cuarto de la sentencia: *“[...] no se fundamentó por la Sentencia recurrida el nexo causal entre la conducta de los administradores y la generación o agravación del estado de insolvencia. Resulta importante señalar que la parte recurrente no cuestionó tal aspecto a propósito de la aplicación del art. 165.1º LC para la calificación del concurso como culpable, y cuya concurrencia es inexcusable en todos los supuestos del art. 165 LC, pues este precepto solo presume, salvo prueba en contrario, el dolo o la culpa grave”*.

sin un fundamento sólido en la Ley la que, literalmente, se trata de una presunción limitada a la existencia de dolo o culpa grave. La inversión de la carga de la prueba en este caso precisaría, a nuestro entender, una mención expresa que declarara la presunción del nexo causal, con tanta claridad y rotundidad con que la ley lo hace respecto al dolo o la culpa.

### **c.- Otros deberes**

La ley concursal faculta a la administración de la persona jurídica deudora a solicitar su liquidación en cualquier momento (art. 142.1, LC), incluso junto con la propia solicitud de declaración de concurso.

Pero además, la Ley concursal impone el deber al deudor de solicitar su propia liquidación cuando “[...] durante la vigencia del convenio, conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquél” (art. 142.2, párrafo primero, LC).

Incumplido este deber, la ley legitima a otros sujetos a instar la liquidación del deudor. En concreto, cualquier acreedor “[...] que acredite la existencia de alguno de los hechos que pueden fundamentar una declaración de concurso [...]” (arts. 142.2, párrafo segundo y 2.4, LC).

Cuando la liquidación no se solicita por el deudor y pese a ello, el convenio deviene de imposible cumplimiento, el juez dictará resolución declarando dicho incumplimiento. Al adquirir firmeza la resolución, el órgano jurisdiccional debe decretar de oficio la liquidación de la deudora (art. 143.1.4º, LC).

Si en tales circunstancias el incumplimiento del convenio fuera imputable al concursado y la liquidación no hubiese sido instada por éste (o, en nuestra opinión, por alguno de los acreedores legitimados), habrá de estarse a las severas consecuencias que la Ley concursal

prevé para ese supuesto. En concreto, y en lo que respecta al eventual señalamiento de los integrantes del órgano de administración de la persona jurídica concursada como personas afectadas por la calificación culpable del concurso, se debe subrayar el hecho de que tal calificación culpable es en un caso como el descrito, insoslayable, por cuanto se trata de uno de los supuestos contemplados en el artículo 164.2 como presunciones absolutas de culpabilidad del concurso. Efectivamente, el ordinal 3º del precepto señala como uno de los supuestos en que en todo caso se señalará el concurso como culpable: *“Cuando la apertura de la liquidación haya sido acordada de oficio por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado”*.

La declaración de concurso, por sí misma no elimina el deber de los administradores de las personas jurídicas legal o estatutariamente obligadas, a la formulación y, en su caso, sometimiento a auditoría, presentación a aprobación y depósito en el o los registros correspondientes. Dicha obligación subsistirá en caso de que el régimen de limitación del ejercicio de las facultades del deudor decretado por el juez sea de el de intervención, quedando no obstante la administración de la concursada sujeta a la supervisión de la administración concursal (art. 46.1, LC).

Por el contrario, cuando el régimen sea el de suspensión, la obligación de formulación y sometimiento a auditoría de las cuentas anuales pasará a ser un deber de la administración concursal (art. 46.3, LC).

Tratándose del primero de los escenarios descritos - el de intervención - el incumplimiento por la administración concursal de sus deberes relativos a la formulación y presentación de cuentas solo podrá dar lugar a que se configure el supuesto presuntivo de concurrencia de dolo o culpa grave en la causación o agravamiento de la insolvencia definido en el artículo 165.3º, cuando las cuentas respecto de las que se incumplió el deber correspondan a cualquiera de los tres ejercicios inmediatamente anteriores a aquel en que se

declaró el concurso. No obstante, y respecto al ejercicio contable en que el concurso se declara, y los posteriores mientras subsista la obligación de formular cuentas y no concluya el procedimiento concursal, será posible también que se deduzca responsabilidad para los integrantes del órgano de administración de la deudora con el ejercicio de facultades patrimoniales intervenido. En efecto, la falta de formulación y sometimiento a auditoria y deposito de cuentas anuales puede dar lugar, entre otros muchos efectos adversos, a severas sanciones por parte de los registros públicos y autoridades supervisoras, muy capaces, por su entidad, de provocar un agravamiento de la insolvencia. Si se prueba tal agravamiento, el dolo o la culpa grave presente en el incumplimiento del deber y el nexo causal entre éste y el agravamiento de la insolvencia, en ese caso, será de aplicación la previsión general del artículo 164.1 de la Ley que ordena al juez calificar como culpable el concurso de la persona jurídica en el que en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave de sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, apoderados generales y de quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso.

## **I.- Régimen jurídico uruguayo**

### **A.- Ejercicio de Derechos**

#### **a.- En las distintas fases del procedimiento**

Previo al abordaje de la competencia del órgano de administración de la persona jurídica concursada en lo que respecta al ejercicio de derechos y cumplimiento de deberes durante el procedimiento concursal, es preciso realizar breves consideraciones preliminares que dan marco al contenido de este capítulo.

En primer lugar, tal como se ha recordado en forma sistemática a lo largo del presente trabajo, la declaración judicial de concurso no

trae aparejado, el cese de la actividad de la persona jurídica deudora ni la de sus órganos, pues la regla general en la materia es la “*continuación de la actividad del deudor*” (art. 44, LCRE).

El régimen de suspensión o limitación de la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso, se mantendrá mientras no resulte aprobada judicialmente una propuesta de convenio o concluya el concurso.

La LCRE exceptúa del régimen de suspensión o limitación de la legitimación del deudor para disponer, entre otros aspectos, a “*la presentación de propuestas de convenio y la impugnación o interposición de recursos contra la actuación del síndico o del interventor y contra las resoluciones judiciales*” (art. 45.6, LCRE).

Es razonable y coherente que la LCRE exceptúe del régimen de suspensión o de limitación de la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso, la posibilidad de presentar propuestas de convenio, así como de impugnar o interponer recursos contra la actuación del síndico o del interventor y contra las resoluciones del juez del concurso. Cabe recordar que la normativa uruguaya impone al administrador concursal, administrar la masa activa del concurso “*del modo más conveniente para los acreedores*” (art. 75 párrafo primero, LCRE).

Tanto en caso de limitación como de suspensión de la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso, se mantienen los órganos de la persona jurídica más allá que, en algunos casos, pueden quedar suspendidos en la realización de sus funciones.

Tal como se adelantó precedentemente, el procedimiento concursal uruguayo consta de dos etapas: una fase necesaria denominada “*de convenio*” y otra contingente, llamada “*de liquidación*”. Esta salvedad es precisa efectuarla en esta oportunidad en la medida que, a diferencia de lo dispuesto en la Ley concursal

donde surge a texto expreso la referencia a una fase común de concurso, una fase de convenio y otra fase de liquidación, la LCRE no prevé tal distinción.

## **1.- En la fase de convenio**

### **1.1.- Personas jurídicas en general**

En la LCRE, la *fase de convenio* - etapa necesaria del procedimiento concursal<sup>433</sup> - se inicia con la declaración judicial de concurso, sentencia cuyo contenido es complejo en virtud que, además de atribuir al deudor la calidad de concursado - con todo lo que apareja este nuevo *status* jurídico - constituye el punto de partida para una serie relevante de actos y plazos procesales a cumplirse en el marco procedimental del concurso.

El plazo de extensión de la etapa de convenio es incierto, pues ello dependerá de las vicisitudes que deba atravesar cada concurso en particular. Sin embargo, la LCRE determina el límite de esta etapa ya sea con la aprobación del convenio o con el comienzo de la *fase de liquidación*. Tanto mediante aprobación de una propuesta de convenio

---

<sup>433</sup> Debemos aclarar que el único supuesto en el que no habrá etapa de convenio, será cuando el deudor en oportunidad de promover la declaración judicial de concurso (concurso voluntario), solicite la liquidación de la masa activa (art. 168.1, LCRE). En Uruguay, hemos relevado la existencia de un caso en el cual un deudor persona jurídica mercantil, PLUNA LÍNEAS AÉREAS URUGUAYAS S.A., al promover su concurso, solicitó la liquidación de la masa activa, en virtud que la sociedad había cesado su actividad unos días antes. Ver expediente IUE 2-27763/2012, en [www.expedientes.poderjudicial.gub.uy](http://www.expedientes.poderjudicial.gub.uy). Pese a lo solicitado, la Jueza actuante declaró la apertura del concurso voluntario, suspendió la legitimación de la concursada para disponer y obligar a la masa del concurso, designó síndico y convocó a Junta de Acreedores (Decreto 1262/2012, de 11 de julio de 2012). Recién un año y medio después de haberlo pedido y habiéndose cumplido la fase de convenio, mediante Decreto 8/2014, de 03 de febrero de 2014, se dispuso parcialmente: “*Atento a lo solicitado por la propia concursada Pluna S.A. corresponde de acuerdo a la Ley 18.387 entrar directamente en la fase de liquidación del concurso y a tales efectos, se Resuelve: Decrétase la liquidación de la masa activa de Pluna S.A. [...]*”.



presentada por el deudor concursado como por iniciación de la liquidación de la masa activa, finaliza la fase de convenio. Por su parte, la fase de liquidación puede iniciarse en los siguientes supuestos: en caso que el deudor no presente propuesta de convenio, o aun presentándola, que la misma no resulte aprobada en Junta de Acreedores por las mayorías requeridas legalmente; cuando no haya aprobación judicial de la propuesta de convenio; en caso de incumplimiento del convenio aprobado; y cuando lo soliciten, en cualquier estado del procedimiento, acreedores representativos de la mayoría del pasivo quirografario con derecho a voto (art. 168, LCRE).

El principal efecto de la aprobación judicial de la propuesta de convenio, radica en el hecho que la LCRE determina el cese de la suspensión o la limitación de deudor para disponer y obligar a la masa del concurso (art. 161, LCRE). Empero, si el deudor fuera persona jurídica, LCRE ordena al síndico convocar al órgano deliberativo para el nombramiento de administradores o de liquidadores (art. 162, LCRE)<sup>434</sup>.

Sin perjuicio de lo mencionado, en esta etapa del procedimiento la normativa concursal exige al deudor, la presentación periódica (“*cada seis meses*”) de un informe sobre el estado de cumplimiento del convenio que hubiere resultado aprobado judicialmente (art. 165, LCRE). Esta obligación de emitir informes por parte del deudor concursado, cesará una vez que se haya cumplido íntegramente el convenio (el deudor deberá acreditar documentalmente el cumplimiento), momento en el cual presentará al juez del concurso la solicitud de conclusión del procedimiento (arts. 166, 205.1 y 211.1, LCRE).

Como se expresó anteriormente, en caso que el deudor incumpla el convenio, cualquier acreedor podrá solicitar al juez del concurso la apertura de la fase de liquidación de la masa activa, quien deberá pronunciarse en tal sentido (arts. 167 y 168.4, LCRE).

---

<sup>434</sup> Ya hemos hecho referencia a la inconsistencia del artículo 162 de la LCRE en el Capítulo Tercero de la SEGUNDA PARTE de este trabajo.

Adviértase que la legislación uruguaya a diferencia de aquellos textos legales y proyectos que le sirvieron de fuente, prevé que la propuesta de convenio puede acompañarse no solo de un plan de continuación, sino también de un plan de liquidación. Es lógico que de aprobarse la propuesta de convenio que prevea la continuación de la actividad empresarial del deudor, éste recupere la legitimación para disponer y obligar a la masa del concurso. Esa es la consecuencia regulada en el artículo 261 de la LCRC declarando el efecto extintivo de la suspensión o de la limitación de la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso, a partir del momento en que alcance firmeza la resolución judicial de aprobación del convenio. Empero, no parece ser este efecto, el que correspondiese si la propuesta de convenio aprobada estuviera acompañada de un plan de liquidación. En este último supuesto, hubiese sido más coherente, decretar la liquidación del concurso, habilitando así al síndico y no al propio deudor a cumplir con las importantes funciones que le corresponden a la administración concursal en esa fase del concurso. Solamente la ley concursal uruguaya refiere a la propuesta de convenio acompañada de plan de liquidación en los artículos 138 (presentación de la propuesta de convenio), 142 (informe especial sobre el plan de liquidación por parte del síndico o el interventor), y 143 (consideración de la propuesta por parte de la junta de acreedores). Sin embargo, la ley de concursos uruguaya no considera causal de liquidación de la masa activa a la aprobación de la propuesta de convenio que contenga un plan de liquidación.

Ingresando al análisis del ejercicio de derechos que le asisten al deudor concursado dentro de la etapa de convenio, en primer lugar, se debe consignar que el artículo 45.6 de la LCRE, exceptúa del régimen de suspensión o de limitación de la legitimación del deudor, “*la presentación de propuestas de convenio*”, así como “*la impugnación o interposición de recursos contra la actuación del síndico o del interventor y contra las resoluciones judiciales*”. En el caso de personas jurídicas el ejercicio de estas facultades se desarrollará mediante sus órganos, quienes expresan la voluntad de la entidad.

La referida disposición normativa, también excluye del régimen de suspensión o limitación de la legitimación del deudor, a “*los actos personalísimos o referidos a bienes inembargables*”. Parece inviable, por no decir imposible, la referencia a *actos personalísimos* en el caso de las personas jurídicas. Lo mismo puede señalarse con respecto a los bienes inembargables. Como se expresó precedentemente, el artículo 381 del Código General del Proceso uruguayo, contiene una serie de bienes y derechos considerados inembargables, no existiendo en el patrimonio de las personas jurídicas, bienes o derechos de tal naturaleza.

Desde luego, tampoco podrá la persona jurídica concursada, percibir el derecho a alimentos previsto en la LCRE, derecho atribuido - en ciertas ocasiones - al concursado persona física (art. 54, LCRE)<sup>435</sup>.

Finalmente, jamás podrá operar en el caso de las personas jurídicas, la previsión del artículo 46.3 de la LCRE - en sede de efectos generales de la suspensión de la legitimación del deudor para disponer - relativa a la existencia de procedimientos jurisdiccionales o administrativos fundados en relaciones de familia que carezcan de contenido patrimonial, pues la disposición normativa claramente refiere al concursado persona física.

Pues bien, en la fase de convenio el ejercicio de derechos de la persona jurídica concursada, ya sea que se haya limitado o suspendido la legitimación para disponer y obligar a la masa del concurso, queda de manifiesto en la posibilidad de presentación de una propuesta de convenio, que le permita poder restablecer su situación de insolvencia y así salir del *estado concursal*. La presentación de una propuesta de convenio tiene - además - por finalidad, impedir la realización del activo del deudor concursado pagando a sus acreedores un porcentaje o la totalidad de los créditos en un plazo determinado<sup>436</sup>.

---

<sup>435</sup> Cfr. MARTÍNEZ BLANCO, C., “Manual del nuevo...”, *op. cit.*, p. 255.

La LCRE permite al deudor concursado, presentar una o varias propuestas de convenio con una antelación no inferior a sesenta días a la fecha de la celebración de la Junta de Acreedores, acompañadas de un plan de continuación o de liquidación (art. 138, LCRE) <sup>437</sup>. Si el deudor concursado presenta un convenio de liquidación, lógicamente el juez del concurso debería decretar la apertura de la liquidación de la masa activa. No obstante, no se encuentra dentro de las causales por la que el Juez debe ordenar la liquidación de la masa activa (art. 168, LCRE). Doctrinariamente se ha expresado que “sin *plan de continuidad* no hay propuesta y los efectos son los mismos que si no se hubiera presentado (artículo 168, numeral. 2, LCRE)”<sup>438</sup>. Sin embargo, la disposición citada no expresa que el Juez del concurso ordenará la liquidación de la masa activa en caso de falta de presentación de propuestas con plan de continuidad, sino simplemente, en caso de falta de presentación de propuestas. Por consiguiente, existirá propuesta tanto sea si la misma contiene un plan de continuación o un plan de liquidación.

Por su parte, si presenta un plan de continuación <sup>439</sup>, se estará a lo que informen el síndico o el interventor con respecto a la viabilidad de la propuesta de convenio, así como del plan de continuación y, en última instancia, a lo que resuelvan los acreedores quirografarios con derecho de voto en la Junta de Acreedores.

---

<sup>436</sup> MARTÍNEZ BLANCO, *op. cit.*, p. 333.

<sup>437</sup> El síndico o el interventor, deben emitir un informe especial respecto de la viabilidad del plan de continuación o de liquidación, el que quedará de manifiesto en el Juzgado a disposición de los acreedores.

<sup>438</sup> *Ibidem*, p. 339.

<sup>439</sup> La LCRE indica que el plan de continuación que presente el deudor concursado, debe “*contener un cuadro de financiamiento, en el que se describirán los recursos necesarios para la continuación total o parcial de la actividad profesional o empresarial del deudor durante el período de cumplimiento del convenio, así como sus diferentes orígenes*” (art. 138 párrafo segundo, LCRE).

En consonancia con lo preceptuado en el artículo 7 numeral 6 de la Ley de concursos, en la presentación de la propuesta se le exige al deudor persona jurídica acompañar testimonio de la resolución social aprobatoria, firmada por todos los administradores o liquidadores, admitiéndose la falta de alguna firma en la medida que se indique la razón por la que no se firmó. La aprobación de la propuesta de convenio no está “sujeta ni complementada por ningún acto del síndico o del interventor”<sup>440</sup>.

El contenido de la propuesta de convenio puede ser amplísimo. Así, la LCRE enumera algunas alternativas del contenido de la propuesta, enumeración que - en modo alguno - es taxativa pues, luego de las posibilidades que especifica, admite que la propuesta pueda contener “*cualquier otro contenido lícito*” (art. 139, LCRE)<sup>441</sup>, circunstancia en virtud de la cual amplía su alcance. Todo lo expresado, es a salvo de la limitación contenida en el artículo 140 de la LCRE, relativa a la prohibición de presentar propuestas sometidas a condición, así como de la imposibilidad de modificar o revocar la propuesta de convenio presentada (art. 141, LCRE)<sup>442</sup>.

La propuesta de convenio presentada por el deudor, así como el plan de continuación o de liquidación y el informe especial del síndico o del interventor, serán considerados en la Junta de Acreedores,

---

<sup>440</sup> HOLZ, E. y RIPPE, S., “Reorganización empresarial y...”, *op. cit.*, p. 161.

<sup>441</sup> Dentro de las posibilidades admitidas expresamente por la LCRE para la propuesta de convenio, se destacan, entre otras: “*quitas y/o esperas, cesión de bienes a los acreedores, constitución de una sociedad con los acreedores quirografarios, capitalización de pasivos, creación de un fideicomiso...*”.

<sup>442</sup> No obstante, el deudor podrá modificar la propuesta o propuestas de convenio que hubiere presentado, en la medida que concurran los siguientes requisitos: que no se altere sustancialmente la propuesta inicial, que la nueva propuesta importe condiciones más favorables para los acreedores quirografarios, y que se presente con una antelación mínima de quince días a la fecha de celebración de la Junta de Acreedores.

requiriéndose para la aprobación determinada mayoría de acreedores quirografarios con derecho a voto (art. 144, LCRE).

En caso que la propuesta de convenio consista en la cesión total o parcial del activo del deudor concursado para efectivizar el pago a los acreedores, se deberá considerar un plazo para la enajenación, el que no podrá superar los dos años desde la aprobación de la propuesta. La LCRE prevé, que en este caso y *“salvo pacto en contrario, la facultad de enajenar se considerará atribuida al síndico o al interventor”* (art. 149, LCRE). Por consiguiente, en el caso del deudor persona jurídica, si se hubiere estipulado en la propuesta de convenio la cesión de todo o parte del activo del deudor concursado para pagar a los acreedores que la enajenación será otorgada por el propio deudor, será la persona jurídica a través del órgano de representación, quien otorgue y suscriba los negocios traslativos. En caso contrario, la facultad es atribuida por imperio de la ley al síndico o al interventor.

En nuestra opinión, la previsión legal analizada, sin reconocer el carácter liquidatorio a la cesión para pago, entiende que es mejor para los intereses del concurso - aún cuando admite pacto en contrario - que todo o parte del activo se realice a través del síndico o el interventor. Empero, la misma no es coherente con lo dispuesto en el artículo 161 de la LCRE, en la medida que una vez que alcance firmeza la resolución judicial que aprueba la propuesta de convenio, en principio, cesa la suspensión o la limitación de la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso.

De todas formas, en escenario de aprobación del convenio, el Juez puede mantener la suspensión o limitación de la legitimación del deudor para disponer por un período máximo de tres meses, en cuyo caso - entendemos - debería haber primado el criterio general previsto para los casos de suspensión o de limitación de la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso (arts. 46.1, 47.1 y 47.3, LCRE): en caso de suspensión de la legitimación, debiera ser el síndico quien otorgue la enajenación; mientras tanto, en caso de limitación de la legitimación, la enajenación debiera otorgarla el

deudor (si es persona jurídica, a través del órgano de representación), con autorización del interventor.

La LCRE habilita al deudor concursado a presentar - con anterioridad a la celebración de la Junta de Acreedores - adhesiones a una propuesta de convenio suscrita por acreedores que representen determinada mayoría del pasivo quirografario con derecho a voto (art. 163, LCRE). En esta hipótesis, la operativa prevista legalmente, difiere de la presentación de propuesta de convenio sin adhesiones en el sentido que, una vez que haya recaído aprobación judicial de la lista de acreedores el Juez suspenderá la Junta, iniciándose el plazo de oposición para la aprobación del convenio.

Además de la facultad del concursado de presentar una o varias propuestas de convenio, la LCRE exceptúa del régimen de suspensión o limitación de la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso, el ejercicio de otras facultades procesales tales como, la posibilidad de impugnar o interponer recursos contra la actuación del síndico o del interventor.

Así, es posible mencionar, en primer término, la facultad del deudor de oponerse a la potestad del síndico que decide rescindir contratos del cual deriven obligaciones del deudor pendientes de ejecución. El artículo 68 de la LCRE permite al síndico o al deudor (en este último caso, con la autorización del interventor), a rescindir unilateralmente, contratos de los que deriven obligaciones del deudor pendientes de ejecución, dentro del plazo de sesenta días contados a partir de la fecha de declaración del concurso (no quedan comprendidos dentro del plazo señalado, los contratos de trabajo). Adviértase que, a diferencia de lo regulado por la legislación española, donde la administración concursal, en caso de suspensión, o el concursado, en caso de intervención, pueden pedir la resolución del contrato si lo entendieran conveniente al interés del concurso (art. 61, LC), la legislación uruguaya habilita directamente al síndico o al deudor con la autorización del interventor, a rescindir unilateralmente

el contrato, notificando a la otra parte, dentro del plazo ya indicado (art. 68, LCRC y artículo único Ley N°. 18.937).

Por obvias razones, el ejercicio de la facultad del deudor de oponerse a la rescisión de estos contratos, opera únicamente en el caso de suspensión de la legitimación del deudor para disponer. El síndico podría entender que el mantenimiento de determinados contratos es inconveniente o que aparejan un perjuicio para la masa del concurso.

Sin embargo, el deudor podría oponerse a la decisión unilateral de la sindicatura de rescindir determinado contrato, justificando su utilidad o provecho en beneficio del concurso. Así, el síndico podría argumentar la inconveniencia de mantener una relación contractual de arrendamiento de un local donde el deudor desarrolla total o parcialmente su actividad comercial o industrial, pero éste podría intentar demostrar la conveniencia de su mantenimiento, pudiendo alegar por ejemplo, que la rescisión contractual le impedirá redistribuir a los trabajadores en otros establecimientos, o que más allá del elevado costo de mantenimiento del local, los ingresos que reporta el mismo son superiores a los egresos.

Dentro de los treinta días siguientes al plazo que tienen los acreedores concursales para solicitar la verificación de sus créditos, el síndico o el interventor deberán preparar la lista de acreedores y elaborar inventario de la masa activa del concurso (arts. 101 y 77, LCRE). Se prevé legalmente, la posibilidad que “*cualquier interesado*” impugne la lista de acreedores y el inventario de la masa activa, dentro del plazo de quince días contados a partir de la puesta de manifiesto de la lista o desde la comunicación de la verificación o rechazo de los créditos.

El giro gramatical “*cualquier interesado*” empleado por el legislador, evidentemente incluye al deudor concursado. En lo que respecta a la lista de acreedores presentada por el síndico o el interventor, el deudor y los demás interesados podrán impugnar “*la inclusión o la exclusión de los créditos, la cuantía de los verificados y*



*la calificación jurídica que se les hubiera atribuido*” (art. 104, LCRE). Por su parte, cualquier interesado puede impugnar el inventario de la masa activa. A tal efecto, el deudor concursado podría solicitar la inclusión o la exclusión de bienes y derechos que conforman la masa activa del concurso, y/o incluso, la modificación de la valuación de dichos elementos (art. 78, LCRE).

Debemos advertir la importancia que reviste para el deudor concursado, la posibilidad de impugnar tanto la lista de acreedores como el inventario de la masa activa. En el primer caso, podría ocurrir la inclusión o exclusión de algún crédito por parte del síndico o del interventor, traiga aparejado la modificación de determinadas mayorías requeridas para la aprobación de una propuesta de convenio, con las graves consecuencias que ello puede suponer para el deudor concursado (*v.gr.*: que la apertura de la liquidación de la masa activa). Lo mismo podrá acontecer en el caso de la cuantía de los créditos verificados, así como en la calificación jurídica que le atribuya a los mismos el síndico o el interventor.

En lo que respecta al inventario de la masa activa, también reviste de suma importancia para el deudor concursado, poder controlar que el síndico o el interventor no hayan excluido bienes y derechos que formen parte de la masa activa, o que hayan valuado los mismos en detrimento del deudor. La relación entre la lista de acreedores (masa pasiva) y el inventario (masa activa) es muy relevante en el concurso voluntario, sea que si la masa pasiva supera a la activa, se le suspende al deudor la legitimación para disponer y se designará un síndico, mientras que, si la masa activa es mayor a la pasiva, solamente se limitará legitimación para disponer y se designe un interventor para coadministrar los bienes del deudor.

Dentro del capítulo denominado “*reintegración de la masa activa*”, relativo a las actuaciones que se dan en el marco del procedimiento concursal tendientes a la restauración del patrimonio del deudor concursado, la LCRE regula la llamada *acción revocatoria concursal* (arts. 80 y ss., LCRE). Esta acción tiene por finalidad,

restituir a la masa activa del concurso bienes o derechos que hubieran salido indebidamente del patrimonio del deudor con anterioridad a la declaración del concurso<sup>443</sup>. Para ello, la LCRE determina qué actos son revocables en la medida que “*el pasivo fuera superior al activo susceptible de ejecución forzada*” (arts. 80, 81 y 82, LCRE). El ejercicio de la acción revocatoria concursal queda expresamente reservado primeramente al síndico<sup>444</sup>; no así al interventor.

El artículo 86 de la LCRE determina el elenco de legitimados pasivos de la acción revocatoria concursal. En primer término, menciona al deudor concursado. Por tanto, dentro del ejercicio de los derechos en el marco del procedimiento concursal, la LCRE prevé la defensa por parte del deudor concursado, en el supuesto del ejercicio de la acción revocatoria concursal por parte del síndico.

Finalmente, la LCRE exceptúa del régimen de suspensión o limitación de la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso, la posibilidad de interponer recursos contra las resoluciones judiciales que se dictan en el marco del procedimiento concursal, tanto en la fase de convenio como en la fase de liquidación.

El artículo 252 de la LCRE prevé el régimen de recursos contra las resoluciones judiciales recaídas durante el procedimiento concursal y sus incidencias. Todas las resoluciones serán impugnables mediante el recurso de reposición. No todas las resoluciones son apelables, sino únicamente aquellas previstas expresamente por la LCRE, ya sea con efecto no suspensivo (art. 252.1, LCRE), o con efecto suspensivo (art. 252.2, LCRE).

---

<sup>443</sup> Cfr., BADO, V. y LÓPEZ, C., “Reintegración de la...”, *op. cit.*, p. 413.

<sup>444</sup> Sin embargo, en caso que el síndico fuera omiso en la promoción de la acción revocatoria antes de la fecha fijada para la celebración de la Junta de Acreedores, “(...) *el acreedor o los acreedores cuyos créditos representen por lo menos el 5% (cinco por ciento) del pasivo total del deudor podrán promover la acción por cuenta de la masa*” (art. 85, LCRE).

En la fase de convenio, el deudor podrá impugnar o interponer recursos *contra la actuación del síndico o del interventor y contra las resoluciones judiciales*. Específicamente en esta fase, interesa destacar la posibilidad del deudor concursado de impugnar la sentencia que declara el concurso (arts. 22 y 252.1, LCRE), la recaída sobre la impugnación de la lista de acreedores o el inventario de la masa activa (arts. 78, 105 y 252.1, LCRE), la que hace lugar a la acción revocatoria concursal (arts. 87 y 252.2), la que resuelve las oposiciones a la aprobación de una propuesta de convenio (arts. 155 y 252.2, LCRE). Ninguna resolución judicial dictada durante la fase de convenio, será pasible de recurso de casación.

### **1.2.- Especificidades con relación al concurso de grupo**

Tal como se indicó precedentemente, la LCRE admite la posibilidad de presentar, por parte del deudor concursado, una o varias propuestas de convenio.

El artículo 45.6 de la LCRE, requiere que el deudor persona jurídica acompañe con la propuesta testimonio de la resolución social firmada por todos los administradores o liquidadores, aprobando la presentación de la propuesta de convenio, decisión - como se dijo - que no está sujeta a la autorización previa, ni control posterior, ni complementada por acto alguno del síndico o del interventor.

La LCRE no admite el concurso del grupo. Sin embargo, prevé dos supuestos de *solicitudes conjuntas* de la declaración judicial de concurso: uno de concurso voluntario (dos o más deudores que formen parte de un mismo grupo), y otro, de concurso necesario (un acreedor solicita la declaración judicial del concurso de varios de sus deudores, siempre que respecto de todos ellos existan presunciones de insolvencia).

La cuestión que se plantea en el caso es, si dentro del ejercicio de derechos en el procedimiento concursal, el conjunto de sociedades que conforman el grupo, pueden presentar una propuesta de convenio

global, que abarque a los acreedores de todos los miembros del grupo, o si, por el contrario, al regular la LCRE, como regla general de carácter procedimental, que en caso de solicitudes conjuntas, las mismas deban tramitarse ante la misma Sede judicial pero en expedientes separados (aunque en todos los procedimientos intervenga el mismo síndico o interventor), deba presentarse al menos una propuesta de convenio por cada expediente concursal. En nuestra opinión, dada la amplitud de contenido legalmente admitida para la presentación de las propuestas de convenio y en el entendido que uno de los intereses primordiales del procedimiento concursal es la satisfacción del conjunto de acreedores, sería perfectamente admisible la presentación en cada concurso, de una única propuesta de convenio que prevea soluciones de pago para los acreedores de todos los miembros del grupo, independiente de la cantidad de concursos que se tramiten. Cabe consignar, en este sentido, que en reiteradas ocasiones, alguno de los miembros del grupo tiene los medios suficientes para afrontar el pago a los acreedores y otros no, por lo que tendría razón de ser la aceptación de una propuesta integral<sup>445</sup>.

El artículo 140 de la LCRE, prohíbe la presentación de propuestas de convenio sometidas a condición. Empero, en su párrafo segundo, dispone a la letra: “*Se exceptúa de lo dispuesto precedentemente el caso de concurso de sociedades del mismo grupo,*

---

<sup>445</sup> La jurisprudencia concursal uruguaya admitió la presentación de propuestas de convenio idénticas (que a la postre fueron homologadas), presentadas individualmente en cada concurso por deudores concursados integrantes de un mismo grupo de sociedades, en las que se ofreció abonar un porcentaje de los créditos a los acreedores de todos los concursos de las sociedades del grupo. En el caso se presentaron cuatro propuestas iguales, donde se establecía que con lo producido con las dos sociedades que continuaban en actividad, se pagaría una suma mensual durante 60 meses, la que se prorratearía entre los acreedores quirografarios de las cuatro sociedades del grupo. Se presentaron adhesiones con las mayorías necesarias para la aprobación, tanto en cada concurso como en forma consolidada. Ver: Concursos de ROGU LTDA., AEROPUERTO LTDA., FLOPI S.C y ATIMAN S.A., tramitados ante el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Concursos de 1º Turno, expedientes IUE 2-2-61707/2012, 40-16/2013, 40-17/2013 y 2-5148/2008, respectivamente (base de datos de expedientes judiciales del Poder Judicial, Uruguay, [www.expedientesjudiciales.gub.uy](http://www.expedientesjudiciales.gub.uy)).

en que la propuesta que presente cualquiera de ellas podrá condicionarse a la aprobación judicial del convenio de una o varias sociedades del mismo grupo”. Esta particularidad prevista en la LCRE, resulta de aplicación cuando las sociedades que integren un mismo grupo, presenten no una propuesta única y global, sino dos o más propuestas de convenio, de modo tal que, la aprobación de todas las propuestas resulten entrelazadas. Podría preverse que si una de las propuestas de convenio no fuere aceptada, las restantes se tendrán por no presentadas.

## **2.- En la fase de liquidación**

La fase de liquidación es una etapa contingente del procedimiento concursal, cuyo punto de partida coincide con la finalización de la fase de convenio, o con el incumplimiento por parte del deudor concursado, de la propuesta de convenio que se hubiere aprobado judicialmente.

El juez decretará la apertura de la liquidación de la masa activa del concurso, en los siguientes casos: cuando el deudor así lo solicite en la promoción de concurso; cuando el deudor no presente una o más propuestas de convenio o las mismas no fueren aceptadas; cuando el juez no admita la propuesta de convenio; en caso de incumplimiento del convenio aprobado; o cuando, en cualquier etapa del procedimiento (“*liquidación anticipada*”; art. 175, LCRE) la soliciten acreedores que representen la mayoría del pasivo quirografario con derecho a voto (art. 168, LCRE).

La consecuencia inmediata de la resolución judicial que decida la liquidación de la masa activa del concurso, será la suspensión de la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso (si es que ya no se encontraba el deudor suspendido en su legitimación para disponer), por lo que el síndico pasará a ejercer las facultades que le corresponden al órgano de administración y sus integrantes, pierden el derecho a percibir retribución (art. 169.1, LCRE).

De todas formas, también en esta etapa es de aplicación el artículo 45.6 de la LCRE en lo relativo a la facultad del deudor concursado, de impugnar o interponer recursos contra la actuación del síndico y contra las resoluciones judiciales.

Por evidente que resulte, es preciso señalar que no regirá para la etapa de liquidación el derecho del deudor de presentar propuestas de convenio (atribuido únicamente para la fase de convenio), ni la posibilidad de impugnar o interponer recursos contra la actuación del interventor, pues, la consecuencia inexorable de la apertura de la liquidación de la masa activa del concurso es la suspensión de la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso, en cuyo caso, siempre corresponderá la designación de un síndico (si ya no estuviere designado con la sentencia de declaración de concurso o en una instancia posterior dentro de la fase de convenio).

Según se había expuesto, la resolución que ordena la liquidación de la masa activa dispondrá “*el cese de los administradores*” (art. 169.3, LCRE).

Por lo referido, es preciso compatibilizar la previsión del artículo 169.3 de la LCRE, con la contenida en el artículo 45.6 del mismo cuerpo normativo, que permite al deudor, aún en caso de suspensión de la legitimación para disponer y obligar a la masa del concurso, impugnar o interponer recursos contra la actuación del síndico y contra las resoluciones judiciales.

Anteriormente<sup>446</sup>, al referirnos a la norma del artículo 169.3 de la LCRE expresábamos que “la redacción dada por el legislador a la previsión del artículo 169.3 de la LCRE es incongruente con el sistema previsto en la Ley, en cuanto a los efectos de la declaración del concurso con relación a los órganos de la persona jurídica deudora”.

---

<sup>446</sup>Segunda Parte, Capítulo Tercero, II. A. c.

La ostensible situación de indefensión que provocaría a la persona jurídica concursada el cese de sus administradores sin más, conduce elementalmente a la interpretación lógico sistemática de la norma, lo que permite otorgar al vocablo “cese” un alcance armónico con el conjunto de disposiciones de la misma Ley concursal que, en la etapa de liquidación, permiten y habilitan a las personas jurídicas concursadas, a través de su órgano de administración y representación manifestar su voluntad en diversos aspectos. La propia LCRE confiere al deudor concursado, aún en la fase de liquidación, una serie de derechos de suma importancia, tal como se verá seguidamente.

El artículo 170 párrafo segundo de la LCRE, dentro de los efectos de la apertura de la fase de liquidación, faculta al síndico a proceder a la “*resolución anticipada de los contratos celebrados por el deudor con obligaciones total o parcialmente pendientes de ejecución*”. Al igual que en el caso de la fase de convenio, el concursado podrá oponerse a la decisión del síndico de resolver contratos del cual deriven obligaciones pendientes de ejecución. Sin embargo, adviértase que la LCRE considera justa causa para la *resolución anticipada de los contratos* a la apertura de la liquidación de la masa activa. Adicionalmente, a diferencia de lo previsto en el artículo 68 de la LCRE, en este caso la legislación no determina plazo alguno para el ejercicio de esta potestad del síndico. Además, el deudor podrá oponerse al decreto judicial que fije los daños y perjuicios que cause la *resolución* del negocio jurídico.

Seguramente, en la etapa de liquidación, el ejercicio de derechos del deudor concursado tenga su mayor relevancia en lo relativo al denominado “*incidente de calificación*” del concurso. Conjuntamente con la resolución que ordena la apertura de la liquidación de la masa activa, el juez del concurso ordenará la formación del incidente de calificación (art. 196, LCRE)<sup>447</sup>.

---

<sup>447</sup> No se formará el incidente de calificación, cuando concurren acumulativamente determinadas condiciones: a) que el concurso fuera voluntario; y b) que si se aprobó una propuesta de convenio, la misma prevea el pago íntegro de los créditos

Una vez publicada en el Diario Oficial la resolución que ordenó la formación del incidente de calificación, cualquier interesado - dentro de los quince días siguientes - podrá presentarse en el expediente concursal, denunciando hechos que considere relevantes para la calificación del concurso como culpable (art. 197, LCRE). Transcurrido el plazo indicado, el síndico presentará - dentro de los quince días siguientes - informe “*sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso de acreedores, con propuesta de resolución*”. En el escenario de proponer la calificación como culpable, deberá indicarse “*la identidad de las personas a las que debe afectar la calificación, así como la identidad de las personas a las que debe calificarse de cómplices, justificando la causa*” (art. 198, LCRE). Preceptivamente, se conferirá traslado al Ministerio Público, para que emita dictamen acerca del informe presentado por el síndico.

Si se hubiere solicitado la calificación del concurso como culpable, el juez emplazará al deudor (art. 199, LCRE), y a las demás personas que pudieran ser afectadas por la calificación (integrantes del órgano de administración o de liquidación, integrantes del órgano de control interno). El deudor puede oponerse al informe de calificación del concurso como culpable (art. 200, LCRE).

La sentencia que califica el concurso como culpable determinará, entre otros aspectos, las personas afectadas por dicha calificación, así como la inhabilitación de los administradores o liquidadores (de derecho y/o de hecho) y de los miembros del órgano de control interno de la persona jurídica deudora, para administrar bienes propios o ajenos, así como para representar a cualquier persona (art. 201, LCRE).

El cese y desplazamiento de los miembros del órgano de administración de la persona jurídica concursada, dispuesto en la resolución que ordena la liquidación (artículo 169.3 párrafo primero,

---

concurso dentro del término de dos años, o, en caso de liquidación, cuando resulte que el activo sea suficiente para cubrir el pasivo (art. 196 párrafo segundo, LCRE).



LCRE), parece resultar incompatible con el ejercicio del derecho por parte del deudor concursado de oponerse a la calificación, o incluso, con la facultad de impugnar la sentencia de calificación de concurso (art. 252.2, LCRE), no sólo mediante los recursos de reposición y apelación con efecto suspensivo, sino aún, mediante el recurso de casación<sup>448</sup>.

Además, a texto expreso, la LCRE prevé la actuación del concursado en la fase de liquidación. Así, el artículo 175, concursal, dispone que “*acreedores que representen la mayoría de los créditos quirografarios del deudor con derecho a voto podrán resolver la liquidación de la masa activa del concurso*”. En tal escenario, el Juez, antes de disponer de inmediato la liquidación, deberá dar vista al síndico o al interventor y al deudor.

---

<sup>448</sup>El artículo 252 in fine de la LCRE, preceptúa: “*Ninguna resolución judicial recaída en el procedimiento judicial o en alguno de sus incidentes admitirá casación, con excepción de la sentencia que hubiera calificado el concurso como culpable (artículo 201)*”. En el Derecho uruguayo, el recurso de casación procede contra las sentencias definitivas e interlocutorias con fuerza de definitiva, dictadas en segunda instancia (art. 268, C.G.P.), siendo el órgano con competencia exclusiva y excluyente para la resolución del referido recurso, la Suprema Corte de Justicia. En los únicos casos en que la Corte resolvió recursos de casación relativos a sentencias con calificación de culpable, fueron los concursos de Paylana S.A. (controlante), IUE 2-26424/2011 y Amor Tessuto S.A. (controlada), IUE 2-122811/2011. Ver expedientes.poderjudicial.gub.uy. Las sentencias de primera instancia declararon fortuitos los concursos, las de segunda instancia, por el contrario, los entendieron culpable, manteniendo dicha calificación la Corte en casación (cuatro a uno), en ambos casos. Lo relevante con relación al tema analizado, es que las liquidaciones fueron decretadas los días 12/04/2012 (Dec. 627/2012) y 24/08/2012 (Dec. 1681/2012) respectivamente, mientras que las sentencias de la Suprema Corte son de fecha 23/04/2015 (Sentencia N°. 94 en IUE 40-13/2012) y 09/06/2015 (Sentencia N°. 658 en Identificación Única de Expedientes IUE 40-37/2012 disponible en <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=29407>). Durante todo ese lapso, se realizaron los bienes de las concursadas, se pagó parcialmente a los acreedores, y las concursadas siguieron actuando procesalmente a través de los *cesados* integrantes de su órgano de administración.

En sede de suspensión del concurso, el artículo 208 de la LCRE indica que se debe dar traslado entre otros, al deudor, de la solicitud de suspensión y de las cuentas de las cuales surja la configuración de la causal. Asimismo, a solicitud de cualquier acreedor concursal o del deudor, si dentro del plazo de cinco años a contar desde la firmeza del auto de suspensión, ingresan o aparecen nuevos bienes o derechos en el patrimonio del concursado, el concurso suspendido será reabierto (art. 210, LCRE).

Finalmente, la ley concursal uruguaya en su capítulo de conclusión del concurso, el deudor, siguiendo los requisitos legales, puede solicitar la conclusión del concurso por cumplimiento del convenio o por íntegra satisfacción a los acreedores. Obviamente, si solicita la conclusión del concurso por cumplimiento del convenio, y sin perjuicio de lo referido respecto a la posibilidad de presentar convenios con planes de liquidación, no se encontraría en fase de liquidación y por consiguiente no se habría dispuesto el cese de los administradores. No obstante, el supuesto que prevé la solicitud de conclusión del concurso por “íntegra satisfacción a los acreedores”, puede acontecer en fase de liquidación (art. 212, LCRE).

Por todo lo referido, sería razonable abonar una solución de primacía de las disposiciones normativas que amparan el ejercicio de derechos fundamentales por parte de la persona jurídica concursada, como el derecho de defensa (de raigambre constitucional), en desmedro de las previsiones legales concursales restrictivas de la referida potestad. De todas formas, es la propia Ley, la que a través de múltiples disposiciones ya analizadas, habilita a las personas jurídicas concursadas a actuar durante la fase de liquidación a través de su órgano de administración y representación, y la que le otorga entonces, el alcance interpretativo correcto a la expresión “*cese de los administradores*”.

#### **b.- Ejercicio de derechos específicamente relacionados con la administración concursal**

## **1.- Acciones de responsabilidad promovidas por el deudor persona jurídica contra los administradores concursales y auxiliares delegados**

Durante la tramitación del procedimiento concursal, por intermedio de sus órganos, el deudor persona jurídica actuará en defensa de sus intereses, los que podrán resultar vulnerados a consecuencia de la actuación negligente del síndico o del interventor.

El artículo 35 de la LCRE dispone que tanto el síndico como el interventor, así como sus auxiliares<sup>449</sup>, serán responsables *“frente al deudor y frente a los acreedores de los daños y perjuicios causados a la masa del concurso por los actos y omisiones contrarios a la ley o por los realizados sin la debida diligencia”*.

Por tanto, la responsabilidad de los administradores concursales y de sus auxiliares frente al deudor, lleva consigo la legitimación activa de la persona jurídica concursada para promover las acciones judiciales que pudieren corresponder por la actuación u omisión contraria a la ley o como resultado de actuar sin la diligencia debida, siempre que de ellos, se deriven perjuicios para la masa<sup>450</sup>.

---

<sup>449</sup> El artículo 30 de la LCRE, admite el nombramiento de auxiliares por parte del síndico o el interventor, con autorización judicial, *“cuando la complejidad del concurso así lo exija”*. La designación de auxiliares se torna imprescindible en concursos complejos, en los que el síndico o el interventor deben conformar equipos de trabajo para atender los distintos aspectos de las múltiples tareas que supone el desarrollo de las funciones de los administradores concursales. Cfr. BACCHI, A., Síndicos e interventores en la Ley N.º 18.387, F.C.U., 1ª. Ed., Mdeo., 2009, pp. 32 y 33.

<sup>450</sup> LCRE, art. 71: *“La masa activa del concurso estará integrada por la totalidad del patrimonio del deudor a la fecha de la declaración y por los bienes y derechos que adquiera hasta la conclusión del procedimiento”*. Es impropia la mención al *“patrimonio”* del deudor, pues dentro del concepto de patrimonio, se incluyen las obligaciones del deudor (pasivo). La LCRE debió referir únicamente a *“bienes y derechos”* (activo).

Por imperio de la ley, la acción de responsabilidad se tramitará ante el Juez del concurso, por la vía del proceso ordinario de conocimiento<sup>451</sup>, y prescribirá dentro del plazo de dos años contados desde que el síndico o el interventor hubieran cesado en su cargo, independientemente de cuál hubiera sido la causa del cese (art. 35, LCRE).

El ejercicio la acción de responsabilidad contra el síndico o el interventor (y sus auxiliares), podrá fundarse en la inobservancia del doble patrón de diligencia que la LCRE les impone en el marco del procedimiento concursal. Así, el artículo 32 del referido cuerpo legislativo, determina que deberán desempeñar el cargo “*con la diligencia de un ordenado administrador y de un representante leal*”<sup>452</sup>. Se trata de conceptos jurídicos indeterminados, dotados de

---

<sup>451</sup> El proceso ordinario de conocimiento está regulado en el Título IV, Capítulo I del Código General del Proceso, artículos 337 a 345. El artículo 35 de la LCRE consagra una excepción al principio general previsto en el artículo 250 del mencionado cuerpo normativo, el que enseña: “*En todos los casos en que la ley no disponga un procedimiento especial o establezca plazos o soluciones procesales especiales, las oposiciones, impugnaciones y demás controversias que se susciten durante el trámite del concurso serán sustanciadas ante el propio Juez del concurso por el procedimiento de los incidentes establecido en el Código General del Proceso*”. El proceso incidental referido, se encuentra reglamentado principalmente en el artículo 321 del Código General del Proceso, siendo un proceso más sumario que el proceso ordinario de conocimiento (éste, ofrece mayores garantías que aquél).

<sup>452</sup> Doctrinariamente, han sido abordados, en forma minoritaria, los parámetros de conducta de “informante exhaustivo” y de “hábil investigador”. Así, MARTÍNEZ BLANCO, C., “Manual del nuevo...”, *op. cit.*, pp. 242 y 246. Específicamente, para el autor, el rol del administrador concursal como “informante exhaustivo”, se vislumbra - principalmente - en el desarrollo de las siguientes actividades: comunicación del concurso de acreedores (art. 93, LCRE); informe general previo a la celebración de la Junta de Acreedores (art. 123, LCRE); elaboración de la lista de acreedores e inventario de la masa activa del concurso (arts. 101 y 77, LCRE); informe especial sobre la viabilidad del plan de continuación en caso de presentarse una o más propuestas de convenio (art. 142, LCRE); informe sobre la calificación del concurso (art. 198, LCRE). Por otra parte, el estándar de “hábil investigador” podría verificarse en caso de haberse dispuesto por el Juez del concurso la suspensión de la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del

cierta generalidad y flexibilidad, que deberán adaptarse a las circunstancias particulares de cada proceso concursal, por no admitir una cuantificación o determinación precisa y rigurosa<sup>453</sup>. Ambos parámetros de actuación, operan acumulativamente.

Tanto el síndico como el interventor concursal, deberán desempeñar su cargo con la diligencia de un “ordenado administrador”<sup>454</sup>. Una vez aceptado el cargo, tanto el síndico como el interventor deberán poner énfasis en reordenar diversos aspectos en torno a la empresa concursada. Seguramente, más allá de las medidas de urgencia que podrán adoptar los administradores concursales según cada caso en particular, poner las cosas en su sitio constituye la primera actividad a desarrollar en aras de no incrementar la confusión y el desconcierto que puede implicar la declaración del concurso. El orden empresarial, las actuaciones metódicas del síndico y del interventor, encaminadas al cumplimiento de las diversas etapas del concurso, contribuirán a evitar la pérdida de valor de la unidad productiva y permitirán evaluar la situación global del deudor concursado así como las diferentes alternativas para la más eficaz y eficiente superación del estado de insolvencia.

---

concurso (en efecto, sólo en caso de designación de un síndico), cuando el artículo 74 de la LCRE comete a la sindicatura la realización de “*todos los actos necesarios para entrar en posesión de los libros legales y de los documentos relativos a la masa activa y a la actividad profesional o empresarial del deudor*”. Más allá de no expresar una opinión contundente, dicho autor entiende que “quizá la labor de investigación mayor del síndico o interventor, sea la atinente al proceso de verificación de créditos...” (*ibidem*, p. 247). No se ha advertido en el cotejo de lo escrito por la doctrina uruguaya referente al tema, ninguna posición coadyuvante con la señalada.

<sup>453</sup> Cfr., BACCHI, A., “Síndicos e interventores...”, *op. cit.*, pp. 32 y 33).

<sup>454</sup> Según el Diccionario de la lengua española, de la Real Academia Española, “ordenado” es aquel “*que guarda orden y método en sus acciones*” y “ordenar”, es “*colocar algo o a alguien de acuerdo con un plan o de modo conveniente*” (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la...”, *op. cit.*).

La administración del síndico o del interventor concursal es a término, lo que trasunta que el cometido y finalidad de dicha administración es más conservatorio que de emprender políticas empresariales en sentido estricto, y se circunscribe a la reunión de los bienes que integran la masa activa del concurso, preparando los diversos informes y proyectos requeridos por la legislación concursal, con dos finalidades: la satisfacción del pasivo concursal y el mantenimiento de la unidad productiva viable<sup>455</sup>.

Adicionalmente, el síndico o el interventor deberán actuar con la diligencia de un “*representante leal*”. Actuar con lealtad implica anteponer los intereses de sus representados (los acreedores, según art. 55, LCRE) a los suyos propios o a los de terceros<sup>456</sup>.

En la esfera interna, tanto el síndico como el interventor deben manejarse como administradores ordenados. Y en el ámbito externo (actuación judicial o celebración de actos y negocios jurídicos con terceros), se les impone el estándar de actuar con lealtad.

La responsabilidad que exigible al síndico, al interventor o a sus auxiliares, tiene basamento en actuaciones u omisiones intencionales (dolosas), cometidas con conciencia y voluntad, no en defensa de los intereses del concurso, sino a favor de alguno de los sujetos intervinientes en el mismo (el propio deudor, los acreedores, el propio síndico o interventor, o sus auxiliares).

Obviamente, para que se configure la responsabilidad del síndico o del interventor, así como de sus auxiliares, será necesario que a consecuencia de su actuación u omisión (nexo o relación de

---

<sup>455</sup> Cfr. MILLER, A., “La actuación del síndico como administrador”, en *Tribuna del Abogado*, N° 163, Mdeo., 2009, pp. 24 y 25; y ROMANG C. y LÓPEZ, C., “Estatuto Jurídico”, en LÓPEZ, C. (Dir.), BADO, V., y ROMANG, C. (Coautoras), *Ley de Declaración Judicial del Concurso y Reorganización Empresarial. Análisis Exegético*, Tomo I, La Ley, Uruguay, Montevideo, 2012, pp. 221 y 222.

<sup>456</sup> Cfr. BACCHI, A., “Síndicos e interventores...”, *op. cit.*, pp. 38 y 39.

causalidad), ocasionen un daño efectivo a la masa del concurso, no siendo bastante la conducta negligente o la infracción a una disposición normativa sin más<sup>457</sup>. Aún así, tampoco serán responsables el síndico, el interventor, ni sus respectivos auxiliares cuando sus actos cuenten con la autorización previa del juez del concurso.

Cabe consignar, que la responsabilidad del síndico o del interventor por actos u omisiones contrarios a la ley, también se sustenta en la culpa como factor de atribución. Es decir, cualquier infracción a la ley, comprometerá la responsabilidad del síndico, del interventor o incluso de sus auxiliares, en la medida que dicha infracción esté acompañada del criterio de imputación referido (responsabilidad subjetiva)<sup>458</sup>.

A diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos, la LCRE no prevé la responsabilidad solidaria del síndico ni del interventor, por los daños y perjuicios ocasionados por la acción u omisión de sus auxiliares durante la tramitación del procedimiento concursal y sus incidencias. En principio, cada sujeto debe responder personalmente por su conducta activa o remisa. La responsabilidad solidaria es un instituto de excepción, ya que no se presume y debe estar prevista inequívocamente a texto expreso.

La LCRE no regula expresamente la acción de responsabilidad por actos u omisiones del síndico o del interventor y auxiliares que lesionen directamente los intereses del deudor. Tampoco la ley de sociedades comerciales uruguayas regula la acción individual de responsabilidad contra los administradores societarios. La no regulación expresa no impide abreviar del derecho común y, en nuestra opinión, la aplicación del régimen de responsabilidad extracontractual regulado por el Código Civil, donde para que opere la responsabilidad, es imprescindible la verificación conjunta de un hecho ilícito, un daño,

---

<sup>457</sup> En ese sentido, BACCHI, A., “Síndicos e interventores...”, *op. cit.*, p. 44.

<sup>458</sup> *Ibidem*, pp. 47 y 48.

la culpa, factor subjetivo de atribución de responsabilidad, y el nexo causal o relación de causalidad (artículo 1319, CCU).

## **2.- Promoción por el deudor persona jurídica de recusación a los administradores concursales y recursos contra la resolución que admite la recusación**

La LCRE confiere a los sujetos legitimados para solicitar la declaración judicial de concurso (artículo. 6, LCRE), la posibilidad de promover la recusación del síndico o del interventor. En efecto, el deudor concursado posee legitimación activa para instar la recusación. En el caso de las personas jurídicas, se encuentra legitimado para promover el incidente de recusación, el órgano de administración y representación.

La LCRE dispone que son causales de recusación, aquellas *“circunstancias constitutivas de incompatibilidad o de prohibición, así como las establecidas por la ley procesal para la recusación de los peritos”*, y que la estructura procesal para tramitar la recusación será la establecida en el Código General del Proceso, la que *“no tendrá efecto suspensivo”* (artículo. 31, LCRE).

Las causales de *“incompatibilidad o de prohibición”* para ser designado síndico interventor, son las mencionadas en el artículo 28 de la LCRE.

En su numeral 1, dispone que no pueden ser síndicos o interventores, quienes no puedan ser administradores de sociedades comerciales. La Ley de Sociedades Comerciales N° 16.060, impide ser administrador de una sociedad comercial a quien carezca de capacidad para ejercer el comercio o lo tenga prohibido (artículo 80, LSCU). Son capaces de ejercer el comercio, quienes tengan *“capacidad legal para contratar”* (art. 1, CComU) y *“según las leyes comunes”* tengan *“la libre administración de sus bienes”* (art. 8,



CComU). El principio general es la capacidad (art. 1278, CCU). La incapacidad puede ser absoluta o relativa<sup>459</sup>.

Por su parte, tienen prohibido el ejercicio del comercio por incompatibilidad de estado “*los magistrados civiles y jueces en el territorio donde ejercen su autoridad y jurisdicción con título permanente*” (art. 27.3°, CComU)<sup>460</sup>. El artículo 29 del Código de Comercio uruguayo indica que tienen prohibido el ejercicio del comercio por “*incapacidad legal*”, “*los que se hallan en estado de interdicción*” y “*los quebrados que no hayan obtenido rehabilitación*” (art.29.1° y 29.2°). El primero de los supuestos no configura una prohibición sino una incapacidad (ya analizada) y el segundo fue derogado por el artículo 256 de la LCRE<sup>461</sup>.

Adicionalmente, la LCRE prohíbe que sean designados como síndico o interventor aquellas personas que hubieren prestado

---

<sup>459</sup> Son incapaces absolutos los menores impúberes, los dementes, los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito, ni mediante lenguaje de señas (art. 1279, CCU, en la redacción dada por el artículo 2 de la Ley N.º 17.535). Son incapaces relativos los menores púberes (art. 1280, CCU).

<sup>460</sup> El viejo Código de Comercio uruguayo, vigente desde el 1° de julio de 1.866, establece también la prohibición de ejercer el comercio por incompatibilidad de estado también a “*las corporaciones eclesiásticas*” y “*a los clérigos de cualquier orden, mientras vistan el traje clerical*” (art. 27.1° y 27.2° del CComU, respectivamente). Estas disposiciones provenientes del Código de Comercio español de 1.829 (art. 8), fueron derogadas tácitamente hace ya casi cien años, a partir de la aprobación de la Constitución de la República en el año 1.918 (plebiscitada el 25 de noviembre de 1.917), donde se produce la separación entre la Iglesia Católica Apostólica Romana y el Estado uruguayo (ver art. 5 de la Constitución uruguaya). Cfr. MEZZERA, R., “Curso de Derecho Comercial”, actualizado y ampliado por RIPPE, S., Tomo I, FCU, 1997, p. 120.

<sup>461</sup> Parecen expresar una posición diferente ROMANG, C y LÓPEZ, C., “Nombramiento”, en LÓPEZ, C. (Dir.), BADO, V., y ROMANG, C. (Coautoras), *Ley de Declaración Judicial del Concurso y Reorganización Empresarial. Análisis Exegético*, Tomo I, La Ley, Uruguay, Montevideo, 2012, p. 209 al manifestar que “*(...) quienes se hallan es estado de interdicción, actualmente deberíamos designarlos como concursados (art.29 CCom)*”.

“servicios profesionales al deudor o a personas especialmente relacionadas con éste en los últimos cinco años” (art. 28.2, LCRE).

Las “*personas especialmente relacionadas*” con el deudor, son las detalladas en el artículo 112 de la LCRE. El legislador optó por incluirlas en este numeral del artículo 28, a raíz de los especiales vínculos que mantienen con el deudor concursado.

El fundamento de esta prohibición legal radica en el hecho que los sujetos mencionados en la norma no estarían en condiciones de desempeñar las funciones del cargo con las garantías de imparcialidad y objetividad que se requieren <sup>462</sup>. Se busca evitar de esta manera, la existencia de un conflicto de intereses<sup>463</sup>.

Finalmente, tampoco podrán resultar designados síndico o interventor, aquellos sujetos que hubiesen sido nombrados en dos concursos durante el último año, solución que se eleva a la cantidad de diez, en el caso de “*sociedades de profesionales e instituciones gremiales de empresarios con personería jurídica*” (art. 28.3, LCRE)<sup>464</sup>. La norma aclara que las designaciones que se efectuaren respecto de sociedades integrantes de un mismo grupo, se computarán como si fuere un solo concurso.

Por otra parte, y tal como se indicó precedentemente, la estructura procesal para tramitar la recusación es la prevista en el Código General del Proceso.

En este sentido, el artículo 179 párrafo primero del Código General del Proceso establece que los peritos pueden ser recusados

---

<sup>462</sup> BACCHI, A., *op. cit.*, p. 22.

<sup>463</sup> ROMANG, C. y LÓPEZ, C., “Nombramiento”, *op. cit.*, p. 209.

<sup>464</sup> Respecto a las condiciones subjetivas para el nombramiento de síndicos e interventores, ver artículo 26 de la LCRE. A su vez, el artículo 27 de la Ley, regula lo referente al Registro de Síndicos e Interventores concursales que lleva la Suprema Corte de Justicia.

*“por las mismas causales que los jueces”*. Además, el artículo 325 del referido cuerpo normativo atribuye como causa de recusación a las circunstancias pasibles de *“afectar la imparcialidad del Juez por (...) afecto o enemistad en relación a las partes, sus abogados y procuradores”*, o *por haber emitido opinión “sobre la causa sometida a su decisión (prejuzgamiento)”*.

Doctrinariamente, se ha expresado que existe escasa concordancia entre las circunstancias aplicables al síndico o al interventor, de las mencionadas por la ley procesal para el Juez. Así, por el mero hecho que el síndico o el interventor emitan opinión sobre el concurso en el que han sido designados, ello no trae aparejado necesariamente su imparcialidad. Ni el síndico ni el interventor *“juzgan”*<sup>465</sup>, por lo que, en principio, mal podrían estar prejuizando. Además, con respecto al afecto o enemistad, hay concursos con profusas intervenciones de profesionales (abogados y procuradores), por lo que *“habría que acreditar para descalificarlo que esa sólo circunstancia esté afectando la imparcialidad de su labor”*<sup>466</sup>.

Por la remisión de la normativa concursal, el trámite procesal de la recusación será el procedimiento incidental. El artículo 179 párrafo tercero del Código General del Proceso dispone que, si la causal de recusación no fuere *“aceptada por el perito, se procederá por el trámite de los incidentes y la resolución que recaiga será*

---

<sup>465</sup> De acuerdo a lo expresado por la Suprema Corte de Justicia el Síndico concursal *“es un auxiliar de la jurisdicción, que actúa por encargo del tribunal, realizando actuaciones que corresponderían al propio órgano jurisdiccional y que si bien en algunos casos actúa (por sustitución) ocupando el lugar de parte procesal, su actuación en esos casos no se limita únicamente a representar y cuidar los intereses de la masa de acreedores”*. Suprema Corte de Justicia. Sentencia N.º 2492/2012, de fecha 17 de octubre de 2012, ver en <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=30929>. En la verificación de créditos donde se aceptan o rechazan los mismos, y se reconoce la calidad o categoría y cuantía, la actuación del síndico o interventor, podría quedar comprendida en la acción de juzgar, y ser consideradas *“actuaciones que corresponderían al propio órgano jurisdiccional”* al decir de la Corte.

<sup>466</sup> MARTÍNEZ BLANCO, C., *op. cit.*, p. 219.

*irrecurable*”. En particular, el procedimiento que ha de seguirse, es el previsto en el artículo 321 del Código General del Proceso <sup>467</sup>, trámite que - como se expresó - no suspende el procedimiento concursal.

Adviértase, que el artículo 179 párrafo tercero, parcialmente transcrito precedentemente, prevé la imposibilidad de recurrir la resolución (sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva) que recaiga en el trámite incidental. Sin embargo, la LCRE habilita al deudor a interponer recursos de reposición y de apelación en subsidio (éste último, con efecto no suspensivo), contra la resolución judicial que se pronuncie sobre el incidente de recusación (art. 252 párrafo primero y 252.1, LCRE). La contradicción existente entre las dos normas puede resolverse con simpleza mediante la aplicación del principio de especialidad. En base a dicho principio, es posible sostener con certidumbre, la preeminencia de la LCRE por sobre la legislación procesal general.

### **3.- Promoción por el deudor persona jurídica de la separación de los administradores concursales y auxiliares delegados y recursos contra la resolución por la que se acuerda o rechaza la separación**

Tanto el síndico como el interventor, podrán resultar separados del cargo de oficio o a solicitud de los sujetos legitimados para promover la declaración judicial de concurso (entre ellos, se encuentra

---

<sup>467</sup> Artículo 321 del Código General del Proceso: “*Incidente fuera de audiencia.*  
321.1 *La demanda incidental se planteará por escrito, dándose un traslado por seis días que se notificará a domicilio.*  
321.2 *Tanto con la demanda como con la contestación, si se tratare de una cuestión que requiera prueba, las partes la acompañarán conforme con lo dispuesto por el artículo 118. Contestado el traslado o vencido el término, el tribunal ordenará el diligenciamiento de la prueba si correspondiere y convocará a audiencia, la que se desarrollará de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1) y 4) del artículo 346, en lo pertinente. Podrá prescindirse de la audiencia cuando se tratare de asuntos de puro derecho. La incomparecencia de las partes a la audiencia determinará la aplicación del artículo 340.*”

el deudor; art. 6.1, LCRE), siempre que mediare “*justa causa*” (art. 36, LCRE).

Al igual que otros conceptos de la LCRE, el de “*justa causa*”, es un concepto jurídico indeterminado, cuya vaguedad dificulta enormemente la tarea del intérprete. Además, la Ley no prevé una nómina de causas que permitan solicitar el cese del síndico o del interventor.

Por otra parte, el artículo 179 de la LCRE preceptúa que habiendo transcurrido dos años desde la apertura de fase de liquidación de la masa activa sin que la misma hubiera culminado, “*cualquier interesado podrá solicitar al Juez del concurso la separación del síndico y el nombramiento de uno nuevo*”. Y en caso de no mediar “*justa causa para la dilación*” (prolongación indebida), el Juez “*decretará la separación y el nombramiento de nuevo síndico*”. El síndico separado de su cargo, pierde el derecho a percibir remuneraciones ya devengadas, debiendo reintegrar a la masa lo que hubiera percibido<sup>468</sup>.

Este supuesto, configura una causa típica de separación. Ahora bien, el trámite procesal dispuesto por la LCRE parece ser más acotado y más sencillo que el previsto para la recusación. La norma objeto de análisis determina que “*el Juez, previa audiencia del síndico y de la Comisión de Acreedores, decretará la separación*” (art. 179 párrafo segundo, LCRE). Incluso, el trámite podrá reducirse aún más, en caso que en el procedimiento concursal no se haya designado una Comisión de Acreedores<sup>469</sup>.

---

<sup>468</sup> Adviértase, que esta causal de separación del cargo sólo opera con relación al síndico, no resultando aplicable al interventor, pues la misma está regulada para la *fase de liquidación*.

<sup>469</sup> El artículo 50 de la LCRE, requiere determinada mayoría del pasivo quirografario con derecho a votos que “*podrán*” designar un administrador concursal, o que igual mayoría, “*tendrá la facultad de designar una Comisión de Acreedores que controle*

Cabe consignar que la resolución que resuelve la separación prevista en el artículo 36 de la Ley concursal uruguaya, no admite recurso de apelación a diferencia de la resolución judicial que se pronuncia sobre el incidente de recusación (art. 252, LCRE). Pese a ello, en el único caso relevado relacionado con la separación de un administrador concursal, el tribunal de alzada en materia concursal admitió el recurso de apelación<sup>470</sup>.

---

*el desarrollo de los procedimientos y colabore en la búsqueda de soluciones a la situación de insolvencia del deudor”.*

<sup>470</sup> El artículo 50 de la LCRE habilita a “(...) acreedores quirografarios con derecho de voto, que representen por lo menos la mayoría del pasivo quirografario con derecho de voto”, en cualquier estado de los procedimientos (pese al texto legal, es sólo partir de aprobada la lista de acreedores, ya que antes de ello es imposible determinar el pasivo quirografario con derecho de voto), “(...) a nominar un administrador del patrimonio y del giro del deudor durante el concurso”. El segundo párrafo del precepto expresa: “En este caso, el administrador designado por los acreedores sustituirá al síndico o al deudor, según los casos, en la función de conservación o administración del patrimonio y del giro del deudor”. En un concurso, se nominó por parte de acreedores quirografarios a un administrador. Se entendió en primera instancia que dicho administrador sustituía completamente al concursal, debiéndose proceder a la separación de éste. Se interpusieron recursos de reposición y apelación por parte del administrador concursal cesado, y el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Segundo Turno admitió la procedencia del recurso de apelación en los siguientes términos: “En tal sentido con relación a si la sentencia interlocutoria objeto de impugnación es o no susceptible del recurso de apelación la Sala, sin perjuicio de reconocer lo opinable de su posición, se inclina por admitir la misma. En efecto, si bien la hipótesis de autos no se encuentra prevista a texto expreso en el art. 252 de la Ley No. 18.387, una interpretación lógico sistemática del mencionado cuerpo normativo nos lleva a admitir el recurso de apelación que motiva la alzada. En ese orden debemos tener presente que la ley objeto de estudio prevé la apelabilidad de la recusación del síndico en su art. 31 y 252 inc. 1. Por consiguiente, si se le concede al Síndico la posibilidad de apelar la decisión referente a la recusación de su nombramiento, con mayor razón debe concederse al mismo, la oportunidad de defenderse cuando se ha dispuesto su remoción”. Sobre el fondo del asunto, el TAC en la sentencia parcialmente transcrita manifestó: “De todo lo expuesto parece claro que la designación del administrador concursal a que se refiere el art 50 de la LCU, no supone el cese del Síndico ni, mucho menos, del interventor”. Sentencia de 17/06/2015, en IUE 25-4/2015.

No toda causal de recusación del síndico o del interventor podrá estar comprendida dentro del concepto de “*justa causa*”, pues, de otro modo, la posibilidad de recusación quedaría vacía de contenido ya que el procedimiento previsto para la separación de los administradores concursales es más sumario que la vía procesal incidental. En el afán de la conservación de ambas disposiciones normativas (arts. 31 y 36, LCRE), se ha entendido que “*debe acudirse a una interpretación sistemática del concepto de justa causa*”<sup>471</sup>. Si el síndico o el interventor no cumplen con sus funciones en forma cabal, con el único eximente de la fuerza mayor inexcusable, se configurará la *justa causa* y el juez podrá disponer entonces, la separación de los administradores concursales.

También, el artículo 33 de la LCRE impide al síndico o al interventor adquirir “*bienes y derechos que integren la masa activa del concurso*”. Dispone que si lo hicieran “*quedarán inhabilitados (...) y deberán reintegrar a la masa, sin contraprestación alguna, el bien o derecho que hubieran adquirido*”. En nuestra opinión, la consecuencia expresamente prevista por la norma citada (la *inhabilitación*), genera automáticamente el cese del síndico o del interventor. Comprobados los presupuestos de la norma, el juez debe separar de la función al síndico o al interventor, debiendo proceder a un nuevo nombramiento (art. 37, LCRE).

#### **4.- Actuación del deudor persona jurídica en relación con la retribución de los administradores concursales**

La LCRE confiere al síndico o al interventor, así como a los sujetos legitimados para promover la declaración judicial de concurso, la posibilidad de recurrir la decisión judicial que fija la retribución del administrador concursal. En el caso del deudor persona jurídica, la legitimación para la vía recursiva, le corresponde al órgano de administración y representación.

---

<sup>471</sup>ROMANG, C. y LÓPEZ, C., “Estatuto Jurídico”, *op. cit.*, p. 245.

El artículo 34 de la LCRE, expresa que *“los síndicos e interventores tendrán derecho a ser retribuidos con cargo a la masa”*<sup>472</sup>, delegando en *“la reglamentación”*, la aprobación del arancel aplicable a la actividad que desarrollen en el marco del procedimiento concursal y sus incidencias, determinando su monto en *“la cuantía del activo (...) la complejidad del concurso (...) la duración de sus funciones...”* y el *“resultado de su gestión”*<sup>473</sup>.

En cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 34 de la LCRE, y en procura de *“establecer un justo equilibrio entre los diferentes intereses en juego, de modo que la retribución que perciban los síndicos e interventores concursales no resulte desproporcionada respecto a la dificultad de las tareas que realizan, de la complejidad del asunto y de la duración de los procedimientos”*, con fecha 23 de abril de 2009, el Poder Ejecutivo dictó el Decreto 180/009, reglamentario de la LCRE en lo que respecta a la fijación y percepción de las retribuciones del síndico y del interventor. Se establece la retribución de los administradores concursales sobre la base del valor de la masa activa, se distingue si el administrador concursal cumple la función de síndico o de interventor, separa la remuneración distinguiendo dos etapas del concurso (convenio y liquidación) y regula los supuestos en que la retribución puede aumentarse o disminuirse<sup>474</sup>

---

<sup>472</sup> Las retribuciones del Síndico y del interventor, son *“créditos contra la masa”*, en tanto se trata de créditos prededucibles, que se abonan a medida que venzan, fuera del procedimiento concursal (arts. 91.2 y 92, LCRE).

<sup>473</sup> En cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 34 de la LCRE, y en procura de *“establecer un justo equilibrio entre los diferentes intereses en juego, de modo que la retribución que perciban los síndicos e interventores concursales no resulte desproporcionada respecto a la dificultad de las tareas que realizan, de la complejidad del asunto y de la duración de los procedimientos”*, con fecha 23 de abril de 2009, el Poder Ejecutivo dictó el Decreto 180/009, reglamentario de la LCRE en lo que respecta a la fijación y percepción de las retribuciones del síndico y del interventor.

<sup>474</sup> El Decreto 180/009 indica asimismo en su artículo 6, que por cada caso que implique una mayor complejidad del concurso, la retribución se aumentará hasta en



La LCRE dispone que resolución judicial que determine la cuantía de la retribución del síndico o del interventor, “*podrá ser recurrida*”. Quienes impugnen, deberán “*expresar la suma que consideran que corresponde pagar*” (art. 34, LCRE).

Finalmente, se prevé que “*el recurso tendrá efecto suspensivo respecto del importe por el que exista controversia*” (art. 34 *in fine*, LCRE). Llamativamente - tal vez por olvido o inadvertencia del legislador - la resolución sólo será pasible del recurso de reposición, al igual que “*todas las resoluciones judiciales recaídas en el procedimiento concursal y en cualquiera de sus incidentes...*” (artículo 252 párrafo primero, LCRE). A tal conclusión es posible arribar en virtud que el artículo 252 párrafo segundo numerales 1 y 2 de la LCRE, prevé una lista cerrada (taxativa) de resoluciones apelables, no mencionando aquella que se pronuncia respecto a la determinación de la retribución del síndico o del interventor.

### **5.- Actuación del deudor persona jurídica en relación con la rendición de cuentas de los administradores concursales**

En el marco del procedimiento concursal, tanto el síndico como el interventor, tienen a su cargo funciones atribuidas legalmente con relación a bienes y derechos que no le son propios, en virtud de lo cual

---

un 5 por ciento. Los supuestos son variados: “*(...) discrepancia mayor al 25 por ciento entre el valor de los bienes y derechos que figuren en el inventario presentado por el deudor y el definitivamente aprobado, o entre el importe del pasivo que resulte de la relación de acreedores presentada por el deudor y la definitivamente aprobada; encontrarse en el exterior más de una cuarta parte de los bienes y derechos que figuren en el inventario presentado por el deudor, siempre que valor total de los mismos sea superior a un monto establecido; más de 500 acreedores concursales; más de 250 trabajadores empleados por el concursado a la fecha de declaración del concurso; más de diez “establecimientos, explotaciones o cualesquiera otras unidades productivas del deudor” o, si por lo menos tres de ellos se encuentra “radicados fuera de la sede judicial del concurso”; y, cuando “el deudor hubiera emitido valores de oferta pública, que tengan o hubieran tenido cotización bursátil*”.

la LCRE les impone en determinadas oportunidades rendir cuentas. Este instrumento es de utilidad para controlar y evaluar la gestión de los síndicos e interventores concursales y tiene por finalidad que cualquier interesado pueda tener una visión global y específica de su actuación.

Evidentemente, en caso que el síndico o el interventor no rindan cuentas cuando la LCRE o el Juez del concurso así lo exijan, o que, aun rindiendo cuentas, de las mismas surja determinada información que permita inferir una actuación desviada, esta rendición de cuentas o no rendición podrán constituir elementos probatorios para el ejercicio de eventuales acciones de responsabilidad<sup>475</sup>.

En este sentido, la LCRE regula por separado la rendición de cuentas respecto del síndico, de aquélla relativa al interventor. Parece ser razonable la opción del legislador en la medida que, el síndico, por desplazar al deudor concursado en lo referente al ejercicio de facultades patrimoniales (actos de administración y disposición respecto de bienes y derechos que conforman la masa activa del concurso), debería estar sujeto a un control más intenso que el interventor (quien no desplaza de la administración de la masa activa al deudor concursado)<sup>476</sup>.

La LCRE preceptúa que el síndico deberá rendir cuentas de su gestión cuando lo solicite la Comisión de Acreedores (art. 38.1), en oportunidad de promoverse la suspensión o la conclusión del concurso (art. 38.2)<sup>477</sup>, o en caso de cese (con anterioridad a la conclusión del

---

<sup>475</sup> Cfr., ROMANG, C. y BADO, V., “Rendición de cuentas”, en LÓPEZ, C. (Dir.), BADO, V., y ROMANG, C. (Coautoras), *Ley de Declaración Judicial del Concurso y Reorganización Empresarial. Análisis Exegético*, Tomo I, La Ley, Uruguay, Montevideo, 2012, p. 247. Las autoras afirman, adicionalmente (p. 247): se trata de “*un deber indisponible e indelegable pues, no obstante el auxilio de terceros, la rendición de cuentas es un acto de exclusiva responsabilidad del síndico*”.

<sup>476</sup> Aún cuando no sea una transcripción textual, la LCRE abreva en lo relativo a la rendición de cuentas en la APLC de 1995, arts. 44 y 45.

concurso) a requerimiento del nuevo síndico o de la Comisión de Acreedores (art. 38.3)<sup>478</sup>.

Cuando la rendición de cuentas es a solicitud de la comisión de acreedores, la Ley de concursos uruguayo no dispone un procedimiento específico, por lo que, de acuerdo a lo regulado por el artículo 250 de dicha Ley, corresponde aplicar el procedimiento de los incidentes previsto en el Código General del Proceso.

Adicionalmente, entendemos que la referencia a la posibilidad de solicitar la rendición de cuentas por parte de la Comisión de Acreedores en caso de cese del síndico, pese a su mala técnica legislativa, no sería reiterativa de la prevista en el artículo 38.1 de la LCRE, en la medida que en el supuesto de cese del síndico, la ley concursal otorga un plazo para la solicitud<sup>479</sup>.

A diferencia de lo previsto para la rendición de cuentas por parte del síndico, el interventor debe rendir cuentas de su gestión toda vez que “*lo acuerde el Juez del concurso a solicitud de la Comisión de Acreedores*” (art. 39, LCRE).

En consecuencia, en la medida que la Comisión de Acreedores no es un órgano de naturaleza preceptiva (art. 130, LCRE), puede ocurrir que al interventor no le sea requerida rendición de cuentas alguna.

Se advierte que, si bien el interventor (al igual que el síndico) puede ser cesado en el cargo, la LCRE no le ha impuesto en tal caso, la obligación de rendir cuentas. Sin embargo, se ha entendido que

---

<sup>477</sup> Ver también arts. 208 y 212 LCRE.

<sup>478</sup> En este último caso, la LCRE indica que tanto el nuevo síndico como la Comisión de Acreedores, dispondrán del plazo de un mes a contar desde la fecha en que el síndico hubiera cesado, para requerirle la rendición de cuentas.

<sup>479</sup> En contra, ROMANG, C. y BADO, V, “Rendición de cuentas”, *op. cit.*, p. 248.

nada impediría al Juez del concurso requerir al interventor cesado que rinda cuentas, “*instado por el nuevo interventor o por la Comisión de Acreedores*”<sup>480</sup>, en caso que ésta se haya conformado.

Las cuentas que presentaren el síndico o el interventor, deberán ir acompañadas de “*documentación respaldante*” y “*quedarán de manifiesto en el Juzgado por el plazo de quince días*”, plazo dentro del cual “*el deudor, la Comisión de Acreedores y los demás interesados que hubieran comparecido en el procedimiento podrán formular observaciones*” (art. 40, LCRE).

Podemos apreciar, entonces, que el deudor persona jurídica, por intermedio del órgano de administración y representación, tiene - entre otros legitimados - la facultad de oponerse a la rendición de cuentas formulada por el síndico o por el interventor, realizando las observaciones que estime puedan corresponder.

El Juez deberá resolver con relación a las observaciones presentadas por el deudor concursado, y la resolución “*que recaiga en este procedimiento podrá ser recurrida con efecto suspensivo*” (art. 40 párrafo tercero LCRE).

La sentencia que resuelva las observaciones formuladas a las cuentas rendidas por el síndico o el interventor, admiten recurso de reposición y apelación, este último, en subsidio de aquél (art. 250.2, LCRE).

En lo que refiere a la estructura procesal a través de la cual se deberá sustanciar el procedimiento que se inicie a partir de la formulación de observaciones a la rendición por parte del deudor, no se prevé un proceso especial, en virtud de lo cual, debería tramitarse por la vía del incidente fuera de audiencia, regulado en el Código General del Proceso (art. 250, LCRE)<sup>481</sup>.

---

<sup>480</sup>*Ibidem*, p. 249.

## **B.- Cumplimiento de deberes**

### **a.- Solicitud de declaración de concurso**

Dentro de las competencias del órgano de administración de la persona jurídica concursada en lo relativo al cumplimiento de deberes, debemos referir en primer término, al deber de promover la declaración judicial de concurso. Evidentemente, el cumplimiento de este deber ocurre con anterioridad al procedimiento concursal, sin perjuicio de lo cual, su inobservancia podrá traer aparejado severas consecuencias para la persona jurídica, así como para los integrantes de sus órganos.

La LCRE establece como una “obligación”<sup>482</sup> del deudor, la de promover la declaración judicial de “*su propio concurso dentro de los treinta días siguientes a que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia*” (art. 10, LCRE), recayendo la referida “obligación”, en el caso de las personas jurídicas, “*(...) en cada uno de sus administradores, liquidadores o integrantes del órgano de control interno*”.

Cabe recordar que la LCRE concede la facultad de resolver la solicitud de concurso de la persona jurídica a su órgano de administración. Sin embargo, la obligación prevista en el artículo 10

---

<sup>481</sup> Cfr., ROMANG, C. y BADO, V, “Rendición de cuentas”, *op. cit.*, pp. 250 y 251. Las autoras, en página 251, aseveran: “*no nos parece viable sostener que, presentados los reparos, el juez, inmediatamente, deba dictar sentencia rechazando o aprobando las cuentas. Antes bien, entendemos que el juez debe conferir traslado al síndico o al interventor para que, en el plazo de seis días, formule los descargos correspondientes, acompañando la probanza de que disponga*”.

<sup>482</sup> Ya hemos señalado precedentemente, que en puridad, no estamos en presencia de una obligación, en la medida que ningún otro sujeto puede exigirle o reclamarle su cumplimiento o realización.

de la LCRE, recae sobre los administradores, liquidadores o los miembros del órgano de control interno<sup>483</sup>.

Más allá de lo expresado, interesa analizar en esta oportunidad, lo relativo a las consecuencias de la presentación extemporánea (luego de transcurrido el plazo de treinta días desde que se conoció o debió conocer el estado de insolvencia) o de la falta de presentación de la solicitud de declaración judicial de concurso, lo que conlleva una serie de desincentivos para el deudor.

En primer lugar, sólo se designará un interventor en caso de concurso voluntario, en la medida que el activo sea suficiente para satisfacer el pasivo. En los demás casos (concurso voluntario con pasivo superior al activo y concurso necesario), el juez designará un síndico, con las consecuencias ya explicitadas a lo largo del presente trabajo.

Por otra parte, la omisión del deudor en el cumplimiento del deber de solicitar su propio concurso temporáneamente, configura la presunción relativa de culpabilidad, prevista en el artículo 194.1 de la LCRE.

Es preciso recordar que la sentencia de calificación que declare el concurso como culpable en el caso de las personas jurídicas, puede acarrear consecuencias infaustas tanto para la entidad, como para los integrantes de sus órganos. Así, de acuerdo a lo previsto en el artículo 201 de la LCRE, podrá disponer la inhabilitación del deudor o de los administradores o liquidadores e integrantes del órgano de control interno de la persona jurídica deudora para administrar bienes propios

---

<sup>483</sup> Tanto los administradores, los liquidadores, así como los miembros del órgano de control interno, se encuentran legitimados para promover el concurso (necesario) de la persona jurídica (art. 6.3, LCRE). Por ello, entendimos oportunamente, que la legislación concursal no debió establecer una “obligación” de los miembros de los mencionados órganos, sino la responsabilidad de los mismos, por no promover la adopción de decisiones de la persona jurídica.

o ajenos, o inclusive, la condena a los mismos o a alguno de ellos, a cubrir el déficit patrimonial.

Doctrinariamente se ha afirmado la viabilidad de promover un “*concurso en el concurso*”, lo que no tiene una solución expresa en la LCRE. Específicamente, se trata del siguiente supuesto: en el marco de un procedimiento concursal, se aprueba una propuesta de convenio que resulta aprobada y, durante la vigencia del convenio el deudor concursado, “*pese a honrar en tiempo y forma las obligaciones emergentes*” del mismo, “*se enfrenta a la imposibilidad de cancelar temporalmente los pasivos postconcursoales derivados de la continuación de su actividad luego de la declaración de concurso, suscitándose así una situación de insolvencia*”<sup>484</sup>, y en consecuencia, con el deber de solicitar su propio concurso.

Esta postura tiene se fundamenta en el hecho que la LCRE no considera, para la promoción de un concurso, restricción alguna basada en la existencia de un convenio aprobado y vigente que emerja de un proceso concursal en trámite. Tampoco prevé excepciones con respecto a la obligación del deudor de promover el concurso dentro del plazo previsto en el artículo 10 de la LCRE. Se ha considerado que la imposibilidad del deudor de cumplir con las obligaciones que hubiere contraído, en la medida que la referida “*imposibilidad no afecte en ese momento a los pasivos que emergen del convenio vigente*”, trae aparejado el deber del deudor de “*solicitar su propio concurso en los términos de la LCRE*”, siempre que se configuren los presupuestos para la declaración judicial de concurso, “*a la vez que habilita a los legitimados del artículo 6 a hacer lo propio*”<sup>485</sup>. Es más, esta posición podría además argumentar, que la LCRE basada en general, y este punto en particular en la Propuesta de Anteproyecto de Ley concursal de 1.995 (art. 6, PALC), no prevé – a diferencia de la

---

<sup>484</sup> CHALAR, L. y GRAZIOLI, L., “Concurso en el concurso. Nueva insolvencia del deudor con convenio vigente”, en *Panorama de Derecho concursal - Estudios sobre la Ley N° 18.387*, Olivera, R., (Dir.), F.C.U., 1ª Ed., Mdeo., 2015, p. 137.

<sup>485</sup> *Ibidem*, p. 139.

Ley concursal – el deber concreto y específico del concursado de pedir la apertura de la fase de liquidación, al comprobar la imposibilidad de cumplir con las obligaciones contraídas en el propio convenio y las asumidas durante su ejecución (*vid:* art. 143.3, LC; art. 182, PALC; 168.1, LCRE).

La posición a favor del *concurso en el concurso* tuvo acogida jurisprudencial en las dos oportunidades que fuera promovida<sup>486</sup>.

No compartimos la postura reseñada precedentemente. El haberse aprobado una propuesta de convenio no implica que el deudor concursado salga del *estado de insolvencia*. Sólo saldrá de dicho estado cuando concluya el concurso, y sólo concluye el concurso por sentencia firme declarativa de conclusión, al haberse cumplido

---

<sup>486</sup> El primer caso se produjo respecto de una asociación civil prestadora de servicios en el área de la salud. Antes de la sanción de la LCRE, el régimen concursal distinguía a los comerciantes de aquellos que no lo eran. Las asociaciones civiles se regían por el denominado concurso civil, regulado por el Código General del Proceso (actualmente, el CGP en materia concursal, solo se aplica para concursos de personas físicas que no realizan actividad empresarial). Durante el concurso civil (Concurso del *Hospital Italiano Humberto [o Umberto] Primero*, expediente 41-122/2002), ante el incumplimiento de un convenio aprobado, la concursada, a través de interventores administrativos solicitó un nuevo concurso. Se decretó el nuevo concurso, esta vez, bajo el régimen de la LCRE (IUE 2-42747/2010). Ver ambos en [www.expedientes.poderjudicial.gub.uy](http://www.expedientes.poderjudicial.gub.uy). El segundo caso, se trata de una sociedad anónima que gira en el ramo de la producción y comercialización de tableros de madera. Estando en concurso (IUE 2-101399/2011), y ante la imposibilidad de cumplir con obligaciones tanto contra la masa como las derivadas de un convenio aprobado, promueve, con éxito, la declaración de un nuevo concurso. Luego, presenta un nuevo convenio con adhesiones y acuerdo con acreedores, tanto quirografarios como laborales y con privilegio especial (bancos titulares de prendas e hipotecas), ofreciendo entregar más del 95 por ciento de sus bienes a un tercero, quien los adquiere a cambio de un precio, el que se entrega a un agente pagador para abonar tanto a privilegiados (incluidos laborales) y quirografarios según porcentaje acordado. El convenio se homologó judicialmente y la transmisión la realizó la propia concursada. Ver en [www.expedientes.poderjudicial.gub.uy](http://www.expedientes.poderjudicial.gub.uy), IUE 2-101399/2011; en particular, Decretos 1630/2011, de 15/09/2011, 788/2012, de 30/04/2012, 1715/2014, de 18/08/2014, 2086/2014, de 17/09/2014 y 598/2015, de 16/04/2015.



íntegramente el convenio, logrado la íntegra satisfacción de los acreedores o transcurridos diez años desde la suspensión del concurso, en los términos establecidos por la Ley (arts. 211 a 213, LCRE).

Por consiguiente, mientras no esté concluido el concurso, el concursado se encuentra en estado de insolvencia y mal puede solicitar un nuevo concurso para dar cumplimiento al deber de pedir su propio concurso. No se produce un nuevo estado de insolvencia, ni cuando no es posible dar cumplimiento a las obligaciones generadas por créditos contra la masa, ni cuando el concursado incumple obligaciones asumidas por el convenio aprobado. Simplemente el concursado continúa en estado de insolvencia.

A este argumento principal, cabe agregar algún fundamento adicional. En efecto, la LCRE permite al deudor concursado, presentar una o varias propuestas de convenio con anterioridad a la celebración de la Junta de Acreedores. La o las propuestas de convenio, deberán ir acompañadas de un plan de continuación o de liquidación. Se dispone, a su vez, que *“el plan de continuación deberá contener un cuadro de financiamiento, en el que se describirán los recursos necesarios para la continuación total o parcial de la actividad profesional o empresarial del deudor durante el período de cumplimiento del convenio, así como sus diferentes orígenes”* y que el referido *“plan deberá incluir una fórmula de pago a los acreedores con privilegio especial”* (art. 138, LCRE).

Adicionalmente, la LCRE requiere al síndico o al interventor, *“emitir un informe especial respecto de la viabilidad del plan de continuación o de liquidación”*, el que quedará de manifiesto en el Juzgado a disposición de los acreedores (art. 142, LCRE).

Sin duda alguna, la presentación del plan de continuación formulado por el deudor y acompañado con el cuadro de financiamiento, supone ineludiblemente la continuación de la actividad del deudor concursado y ello, a su vez, trae aparejado el nacimiento de créditos contra la masa (arts. 91 y 92, LCRE). Parece

razonable, o más bien, obvio, que el plan de continuación y cuadro de financiamiento que presente el deudor concursado, deberán contemplar el pago de los créditos post concursales, es decir, aquellos nacidos con posterioridad a la declaración judicial del concurso, los que deben abonarse en moneda entera, a medida que venzan, por fuera del procedimiento concursal. De otra manera, la propuesta de convenio resultará inviable y el Juez deberá proceder a la declaración de la apertura de la liquidación de la masa activa (art. 168.2, LCRE).

Supóngase, sin embargo, que el plan de continuación presentado por el deudor concursado acompañado del cuadro de financiamiento, prevea el devengamiento de créditos contra la masa, que se apruebe la propuesta de convenio y que, por un cambio sustancial de las circunstancias en las que se aprobó la propuesta de convenio, emerjan créditos contra la masa que no pudieron ser previstos por el deudor concursado. La consecuencia ineludible es el incumplimiento, ya sea de las obligaciones asumidas después de la declaración de concurso, de las obligaciones emergentes del convenio, o de ambas clases de obligaciones. De acuerdo al artículo 92 de la LCRE, los créditos contra la masa se pagarán “(...) a medida que venzan, fuera del procedimiento de concurso” y “(...) con cargo a los bienes de la masa que no estén gravados con prenda o hipoteca”. El incumplimiento del convenio, por su parte, produce la liquidación de la masa activa (art. 168.4, LCRE).

Más aún, quienes admiten la posibilidad de presentar un *concurso en el concurso*, consideran que “*el nuevo proceso concursal debe abarcar tanto a las obligaciones resultantes del primer convenio (cuyo efecto novatorio establece el artículo 159 de la LCRE) como a las posteriores (créditos postconcursoales)*” y lo que es más gravoso, que “*en ausencia de una norma que determine un privilegio para una u otra categoría de acreedores, ambas deben ser satisfechas con el mismo patrimonio...*”<sup>487</sup>. Esta interpretación, necesariamente trae como consecuencia que los créditos otrora contra la masa, pasarían a

---

<sup>487</sup>*Ibidem*, p. 141.

ser concursales y que, en caso de aprobarse una nueva propuesta de convenio, todos los créditos (los concursales del primer concurso y los contra la masa del segundo concurso), pasarían a formar parte de la misma categoría, con lo cual se resquebrajaría el tratamiento especial que confiere la LCRE a los créditos nacidos luego de la declaración del concurso<sup>488</sup>.

En conclusión, más allá de la aceptación por los Tribunales, la no desaparición del estado de insolvencia durante el concurso, impide que, hasta la conclusión del mismo, el deudor concursado promueva la declaración de un nuevo concurso. El deber de pedir su propio concurso previsto en el artículo 10 de la LCRE, no se aplica entonces, ya sea cuando en un concurso no es posible honrar obligaciones derivadas de créditos contra la masa o de un convenio aprobado, por mantenerse el estado de insolvencia durante todo el procedimiento concursal.

### **b. Colaboración con el concurso**

Dentro de los efectos de la declaración judicial del concurso, la LCRE impone al deudor concursado el deber de cooperación e información en interés del concurso, respecto al síndico, al interventor y al juez. El artículo 53 del citado cuerpo de normas determina que el deudor, así como “*los administradores y liquidadores de la persona jurídica*” y “*los que hubieran revestido esta calidad en los dos años anteriores a la declaración judicial de concurso*”, están alcanzados por el deber de colaboración e información.

---

<sup>488</sup> Otra cuestión que podría suscitarse es la relativa a la retribución del síndico o del interventor, en el sentido que, si los créditos que eran contra la masa en el primer concurso, ahora son concursales por la declaración del segundo, no sería descabellado - en esa línea de pensamiento - entender que la retribución de la sindicatura o la intervención generada en el primer concurso, podría también considerarse como crédito concursal.

En consecuencia, el deudor o los administradores o liquidadores de la persona jurídica, deberán comparecer ante el juez del concurso cuando éste lo solicite, a los efectos de cooperar y facilitar toda la información que les fuere requerida para el interés del procedimiento concursal. Este deber se encuentra plenamente justificado, en la medida que el deudor (persona física o jurídica), es el que se encuentra en mejores condiciones para conocer la situación que produjo el estado de insolvencia. La colaboración e información que pueda aportar el deudor concursado, facilitará también las tareas del síndico y del interventor con relación a la elaboración de los informes que la LCRE les atribuye<sup>489</sup>.

Entonces, el deudor persona física, así como los administradores o liquidadores de la persona jurídica concursada, deberán “*colaborar, asistir, auxiliar, ayudar*” al síndico, al interventor y al Juez en todo lo que consideren necesario o conveniente para el interés del concurso<sup>490</sup>.

La falta de colaboración puede tener consecuencias tanto penales como civiles. Penales, en tanto la conducta del deudor encuadre dentro de alguna figura delictiva previstas en la propia Ley concursal uruguaya (art. 248, LCRE, *v.gr.*: exagerar u ocultar activo o pasivo, sustraer o esconder los libros sociales) o en las leyes penales en general. Civiles, por aplicación del régimen general de responsabilidad extracontractual contra el concursado, y si éste fuese persona jurídica, contra los integrantes – según corresponda - de sus órganos de administración, representación y control (acciones sociales

---

<sup>489</sup> LÓPEZ, C., BADO, V. y ROMANG, C., “Efectos sobre el deudor”, en LÓPEZ, C. (Dir.), BADO, V. y ROMANG, C. (Coautoras), *Ley de Declaración Judicial del Concurso y Reorganización Empresarial. Análisis Exegético*, Tomo I, La Ley, Uruguay, Montevideo, 2012, p. 318.

<sup>490</sup> GRAZIOLI, L., “Deber de cooperación e información de directores y administradores cuando el concurso provoca su sustitución”, en *Panorama de Derecho concursal - Estudios sobre la Ley N° 18.387*, Olivera, R. (Dir.), F.C.U., 1ª Ed., Mdeo., 2015, p. 49. Para esta autora, este deber consiste en colaborar en la búsqueda de soluciones al estado de insolvencia, procurando la satisfacción del mayor número de acreedores posible.

e individuales), así como por aplicación de las consecuencias derivadas de la calificación de culpabilidad del concurso. Todo, sin perjuicio de la eventual aplicación de medidas cautelares, en caso de deudor persona jurídica, contra actuales o anteriores integrantes de órganos de administración, liquidación o control (arts. 24 y 25, LCRE).

El artículo 192 de la LCRE, expresa que el concurso se calificará “(...) *como culpable cuando en la producción o en la agravación de la insolvencia hubiera existido dolo o culpa grave del deudor o, en caso de personas jurídicas, de sus administradores o de sus liquidadores, de hecho o de derecho*”.

La disposición normativa parcialmente transcrita tiene por finalidad, en el caso de las personas jurídicas, analizar la conducta desplegada por quienes han sido administradores de hecho o de derecho de la concursada. En otras palabras, la Ley concursal pretende determinar la incidencia de los integrantes (de hecho o de derecho) del órgano de administración de la persona jurídica para producir o agravar el estado de insolvencia que derivó en su concurso, atendiendo a la relación de causalidad existente entre la conducta del concursado o, en el caso de las personas jurídicas, de los miembros del órgano de administración, y el estado de insolvencia.

Para la calificación del concurso como culpable, el artículo 192 de la LCRE requiere como factor de atribución, la actuación con “*dolo o culpa grave*” de los administradores de hecho o de derecho de la concursada a la hora de producir o agravar su estado de insolvencia.

Adicionalmente, el artículo 194.2 de la Ley concursal uruguaya, presume la existencia de culpa grave del deudor (presunción relativa que admite prueba en contrario), “(...) *cuando el deudor hubiera incumplido el deber de cooperación con los órganos concursales, no les hubiera facilitado la información necesaria o conveniente para el interés del concurso o no hubiera asistido a la Junta de Acreedores*”.

Por consiguiente, para que el incumplimiento del deber de colaboración implique la calificación de un concurso como culpable se debe acreditar la falta de cooperación del deudor (y en caso de ser persona jurídica, la de sus administradores, de hecho o de derecho), la producción o agravación de la insolvencia (en este caso, será agravación por el especial momento donde comienza el referido deber de cooperación), y el nexo causal o relación de causalidad existente entre la falta de colaboración (presunción relativa de culpabilidad) y la agravación de la insolvencia.

Las consecuencias de la calificación como culpable al concurso, refieren tanto al deudor persona física como al concursado persona jurídica. En el primer escenario, consisten en la inhabilitación por un período de cinco a veinte años para administrar bienes propios o ajenos o para representar a cualquier persona durante el período referido. En el segundo escenario, además de la inhabilitación recién indicada y por el período señalado a los “(...) *administradores y liquidadores, de derecho o de hecho, e integrantes del órgano de control interno, o algunos de ellos (...)*”, la sentencia de calificación del concurso como culpable, podrá contener, la condena a estos “(...) *a la cobertura de la totalidad o parte del déficit patrimonial en beneficio de la masa pasiva*” (art. 201.3 y 201.4, DL C R E).

La doctrina ha entendido que una de las manifestaciones del deber de cooperación y de información, se encuentra prevista en el artículo 117 de la LCRE, que exige la comparecencia del deudor concursado (o de sus administradores o liquidadores, en el caso del concursado persona jurídica), a la Junta de Acreedores <sup>491</sup>. Dispone la norma, que el deudor debe asistir personalmente a la Junta de

---

<sup>491</sup> HEUER, F. y RODRÍGUEZ, T., en “Las pericias...”, *op. cit.*, p. 251, aseveran: “*En el régimen anterior, el deudor podía ser representado, ahora con buen criterio la ley dice que el deudor se tiene que presentar físicamente a la Junta. Ahora bien qué pasa con las personas jurídicas. Evidentemente, deben asistir sus representantes legales, que en el caso serán los Directores o Administradores con representación, o los liquidadores si era una sociedad que estaba en proceso de liquidación*”. Cfr. LÓPEZ, C., BADO, V. y ROMANG, C., “Efectos sobre el...”, *ob. cit.*, pp. 317 y 318.

Acreedores hasta su culminación, salvo dispensa judicial; en el caso de las personas jurídicas, este deber alcanza a “*los administradores o liquidadores que tengan poder de representación*” (art. 117, LCRE). Ahora bien: ¿cuál es la consecuencia de la inasistencia del deudor o de los administradores o liquidadores de la persona jurídica a la Junta de Acreedores? La LCRE, en el marco del incidente de calificación del concurso, considera a la referida incomparecencia como una presunción relativa de culpabilidad (art. 194.2, LCRE), lo que - en última instancia - puede derivar en la calificación del concurso como culpable y las consecuentes determinaciones de la sentencia de calificación del concurso, como ser, la inhabilitación de los administradores o liquidadores para administrar bienes propios o ajenos, e incluso, la condena de éstos a cubrir en todo o en parte el déficit patrimonial en beneficio de la masa pasiva (art. 201, LCRE).

Naturalmente, tanto el deudor como los administradores o liquidadores de la persona jurídica concursada, podrán justificar su inasistencia a la Junta mediando razones debidamente justificadas<sup>492</sup>.

---

<sup>492</sup> La jurisprudencia ha expresado con relación al deber de asistencia a la Junta de Acreedores y, en particular, en lo referente a la justificación de la incomparecencia: “*En cuanto a la presunción relativa invocada por la Sindicatura fundada en el artículo 194 numeral 2° de la ley Concursal a partir del hecho de la no comparecencia personal de los administradores o directores a la Junta de Acreedores celebrada el Tribunal entiende que resulta de recibo el agravio de la Sindicatura. Como bien se señala, la ley indica que en el caso de las personas jurídicas deben presentarse los Directores o Administradores con representación, se trata de un deber personal de estos claramente establecido en la nueva ley a diferencia del régimen anterior (artículo 1676 C Com), con obligación de permanecer hasta su terminación salvo dispensa del Juez tal lo regulado por el artículo 117 de la ley (...) La Sala no considera que en el caso hubieran mediado causas de justificación ya que la radicación en el exterior no es admisible atento a la eficiencia de los medios de transporte existentes hoy en día. Máxime cuando en el caso tampoco se probó lo necesario para deslindar una radicación justificada de un virtual alzamiento; por otra parte, la causa de enfermedad no fue acreditada por el único medio posible, la certificación médica presentada en la audiencia respectiva*” (Sentencia N° 05/2014 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2° Turno, IUE 40-13/2012, disponible en <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=30265>).

Adicionalmente, el cumplimiento del deber de cooperación exigido al deudor concursado, repercutirá de manera favorable en la posibilidad de que el Juez declare la conclusión del concurso y con ello la extinción de los créditos concursales insatisfechos. Específicamente, para que opere la extinción referida deben concurrir, acumulativamente, determinadas circunstancias previstas en el artículo 213 de la LCRE, una de las cuales es - precisamente - que “*el deudor hubiera cumplido con su deber de cooperación con el alcance establecido en el artículo 53*”.

Sin embargo, el cumplimiento del deber de colaboración y de información, no se materializan exclusivamente en las comparecencias del deudor a la Junta de Acreedores o en las instancias en que sea requerida su presencia tanto por el Juez del concurso como por los administradores concursales. En cada procedimiento concursal en particular, y atendiendo a la actividad o actividades a que se dedique o se haya dedicado el deudor concursado, el deber de cooperación se cristaliza de manera diversa, dependiendo asimismo, del grado de conocimiento del síndico o del interventor con relación a las referidas actividades<sup>493</sup>.

Este deber de colaboración e información se acentúa y parecer adquirir mayor relevancia en caso de suspensión de la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso, en la medida que el concursado es desplazado del ejercicio de las facultades de administración y disposición<sup>494</sup>. De esta manera, el síndico podrá

---

<sup>493</sup> Cfr., GRAZIOLI, L., “Deber de cooperación...”, *op. cit.*, p. 49. En página 51, la autora afirma “*que pese a su idoneidad, especialización y la experiencia*”, el síndico “*puede no conocer el “negocio” propio de la sociedad ni los pormenores de su actividad diaria...*”. Entonces, a través de la consagración del mentado deber de cooperación e información, los administradores concursales podrán “*acceder al know-how de los directores y administradores sustituidos en sus funciones, a su conocimiento del negocio y de la empresa en cuestión y a su experiencia*”.

<sup>494</sup> En este sentido, GRAZIOLI, L., en “Deber de cooperación...”, *ibidem.*, p. 50, expresa que la consagración del deber de cooperación e información “*tiene fundamental importancia cuando administradores o directores son suspendidos en*



solicitar al deudor concursado, los libros de comercio (y libros sociales en caso que el concursado sea una sociedad mercantil) y toda otra documentación e información que le permita conocer la marcha de la empresa, el conjunto de bienes y derechos de los que es titular el deudor concursado, así como el pasivo que debe afrontar.

Si bien el deber de cooperación y de información es importante en todo procedimiento concursal, sin lugar a dudas, se vuelve quizás, más relevante en el marco del concurso necesario ya que, si el concurso fuese voluntario, el artículo 7 de la LCRE ordena al deudor acompañar una serie extensa de documentos que permitirán al administrador concursal, obtener una visión global más acercada a la realidad del concursado.

Tal como determina el artículo 53 de la LCRE, se encuentran alcanzados por el deber de cooperación e información, los administradores y liquidadores de la persona jurídica y aquellos que lo hubieren sido en los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso.

En el caso de las sociedades mercantiles, el deber de cooperación e información de los administradores o liquidadores de la persona jurídica concursada tiene conexión con el modelo de conducta previsto en la Ley N° 16.060, que se refleja en el deber de *“lealtad”* y en el patrón de conducta del *“buen hombre de negocios”*<sup>495</sup>. Los administradores y representantes de las sociedades comerciales *“deberán obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios” y, de no hacerlo, “serán solidariamente responsables frente a la sociedad y los socios, por los daños y perjuicios que resulten de su acción u omisión”* (art. 83, Ley 16.060).

---

*sus funciones y sustituidos por el síndico, en tanto pueden ser los principales portadores del know-how propio de la empresa en cuestión, que puede resultar indispensable para permitir su continuidad”.*

<sup>495</sup> Cfr., GRAZIOLI, L., “Deber de cooperación...”, *ibid.*, p. 51.

Aún cuando la sociedad comercial se encuentre en concurso, los administradores o liquidadores, los deberes de lealtad y diligencia operan como fuente del deber de cooperación e información <sup>496</sup>, ya sea que se limite o se suspenda la legitimación de la persona jurídica deudora para disponer y obligar a la masa del concurso. Evidentemente, en caso de suspensión de la legitimación del deudor, el marco de actuación de los administradores o liquidadores es más reducido que en el caso de limitación de la legitimación. Sin embargo, en ambos supuestos, se mantiene el deber de cooperación e información durante el procedimiento concursal.

El artículo 391 de la Ley societaria uruguaya consagra el régimen de responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas, régimen vinculado con el deber de “*lealtad*” y en el patrón de conducta del “*buen hombre de negocios*” previstos en el artículo 83 ya referido. La norma determina la responsabilidad solidaria de los administradores “*hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por los daños y perjuicios resultantes, directa o indirectamente, de la violación de la ley, el estatuto o el reglamento, por el mal desempeño de su cargo según el criterio del artículo 83 y por aquellos producidos por abuso de facultades, dolo o culpa grave*” (art. 391 párrafo primero, Ley 16.060).

En el caso de las cooperativas, el artículo 3 de la Ley 18.407 dispone que las mismas se regirán supletoriamente, “*por las*

---

<sup>496</sup> *Ibidem*, p. 51. En páginas 52 y 53, afirma la autora: “*Si tuvieran conocimiento de circunstancias que permitieran la conservación de la integridad del patrimonio social, deben proponerlas o informarlas ante quien corresponda, en la medida que ello pueda esperarse razonablemente de una persona en su situación, con su conocimiento (...) y su experiencia. Deberán informar no solo sobre aquellas cuestiones sobre las que se les consulte expresamente, sino sobre todas aquellas que entiendan que puedan resultar útiles al Juez o al síndico (hayan o no sido consultadas por éstos) por ser necesarios o convenientes para el interés del concurso, la conservación del valor de la masa activa y la satisfacción de los acreedores, que en definitiva permitirán a la sociedad retomar sus actividades normales.*”.

*disposiciones de la ley de sociedades comerciales en lo no previsto y en cuanto sean compatibles*". En consecuencia, subsidiariamente son de aplicación a los administradores (o liquidadores) de estas entidades, las normas analizadas en materia de sociedades mercantiles.

Por otra parte, no existe disposición específica para las asociaciones civiles, relativa al patrón de conducta que deben asumir los integrantes del órgano de administración. En el caso de las fundaciones, el artículo 7º párrafo tercero de la Ley 17.163 prevé la responsabilidad civil de los miembros del Consejo de administración por el "*daño o perjuicio causado por su actuación ilícita o negligente*", determinando asimismo, que "*la responsabilidad de los miembros que perciban algún tipo de remuneración será evaluada con mayor severidad que la de los integrantes honorarios*".

En nuestra opinión, tanto para las asociaciones civiles como para las fundaciones, rigen las normas del Derecho común sobre responsabilidad aquiliana<sup>497</sup>.

Finalmente, es necesario determinar en qué momento nace y cuando cesa el deber de cooperación e información previsto en el artículo 53 de la LCRE para los administradores o liquidadores de la persona jurídica concursada.

Al respecto, creemos que es de aplicación todo lo manifestado en oportunidad de analizar este deber en el régimen jurídico español. Por su parte, el deber de colaboración e información perdura mientras esté vigente el concurso, independientemente que haya resultado aprobada una propuesta de convenio presentada por el deudor concursado. Parece claro, que cesa el deber de cooperación e información cuando se declara judicialmente la conclusión del concurso. Sin embargo, subsistiría el deber en caso de suspensión del

---

<sup>497</sup> CCU, art. 1319 párrafo primero: "*Todo hecho ilícito del hombre que causa a otro un daño, impone a aquél por cuyo dolo, culpa o negligencia ha sucedido, la obligación de repararlo*".

concurso pues, en este caso, existirá la posibilidad de reapertura del procedimiento (art. 210, LCRE).

### **c.- Otros deberes**

A diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos concursales en los que se impone al deudor concursado solicitar la apertura de la liquidación de la masa activa del concurso cuando, una vez aprobada la propuesta de convenio y durante la vigencia del mismo, tenga conocimiento de la imposibilidad de dar cumplimiento a los pagos a los que se ha obligado, la LCRE no contiene disposición normativa de similar tenor.

Esta posibilidad - vedada para el deudor - la tiene, sin embargo, cualquier acreedor. Podrán los acreedores solicitar al Juez del concurso la apertura de la liquidación de la masa activa y, en la medida que el Juez considere acreditado el incumplimiento del convenio, “*dictará sentencia (...) ordenando la liquidación...*” (art. 167, LCRE).

No existiendo en el ordenamiento jurídico concursal una solución a texto expreso que prevea el deber del deudor de solicitar la apertura de la liquidación de la masa activa del concurso en la hipótesis que el mismo conozca la imposibilidad de cumplir con el convenio aprobado, la jurisprudencia ha declarado el *concurso en el concurso* - como vimos - en el marco de un procedimiento concursal iniciado y no culminado<sup>498</sup>.

---

<sup>498</sup> Ver *supra*, nota al pie N.º 484.

***Capítulo Segundo: Efectos del concurso en relación con la competencia para el ejercicio de las facultades de administración y disposición del patrimonio de la persona jurídica concursada***

**I.- Régimen jurídico español**

**A.- Régimen de intervención**

Tal como se expresó, la declaración de concurso no interrumpe la actividad profesional o empresarial del deudor (art. 44.1, LC).

Sin embargo, la declaración judicial de concurso supone una injerencia del juez y, en particular, de los administradores concursales en la gestión del patrimonio del concursado, con alcances diferentes según los casos. Estas limitaciones surgen del propio auto de admisión del concurso, donde también el juez procede al nombramiento de los administradores concursales (art. 21.2, LC).

Entonces, la norma concursal ordena por un lado, la continuación de la actividad del deudor concursado, y por otro dispone limitaciones a la gestión del patrimonio. Esto significa que la continuación de la actividad no tendrá lugar exactamente en los mismos términos en que estaba planteada antes de la declaración del concurso, porque los efectos de aquella van a incidir, entre otras, sobre las facultades patrimoniales del deudor, determinando su forma de actuación.

Si el deudor estuviere sometido a un régimen de intervención, necesitará de la autorización o conformidad de la administración concursal para realizar actos de administración y disposición de la masa activa. Si, por el contrario, le fueron suspendidas sus facultades de disponer y enajenar, entonces será sustituido en ellas por la administración concursal.

Ahora bien, por más que la Ley señale que, en el propio Auto declaratorio de concurso, se debe designar a la administración concursal (art. 21.1.2º *in fine*, LC), naturalmente, la aceptación por ésta de su nombramiento no es ni automática ni instantánea. La Ley de concursos prevé que el nombramiento del administrador concursal sea “*comunicado al designado por el medio más rápido*” (art. 29.1, párrafo primero, LC), aun cuando no se determina el plazo del órgano jurisdiccional para efectuar la comunicación. No obstante, se le confiere al administrador concursal designado, un plazo de cinco días luego de recibida la comunicación para aceptar - o no - el encargo y acreditar que tiene un seguro de responsabilidad civil o garantía para responder de eventuales daños en el ejercicio de su función. Debe también manifestar, de existir, alguna causa de recusación (art. 29.1, párrafo segundo, LC).

Incluso, podría suceder que el nombrado, por el motivo que fuera, no compareciera en el plazo señalado o, compareciendo, no acreditara tener suscrito el seguro o garantía exigidos, o bien, compareciera y no aceptase el cargo. En tales circunstancias, y con independencia de las consecuencias que para el designado correspondan, el juez se verá en la necesidad de proceder “*de inmediato*” a un nuevo nombramiento (art. 29.2, LC), procediendo de igual forma que con el anterior: una nueva designación y una nueva comunicación al nombrado, lo que determinará la apertura de un nuevo compás de espera.

Así sucederá que, en la práctica totalidad de los casos, existirá lo que podría denominarse un *período bisagra*, esto es, un lapso mayor o menor durante el cual, la actividad desarrollada por el deudor concursado, ya se encuentra sujeta a las limitaciones legales derivadas del auto de declaración del concurso, pero sin una administración concursal que autorice o de su conformidad, según corresponda (art. 44.2, LC).

Para evitar que la actividad del deudor concursado pueda sufrir un daño irreparable durante el periodo recién referido, la Ley intenta prevenir eventuales perjuicios que pueda sufrir la masa, autorizando al deudor a realizar, desde la declaración de apertura del procedimiento y hasta la aceptación del cargo por la administración concursal, “[...] *actos propios de su giro o tráfico que sean imprescindibles para la continuación de su actividad, siempre que se ajusten a las condiciones normales del mercado*” (art. 44.2, párrafo segundo, LC). Así que, los tres requerimientos legales (actos propios de su giro o tráfico; que sean imprescindibles para continuar la actividad, y que estén ajustados a las condiciones del mercado), deben operar en forma acumulativa para que la hipótesis pueda verificarse.

Todo esto, sin perjuicio de la imposición por parte del juez del concurso de medidas cautelares, que entienda puedan resultar imprescindibles para asegurar la integridad, conservación o administración del patrimonio del deudor concursado, hasta tanto la administración concursal no acepte el cargo (art. 21.1.4º, LC).

Dentro de las medidas cautelares que podrían disponerse, estaría la de requerir autorización judicial para la celebración de determinados actos por parte del deudor concursado, los mencionados en el artículo 21.1.4º de la Ley, o cualesquiera otros. Por supuesto, el juez del concurso podrá, en la medida que lo entienda pertinente para asegurar la conservación del patrimonio concursal, suspender la actividad del deudor concursado hasta la aceptación de los administradores concursales. En tal caso, durante dicho periodo, el deudor no podrá realizar ninguna clase de actos, ni aún aquellos que constituyan su giro o tráfico<sup>499</sup>.

Entonces, en primer lugar, los actos que realice el deudor concursado con anterioridad a la aceptación del nombramiento de la

---

<sup>499</sup> MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “Continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial. (Art. 44)”, en ROJO, Á., y BELTRÁN, E., *Comentario de la Ley concursal*. Tomo I, 1ª edición, 2ª reimpresión, Editorial Cívitas, Madrid, 2004, p. 916.

administración concursal, deberán estar relacionados con su actividad, en especial, con su “giro” o “tráfico”. Por consiguiente, podrá realizar los actos corrientes a través de los cuales se efectiviza la actividad del concursado. Los actos que resulten instrumentales para el ejercicio de la actividad, no quedarían abarcados (no se considera acto propio del giro o tráfico si, siendo la actividad la de comercialización de determinados productos, se arrienda un inmueble con la finalidad de depósito de dichos productos); tampoco los actos conexos o complementarios (como ser, la obtención de un préstamo para poder adquirir los productos que se comercializan); ni, mucho menos, los modificatorios de la actividad del deudor concursado, por ser ajenos a la misma<sup>500</sup>.

En segundo lugar, los actos que el deudor puede realizar por sí, deben ser “*imprescindibles*” pues, al tratarse de un régimen de excepción - el deudor ya ha sido declarado en concurso - la normativa le permite, por razones de extrema necesidad, continuar la actividad hasta tanto no acepte el cargo la administración concursal. De esta manera, se trata de evitar la causación de perjuicios que pudieran resultar de difícil o imposible reparación para los intereses del concurso. No sería conveniente que, habiendo resuelto el juez la continuidad de la actividad del concursado, dicha actividad quede paralizada, a la espera de la aceptación del cargo por parte de la administración concursal.

Finalmente, los actos deberán ajustarse a las condiciones normales del mercado. La Ley concursal no define qué debe entenderse por *condiciones normales del mercado*. Estamos en presencia de un concepto jurídico cuyo alcance ha de determinarse en cada caso. En términos generales, las *condiciones normales*, serían aquellas que habitualmente se suceden en el mercado pero con relación a un sujeto concursado, vale decir, en estado de insolvencia. No puede pretenderse que el deudor concursado pueda negociar en iguales términos y condiciones que un empresario al que no se le han

---

<sup>500</sup> MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “Continuación del ejercicio...”, *ibid.*, pp. 909 y 910.



restringido las facultades de administración de su patrimonio. Si bien podría entenderse que las *condiciones normales del mercado* son aquellas que maneja un sujeto solvente, esta interpretación sería inconsistente con la finalidad que la Ley persigue, que es precisamente la de permitir al deudor continuar su actividad. Si por condiciones de mercado hubieran de entenderse aquellas en que opera un sujeto cuyo crédito y solvencia no estuviesen en cuestión, tal interpretación vaciaría de contenido la previsión legal<sup>501</sup>.

Respecto a la validez y eficacia de los actos del deudor realizados desde la declaración de concurso hasta la aceptación del cargo por la administración concursal, cabe señalar que es de aplicación lo preceptuado en el artículo 40.7 de la Ley de concursos. O sea, solo la administración concursal podría instar la anulación o confirmar o convalidar esos actos. Si la administración concursal no emitiese pronunciamiento alguno, estará legitimado para requerírsele cualquier acreedor y también cualquier sujeto que hubiese actuado como parte “[...] en la relación contractual afectada por la infracción [...]”.

Obviamente, la convalidación o confirmación de los actos por parte de la administración concursal se efectuará cuando los mismos contribuyan a la mejor conservación de los bienes que integran la masa del concurso. Por el contrario, la administración concursal deberá promover la acción de anulación si entiende que los actos se realizaron fuera de los términos legales establecidos y perjudicando los intereses del concurso.

El deudor concursado debiera ejercer estas facultades excepcionales que el ordenamiento jurídico concursal le confiere, sin perder de vista la previsión legal relativa a la conservación de la masa activa “[...] del modo más conveniente para los intereses del concurso [...]” (art. 43.1º, LC), regla que deben también seguir tanto los administradores concursales como el juez.

---

<sup>501</sup> En este sentido, MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “Continuación del ejercicio...”, *ibid.*, pp. 914 y 915.

La aceptación del cargo por parte del administrador concursal, trae consigo la aplicación en plenitud del régimen jurídico previsto en la Ley, relativo a los regímenes de intervención o de sustitución, en su caso.

La primera apreciación que ha de hacerse, es que la norma impone que en el ejercicio de las facultades de administración y disposición de la masa activa, deberá prestarse especial atención a su “*conservación del modo más conveniente para los intereses del concurso*” (art. 43.1, LC). A salvo de escasas excepciones, mientras no resulte aprobada una propuesta de convenio o se declare la apertura de la liquidación, sólo será posible enajenar o gravar los bienes y derechos que integran la masa activa del concurso, mediando autorización judicial (art. 44.2, LC).

Cabe recordar, que el régimen de intervención afecta principalmente el ejercicio de las facultades patrimoniales del deudor concursado, por lo que, aquellos actos que no sean de administración y disposición de bienes y derechos de la masa (para los cuales, se necesitará autorización previa o conformidad posterior), serán realizados por el deudor concursado sin el control de los administradores concursales, salvo previsión legal expresa en contrario.

Con la finalidad de no entorpecer la continuación de la actividad del deudor, la legislación permite a la administración concursal la determinación, con carácter general, de los actos u operaciones propios del giro o tráfico del deudor, en razón de su naturaleza o de su cuantía (art. 44.2, párrafo primero, LC). Evidentemente, las operaciones que no sean propias del giro del deudor, quedarían por fuera del marco de autorización genérica, para lo cual será necesario la autorización previa o conformidad posterior especial, por parte de la administración concursal.

En la fase común del concurso, el órgano de administración de las personas jurídicas concursadas, se encuentra legitimado para solicitar la enajenación de bienes o derechos que integren la masa activa. Ello es consecuencia del principio de conservación de la masa activa con el alcance que establece el artículo 43.1 de la Ley. En determinadas ocasiones, resultará necesario enajenar bienes, ya sea para obtener liquidez que permita atender gastos de la masa, o por su especial naturaleza (v.gr.: bienes perecederos, de fácil deterioro, o cuya conservación resulte extremadamente onerosa).

Cabe recordar que la Ley prohíbe, con carácter general, la enajenación o gravamen de los bienes y derechos que componen la masa activa del concurso sin la previa autorización del juez, hasta tanto resulte aprobada judicialmente una propuesta de convenio o se declare la apertura de la liquidación de la masa activa. Empero, si fuese necesario enajenar bienes, ya fuera para dotar de liquidez al concurso, ya para atender gastos de la masa, o para evitar la pérdida de valor por ser los mismos perecederos, de fácil menoscabo, de costoso mantenimiento, no se requerirá la autorización judicial. Ello es así, para salvaguardar los intereses del concurso. Importa que los bienes, no necesarios para la continuidad de la actividad, cuyo valor pueda menguar sensiblemente con el transcurso del tiempo, o de difícil mantenimiento o costosa conservación salgan cuanto antes del patrimonio concursal. De esta manera se están contemplando los intereses del concurso.

Asimismo, cuando existan ofertas de adquisición de activos en condiciones de ser realizados anticipadamente, las mismas, para que sean aceptadas, deberán coincidir sustancialmente con el valor que se les ha dado en oportunidad de realizarse el inventario de la masa activa (art. 43.3,2°, LC).

Indudablemente, estamos en presencia de actos cuya realización requiere de celeridad extrema, ya que, en caso de someterlos a la aprobación judicial, la demora en la autorización podría ocasionar severos perjuicios para la masa activa del concurso.

En consecuencia, en el supuesto de intervención del ejercicio de las facultades patrimoniales del deudor, los bienes de referencia podrán ser enajenados (o incluso, gravados) con la autorización previa de la administración concursal. Esto, sin perjuicio de la posibilidad que estos actos - o alguno de ellos - resultaren alcanzados por la autorización genérica conferida por la administración concursal para no obstaculizar la continuidad de la actividad profesional o empresarial.

Fuera de las hipótesis referidas, se requerirá autorización judicial para proceder a la enajenación o gravamen de bienes y derechos que compongan la masa activa del concurso. Para las personas jurídicas y en la hipótesis de intervención, la legitimación para instar la enajenación o gravamen está conferida a su órgano de administración o liquidación. La solicitud de autorización judicial, se formulará por escrito. En ella, se expresarán los fundamentos de la misma, con identificación de los bienes o derechos cuya enajenación o gravamen se solicitare. Se conferirá traslado a todos los interesados que deban ser oídos respecto del objeto del requerimiento. En caso que la autorización sea promovida por la administración concursal se debería dar traslado de la solicitud a la persona jurídica concursada, la que formulará sus valoraciones por intermedio del órgano de administración. Cumplida la instancia anterior, el juez del concurso resolverá concediendo o denegando la autorización promovida, y contra la aceptación o la denegatoria, cabrá únicamente el recurso de reposición (art. 188.2, *in fine* LC).

Más allá de los casos contemplados por la Ley, la enajenación y gravamen de bienes integrantes de la masa activa del concurso, durante la fase común, está sujeta a la autorización judicial previa exigida en el artículo 43.2. El acto de disposición realizado en contravención con lo dispuesto en la norma podrá, no obstante, ser convalidado posteriormente por el juez del concurso<sup>502</sup>.

---

<sup>502</sup> En el mismo sentido, ver Juzgado de lo Mercantil N.º 2 de Madrid. Auto de 23 de mayo de 2005, Id Cendoj: 28079470022005200003, RJ 1º.5.

Por otra parte, es preciso ingresar al análisis de las facultades del órgano de administración y representación de la persona jurídica concursada con relación a los vínculos contractuales de los que sea parte (art. 61.2, LC).

Dictada la declaración judicial de concurso de la persona jurídica, las relaciones contractuales de las que deriven obligaciones pendientes de ejecución, no resultarían, en principio, afectadas por el concurso en virtud del mantenimiento de la actividad empresarial.

La casuística de contratos con obligaciones pendientes de cumplimiento es amplísima y depende, entre otros aspectos, de las dimensiones de la empresa concursada, así como de la actividad o actividades a las que se dedique. Resulta prácticamente consustancial a la realización de actividad empresarial, la celebración de diferentes negocios jurídicos de cumplimiento continuado como ser, entre otros, los de arrendamiento de locales comerciales; de bienes muebles, los contratos de suministro de materias primas, o de servicios de telefonía fija y móvil, Internet, entre otros.

Sin embargo, en el supuesto de intervención, el deudor concursado tiene iniciativa para requerir judicialmente la resolución del contrato, si lo estima beneficioso para los intereses del concurso<sup>503</sup>. Esta facultad deriva del ejercicio de las facultades

---

<sup>503</sup> BLASCO GASCÓ F. de P., "Declaración en concurso y contratos. Resolución sin incumplimiento e incumplimiento sin resolución", Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 37 a 84. Versión electrónica consultada en <http://Tirant.com>, el 15 de julio de 2015. En similar sentido, MORENO SERRANO vincula la expresión *interés del concurso*, a la previsión de un mayor cobro por los acreedores "[...] de sus créditos si se procede a la resolución del contrato que de mantener éste por los gastos que podría conllevar [...]" (MORENO SERRANO, E., "El órgano de...", *op. cit.*, p. 242). Compartimos esta opinión. No es posible negar que la satisfacción de las legítimas expectativas de los acreedores del concursado de ver satisfechos sus créditos en la mayor cuantía posible, es el interés preponderante en el concurso. Empero, no es el único, como entiende la doctrina en forma mayoritaria. Cuando el

patrimoniales del órgano de administración de la persona jurídica concursada en casos de intervención. Así, el mencionado órgano de administración podrá instar la resolución de determinados vínculos contractuales, sin requerir la autorización previa o conformidad posterior de la administración concursal. Claro está que la administración concursal podrá manifestar su parecer al respecto. A tal efecto el juez del concurso citará a comparecer al concursado, a la administración concursal y a la otra parte del contrato cuya resolución se pretende. Alcanzado acuerdo por las partes respecto “[...] a la resolución y sus efectos, el juez dictará auto declarando resuelto el contrato de conformidad con lo acordado” (art. 61.2 párrafo segundo, LC). De no existir acuerdo, continúa el precepto señalando que el juez tramitará la solicitud del órgano de administración del concursado por el trámite del incidente concursal. Al fallar, el órgano jurisdiccional resolverá acerca de la solicitud de resolución, “*acordando, en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa*”.

Los créditos que se generen, tendrán la consideración de créditos contra la masa, debiendo resultar satisfechos con independencia y con anterioridad de cualquier crédito concursal (art. 84.2.6º, LC).

---

contrato de que se trate, resulte de importancia para el mantenimiento de la actividad del deudor, la ponderación de costes y beneficios se torna extremadamente compleja, sobre todo porque su cálculo deberá tener en consideración el valor final de liquidación del patrimonio concursal *en su conjunto*, lo que depende de numerosos factores y variables de muy difícil cuantificación. Los ejemplos y jurisprudencia citados por MORENO SERRANO (Juzgado de lo Mercantil N.º 1 de Alicante. Sentencia 130/2006, de 19 de junio de 2006, Id Cendoj: 03014470012006100003), refieren a contratos que apenas impactan en la actividad de la concursada (maquinaria en desuso), y en tal caso, nada ha de objetarse al empleo del criterio basado en la mera observación de la relación costo-beneficio. Tratándose de contratos necesarios para la continuidad de la actividad, dicha relación de costos habrá de matizarse, con consideraciones relativas a la reputación de la concursada en el tráfico mercantil y la consiguiente pérdida de crédito o clientes que del incumplimiento se podrían derivar. Esto, sin duda redundará en una pérdida de valor de la principal garantía de cobro de los acreedores: el emprendimiento económico *en funcionamiento*.

Cabe recordar, que la Ley de concursos es clara en cuanto determina que las cláusulas por las que se hubiere establecido la potestad de resolución o la extinción del contrato por efecto de la declaración judicial de concurso, se tendrán por no puestas (art. 61.3, LC).

No existen plazos previstos legalmente para el ejercicio del derecho de solicitar la resolución de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento en interés del concurso. Esta circunstancia, podría explicarse en que la necesidad de formular la solicitud podría surgir en cualquier momento durante el trámite del procedimiento concursal, ya sea inmediatamente después de la declaración del concurso y durante la fase común, o bien, cuando el interés del concurso desapareciere posteriormente, en razón de acontecimientos ulteriores (v.gr.: porque ha cesado la actividad profesional o empresarial a la que se dedicaba el deudor concursado).

Es posible argumentar en contra de esta interpretación alegando que la no existencia de un plazo para promover la resolución de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, podría generar un cúmulo de incertidumbres y amenazas para la parte del contrato *in bonis*, ya que, siempre estaría latente la posibilidad de resolución del contrato. Así se ha sostenido que, si el deudor concursado (o la administración concursal, en el escenario de sustitución) promovieran la solicitud de resolución del contrato dentro del plazo de que dispone la administración concursal para confeccionar la lista de acreedores y emitir el informe previsto en el artículo 74 de la Ley concursal, es decir, dos meses “[...] *contados a partir de la fecha en que se produzca la aceptación de dos de ellos* [los administradores concursales nombrados]”<sup>504</sup>, salvo que mediare

---

<sup>504</sup> Tras la reforma de la administración concursal operada por la Ley 17/2014, de 30 septiembre, de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de la deuda empresarial, la administración concursal, pasa a estar integrada, con carácter general por un único miembro (art. 27.1, LC). Parecería entonces que para

prórroga por configurarse alguno de los supuestos previstos en el artículo 74.2, ordinales 1º a 4º de la Ley<sup>505</sup>.

Podría afirmarse que la administración concursal debería incluir en el informe previsto en el artículo 74 de la Ley, (en concreto, en la parte dedicada a consignar los datos de la memoria de las decisiones y diligencias principales de su actuación), la presentación de eventuales solicitudes de resolución de contratos en interés del concurso, o bien consignar, cuando la solicitud sea presentada por el deudor concursado, su postura al respecto.

Asimismo, teniendo en consideración que el informe de la administración concursal va acompañado del inventario de la masa activa y la lista de acreedores, en esos documentos debiera plasmarse el crédito que haya derivado del contrato pendiente, salvo que se haya optado por la resolución del mismo en interés del concurso.

No compartimos la opinión anterior. A diferencia de la Propuesta de Anteproyecto de Ley concursal de 1995, donde para resolver contratos con obligaciones pendientes de ejecución, se establecía un plazo coincidente con el relativo a la presentación de la solicitud de reconocimiento de créditos (art. 72.2, APLC 1995), la Ley concursal, optó claramente por no establecer plazo alguno. Por consiguiente, siendo claro el texto legal, el concursado o la administración concursal, según sea el caso, no se encuentran limitados para promover la resolución de este tipo de contratos. Mucho menos se encuentra limitado el juez y, por lo tanto, si la solicitud de resolución se produjese más allá del “plazo” de dos meses referido por parte de la doctrina, y sin perjuicio de que no corresponde

---

presentar el informe, se debe considerar la fecha en que se produzca la aceptación del cargo por parte de la administración concursal.

<sup>505</sup> MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas (Art. 61)”, en ROJO, Á., y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *Comentario de la Ley concursal*. Tomo I, 1ª edición, 2ª reimpresión, Editorial Cívitas, Madrid, 2004, pp. 1150 y 1151.



aquí, por no ser de aplicación específica al caso que nos ocupa, invocar ni la teoría de los actos propios ni el principio de buena fe <sup>506</sup>, el órgano jurisdiccional fallará únicamente tomando en consideración el interés del concurso. Más allá de lo expresado, podría considerarse que la determinación de la masa activa del concurso no tendría por qué suponer un límite temporal para el ejercicio de la facultad de solicitar la resolución de determinados contratos, pues su continuación prevista legalmente (art. 61, LC), se desarrolla a lo largo de todo el procedimiento concursal, pudiendo resultar válido y vigente el contrato, no únicamente durante la fase común o durante la ejecución del convenio, sino adicionalmente, en el transcurso de la fase de liquidación. Asimismo, la continuidad de determinados contratos no tiene incidencia necesaria con respecto a la lista de acreedores, en el sentido de que las contraprestaciones del deudor concursado deberán ser realizadas con cargo a la masa <sup>507</sup>.

Entonces, y reafirmando nuestra opinión, sin perjuicio que la normativa no determina expresamente la existencia de plazos a los efectos de requerir judicialmente la resolución de determinado contratos con obligaciones pendientes de ejecución de las que es parte el deudor concursado, la vigencia de determinados vínculos contractuales que permiten el mantenimiento de la actividad profesional o empresarial del deudor concursado, podría extenderse no sólo a la fase común o a la de ejecución del convenio, sino también, durante la fase de liquidación <sup>508</sup>.

Adicionalmente, como la indemnización fijada por el juez del concurso en caso de resolución de contratos es un crédito contra la

---

<sup>506</sup> En contra, MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “Vigencia de los...”, *ibíd.* pp. 1151 y 1152. A favor FUENTES DEVESA, R., “Cuestiones procesales de la resolución de los contratos en el concurso”, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, N.º 10, 2009, p. 201.

<sup>507</sup> MORENO, E., “El órgano de...”, *op. cit.*, p. 243.

<sup>508</sup> Esto es consistente con el fin perseguido por la Ley respecto a la conservación de la actividad del deudor (E. de M. VI, párrafo séptimo y VII. párrafo quinto, LC).

masa, no sería pertinente acotar el plazo para la resolución al que dispone la administración concursal para confeccionar la lista de acreedores y emitir su informe, ya que en la mencionada lista sólo se incluirán los créditos concursales<sup>509</sup>.

Resta por determinar qué ocurre cuando, en el supuesto de intervención, la administración concursal entiende la conveniencia de resolver un contrato con obligaciones pendientes de ejecución contra la voluntad del órgano de administración de la persona jurídica concursada. No está regulada legalmente una hipótesis como la señalada. Empero, se ha entendido que, en esta situación, la administración concursal estaría legitimada para requerir al juez autorización para presentar la solicitud de resolución de vínculos contractuales en interés del concurso, en el supuesto que el deudor concursado se negare a hacerlo (art. 54.2 *in fine*, LC)<sup>510</sup>.

Entendemos que este enfoque es adecuado si tenemos en cuenta que la posibilidad de resolver contratos con obligaciones pendientes de cumplimiento prevista en la Ley, tiene como finalidad la conveniencia para el procedimiento concursal, es decir, se regula su ejercicio en interés del concurso, sin tenerse en consideración la voluntad, las necesidades o las aspiraciones del contratante *in bonis*. Todo esto es sin perjuicio de que el contratante distinto del deudor concursado, tenga la posibilidad de proponer soluciones alternativas

---

<sup>509</sup> Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª. Sentencia 181/2010, de 13 de julio de 2010, Id Cendoj: 28079370282010100181, FD 2º, citando sentencias del mismo Tribunal de fecha 5 de marzo de 2010 (Sentencia 48/2010, Id Cendoj: 28079370282010100038); y de 12 de marzo de 2010 (Sentencia 63/2010 Id Cendoj: 28079370282010100061): “*Constituye lugar común que el segundo inciso del artículo 84.2.6º de la Ley concursal [...] se refiere a las obligaciones de restitución e indemnización inherentes a la resolución de los contratos pendientes total o parcialmente de ejecución por ambas partes en el momento de la declaración del concurso cuya vigencia no se vea afectada por la misma [...] aludiendo el precepto, cuando menciona ‘en caso de resolución voluntaria’ a la situación contemplada en el segundo párrafo del artículo 61.2 (resolución acordada por el juez del concurso) [...]”*”.

<sup>510</sup> En contra, MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “Vigencia de los...”, *op. cit.*, p. 1150.

más beneficiosas para el concurso que la mera vigencia del vínculo contractual.

Una vez declarada la resolución del contrato, se extinguirán las *obligaciones pendientes de vencimiento* (art. 62.4, LC). Las obligaciones vencidas se incluirán como deudas concursales en la medida que el acreedor haya cumplido con sus obligaciones emergentes del contrato resuelto, y que el incumplimiento del deudor concursado hubiere operado con anterioridad a la declaración del concurso. Por su parte, si el incumplimiento del deudor concursado hubiere ocurrido con posterioridad a la fecha de declaración del concurso, el crédito del co-contratante se reputará como crédito contra la masa. Sea que se trate de créditos concursales o de créditos contra la masa, el mismo abarcará el resarcimiento de los daños y perjuicios que pudieren corresponder (art. 62.4, *in fine*, LC).

La posición que la Ley adopta, relativa al mantenimiento de las relaciones contractuales, corolario de la finalidad perseguida con relación a la conservación de la actividad profesional o empresarial a la que se dedique el deudor concursado, tiene otra vertiente de manifestación en lo que respecta a los contratos de trabajo en los que es parte el deudor concursado.

La administración concursal, el deudor concursado (en caso de ser éste persona jurídica, por intermedio del órgano de administración), e incluso los trabajadores del deudor, están legitimados para solicitar al juez, “[...] *la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la extinción o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en que sea empleador el concursado*” (art. 64.2, párrafo primero, LC).

No expresa claramente la redacción legal, ante qué circunstancias podría el órgano de administración de la persona jurídica concursada instar la modificación de las condiciones laborales, o la extinción o suspensión de contratos de trabajo. Tampoco, a texto expreso, está regulado si esta legitimación

correspondería ejercerla con independencia del régimen de limitación del ejercicio de facultades patrimoniales impuesto al deudor. Es decir, si la facultad puede ejercerse en todo momento, tanto por el órgano de administración de la persona jurídica, o por la administración concursal o, si en el supuesto de intervención, procede el requerimiento de parte del órgano de administración con autorización de la administración concursal.

Es posible asimismo, afirmar con razonable certeza, que las medidas colectivas que puedan adoptarse en el marco del procedimiento concursal con relación a los contratos de trabajo, no podrían ser aplicadas de oficio por el juez del concurso, sino a instancia de los sujetos legitimados: la administración concursal, el deudor concursado, o los trabajadores del deudor concursado a través de sus representantes.

Independientemente del carácter necesario o voluntario del concurso, también el deudor concursado se encuentra legitimado para solicitar al juez la adopción de las medidas referidas. La suspensión de las facultades patrimoniales del deudor no es aplicable a la facultad de promover ante el juez del concurso la adopción de las mentadas medidas, por tratarse de un requerimiento meramente instrumental, que activa el procedimiento<sup>511</sup>.

Por último, los propios empleados del deudor concursado podrán, por intermedio de sus representantes<sup>512</sup>, instar la adopción de

---

<sup>511</sup> MERCADER, J., y ALAMEDA, M<sup>a</sup> T., “Contratos de trabajo. Art. 64”, en ROJO, Á., y BELTRÁN SÁNCHEZ, E, *Comentario de la Ley concursal*. Tomo I, 1<sup>a</sup> edición, 2<sup>a</sup> reimpresión, Editorial Cívitas, Madrid, 2004, pp. 1205 y 1206.

<sup>512</sup> De acuerdo a la previsión legal, los trabajadores carecerían de legitimación activa directa para solicitar la adopción de las medidas. MERCADER, Y ALAMEDA, aseveraban, respecto al texto original de la norma, que la indeterminación del giro gramatical “representantes”, debía ser entendida como atribuible “[...] tanto a los representantes sindicales como a los unitarios, tal y como ocurre en la regulación laboral de los expedientes de regulación de empleo”, resultando de aplicación “[...] los artículos 51.9 del Estatuto de los Trabajadores y 7 del Real Decreto 43/1996

medidas modificativas, de suspensión o de extinción de los contratos laborales.

Siempre que el órgano de administración de la persona jurídica concursada solicite medidas tendentes a la modificación de los vínculos laborales, ello trae consigo la apertura de un período de consultas, donde el juez del concurso convocará a la administración concursal y a los representantes de los trabajadores del deudor concursado, con la finalidad de alcanzar un acuerdo.

Si la solicitud proviene de otros legitimados, estando el deudor concursado sometido al régimen de intervención de sus facultades patrimoniales, será convocado al período de consultas solo si el juez del concurso lo autoriza por estimarlo conveniente, entendemos, para el buen fin del trámite (art. 64.5, párrafo segundo, LC). La aclaración anterior sorprende, al dejar a la discrecionalidad del juez del concurso, la convocatoria al deudor intervenido, cuando la regla general que se establece en el párrafo primero del mismo numeral, no distingue en el caso, si el deudor tiene el ejercicio de sus facultades patrimoniales intervenido o suspendido. Así, el precepto indica: “*Recibida la solicitud, [de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la extinción o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en que sea empleador el concursado] el juez convocará al concursado [...]*”.

La decisión judicial por la que se resuelve la adopción de las medidas colectivas solicitadas puede ser impugnada por el órgano de administración de la persona jurídica concursada, mediante la interposición del recurso de suplicación, así como los demás recursos

---

[...]”. MERCADER, J., Y ALAMEDA, M<sup>a</sup> T., “Contratos de trabajo...”, *ibid*, pp. 1206 y 1207. Esta interpretación del texto original se incorporó de forma expresa al precepto que, en su vigente redacción señala que “*la representación de los trabajadores en la tramitación del procedimiento corresponderá a los sujetos indicados en el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores, en el orden y condiciones señalados en el mismo*” (art. 64.2, párrafo segundo, LC, en la redacción dada por el artículo 10 de la Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social).

previstos por Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (art. 64.8, LC).

Por otra parte, el artículo 65.1 de la Ley, determina la posibilidad de que, durante la tramitación del procedimiento concursal, “[...] *la administración concursal, por propia iniciativa o a instancia del deudor [...]*”, pueda “*extinguir o suspender los contratos de éste con el personal de alta dirección*”, indicando que la decisión de la administración concursal puede ser impugnada ante el juez “[...] *a través del incidente concursal en materia laboral*”.

El concursado persona jurídica, por intermedio del órgano de administración, podrá requerir a la administración concursal la rehabilitación de determinados negocios jurídicos: los contratos de préstamo y de crédito (art. 68, LC) y los contratos de adquisición de bienes con precio aplazado (art. 69, LC)<sup>513</sup>. También podrá la administración concursal proceder a la rehabilitación de los contratos referidos, cuando los mismos se hayan podido ver afectados por incumplimientos de parte del deudor concursado. La legislación marca un límite temporal dentro del cual podría procederse a la rehabilitación, alcanzando a los contratos que se hayan resuelto dentro de los tres meses precedentes a la declaración judicial de concurso.

La Ley otorga la posibilidad de rehabilitar contratos que hubieren sido resueltos y cuya vigencia se torna indispensable para el interés del concurso, ya que éste prima por encima de las razones particulares de los sujetos vinculados por la relación contractual. Va de suyo que la rehabilitación de estos contratos presupone la continuación de la actividad profesional o empresarial a la que se dedica el deudor concursado, pues en caso de paralización de actividades, no tendría sentido rehabilitar contratos extinguidos.

---

<sup>513</sup>También podrá el deudor concursado, instar a que se proceda a la enervación del desahucio en contratos de arrendamientos urbanos (art. 70, LC).

La declaración judicial de concurso tiene incidencia en determinadas facultades del deudor. En particular, incide respecto a la actuación en procedimientos judiciales en los que sea parte el deudor concursado.

A efectos de comprender la actuación en juicio de la persona jurídica concursada, es posible distinguir, en primer término, los procedimientos que se encuentran en trámite al tiempo de la declaración del concurso, de aquellos que se promueven con posterioridad a la misma. Adicionalmente, deberá tenerse en consideración el régimen limitativo del ejercicio de facultades patrimoniales del deudor que se hubiere dispuesto (intervención o suspensión).

En el supuesto de intervención, el órgano de administración de la persona jurídica concursada mantiene la legitimación para actuar en los procedimientos judiciales (art. 51.3, LC) y arbitrales (art. 52.2, LC) que se encontraren en trámite al tiempo de la declaración del concurso. No obstante, el deudor “[...] *necesitará la autorización de la administración concursal para desistir, allanarse, total o parcialmente, y transigir litigios cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio*”.

En lo que refiere a los juicios declarativos que se inicien vez declarado el concurso y habiéndose dispuesto un régimen de intervención, si bien el deudor concursado mantiene su capacidad para actuar en juicio, la misma resulta atenuada en virtud del requerimiento legal de solicitar autorización a la administración concursal para promover demandas o recursos que puedan incidir en su patrimonio (art. 54.2, LC). En nuestra opinión, también se requerirá autorización previa, cuando el deudor se allane, desista o acuerde transacción.

Por otra parte, es necesario mencionar los supuestos de legitimación y representación procesales contemplados en los artículos 50.4 y 54.3 de la Ley concursal. El primero de los preceptos, refiere a las acciones con eventual transcendencia para el patrimonio

concurzal, interpuestas en los órdenes contencioso-administrativo, social o penal, luego de la declaración de concurso <sup>514</sup>. A este respecto, la norma contiene el mandato, dirigido a los órganos jurisdiccionales ante los que se ejerciten dichas acciones, por el que éstos deberán emplazar a la administración concursal y tenerla como parte “[...] *en defensa de la masa, si se personase*”.

Cabe preguntarse si el emplazamiento y eventual comparecencia de la administración concursal previsto en el artículo 50.4, excluye la del deudor. No parece que ello sea así. En nuestra opinión, cabe en estos supuestos la aplicación analógica de la norma contenida en el artículo 51.2, párrafo segundo, que especifica que la sustitución del deudor por la administración concursal en los procedimientos en trámite cuando se impone al deudor el régimen de suspensión de facultades patrimoniales no impide “[...] *que el deudor mantenga su representación y defensa separada por medio de sus propios procurador y abogado, siempre que garantice, de forma suficiente ante el juez del concurso, que los gastos de su actuación procesal y, en su caso, la efectividad de la condena en costas no recaerán sobre la masa del concurso [...]*”.

El segundo supuesto, previsto en el artículo 54.3 de la LC, refiere a la eventualidad que los administradores de la persona jurídica concursada comparezcan a defender los intereses de ésta, de forma independiente, en los juicios que haya deducido la administración concursal en interés del concurso.

El órgano de administración de la persona jurídica carecerá de las facultades procesales de allanarse, desistir, transar y transigir,

---

<sup>514</sup> No se menciona el orden civil, por lo que se ha sugerido la extensión a los nuevos procedimientos declarativos civiles de las disposiciones (art. 51.2 y 3, LC) que regulan los juicios pendientes, postura a la que nos adherimos (PARRA LUCÁN, M., “Las limitaciones patrimoniales del concursado como instrumento de protección de la masa en el concurso de acreedores” en *Estudios sobre invalidez e ineficacia*, vol. 01169, N.º 1, 2009, en <http://www.codigocivil.info/nulidad/lodel/docannexe.php?id=673>).



propias de la administración concursal en el caso, y los gastos en los que incurra el deudor concursado como consecuencia de su actuación procesal separada, en modo alguno, recaerán sobre la masa del concurso.

Más allá que se hubiere dispuesto un régimen de intervención o de suspensión del ejercicio de las facultades patrimoniales del deudor concursado, el mismo seguirá legitimado para ser parte en juicio ante la promoción de acciones que pudieren tener incidencia en su patrimonio, todo sin perjuicio de las cauciones que le pudieran ser exigibles.

En otro orden, el artículo 46.1 de la LC dispone que en caso de haberse dispuesto un régimen de intervención, persiste la obligación legal de los administradores de la persona jurídica concursada, de formular cuentas anuales y de someterlas a auditoría, bajo la fiscalización de la administración concursal. Esta opción legislativa atiende a que el concursado bajo el régimen de intervención continúa al frente de las operaciones propias de su giro o tráfico y, en tanto ello es así, resulta lógico que sea su órgano de administración (en caso de deudor persona jurídica), quien formule cuentas anuales y las presente al órgano deliberativo para su examen y eventual aprobación (art. 44.1, LC).

La supervisión impone a la administración concursal, controlar el proceso de formulación de las cuentas, no sólo desde el punto de vista formal, sino también en cuanto a su contenido, esto es, que las mismas reflejen la situación financiera de la persona jurídica concursada y los resultados del ejercicio económico.

Los criterios de valoración y los métodos y principios de la contabilidad en la preparación de las cuentas, deben en el caso ser formulados por el deudor. Si la administración concursal entiende que los mismos se apartan del marco normativo adecuado, deben ponerlo en conocimiento del juez del concurso.

Adicionalmente, la Ley prevé que la administración concursal pueda autorizar a los administradores de la persona jurídica concursada, a retrasar la formulación de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio previo a la declaración de concurso, hasta el mes siguiente a la presentación del inventario y la lista de acreedores, en cuyo caso, la aprobación de las cuentas, se realizará dentro de los tres meses siguientes al vencimiento de la prórroga (art. 46.1 párrafo segundo, LC). Cabe recordar, que la administración concursal dispone del plazo de dos meses desde la aceptación del cargo, para la presentación del informe previsto en el artículo 74 de la Ley, amén de la posibilidad de prórroga en los casos expresamente previstos en la norma. La facultad de retrasar la formulación de las cuentas anuales podría, en algún caso, implicar que la aprobación de las mismas se verifique en el ejercicio siguiente al que habría correspondido aprobarlas, si la persona jurídica no se encontrase en situación de concurso.

El deber de formulación de cuentas permanece inalterado durante todo el trámite del procedimiento concursal, subsistiendo en todas sus fases. De hecho, la Ley establece la aplicabilidad de las normas previstas para la fase común, tanto para la tramitación del convenio (art. 112, LC), como para la fase de liquidación (art. 147, LC).

Finalmente, hemos de referir a los desembolsos de aportaciones y prestaciones accesorias a los que se hubieren comprometido los socios de las sociedades mercantiles que hubieran sido declaradas en concurso y que se encontraran pendientes de cumplimiento, con independencia de la existencia de plazos fijados para su ejecución.

En particular, el artículo 48 *bis.2* de la Ley, faculta en exclusividad a la administración concursal, a reclamar, en el momento y cuantía que estime pertinentes, el “[...] *desembolso de las aportaciones sociales que hubiesen sido diferidas [...] y de las prestaciones accesorias pendientes de cumplimiento*”.

En primer lugar, como excepción al régimen general en materia de intervención y para el ejercicio de la facultad de requerir desembolsos de aportaciones y prestaciones accesorias pendientes de cumplimiento, la norma atribuye legitimación exclusiva a la administración concursal. Si nada hubiera previsto la legislación en esta materia, por los principios generales del régimen de intervención, la facultad atribuida a la administración concursal, hubiese resultado atribuible al órgano de administración de la persona jurídica.

El motivo de la excepción estaría dado por la pretensión de impedir que ante la ausencia de solicitud por parte del órgano de administración de la persona jurídica concursada a sus socios, resulten perjudicados los acreedores concursales. Esto podría acontecer, a modo de ejemplo, cuando los administradores fueran, a su vez, socios de la sociedad concursada con fracciones de capital que no han sido desembolsadas completamente<sup>515</sup>.

A nuestro entender, si bien podría resultar comprensible la razón por la que el legislador concursal introdujo esta excepción, consideramos que nada obstaría a que, adicionalmente, se hubiera otorgado legitimación para reclamar los desembolsos de aportaciones comprometidas y prestaciones accesorias pendientes de cumplimiento, tanto a los acreedores del deudor, como a la propia persona jurídica concursada, quien efectivizaría el reclamo por intermedio de su órgano de administración. Sin embargo, creemos que en modo alguno le estaría vedada al órgano de administración de la persona jurídica concursada, la posibilidad de instar a la administración concursal a que promueva el reclamo de los desembolsos y prestaciones accesorias que se encontraren pendientes.

En segundo lugar, el reclamo por parte de la administración concursal podrá ocurrir en cualquier instancia del procedimiento: durante la fase común, en la de convenio (en estos dos casos, el requerimiento podría resultar de utilidad extrema para la continuación

---

<sup>515</sup> MORENO, E., “El órgano de...”, *op. cit.*, p. 296.

de la actividad profesional o empresarial del deudor concursado), e inclusive, en la fase de liquidación.

## **B.- Régimen de suspensión**

Las facultades de administración y disposición del patrimonio del deudor en el marco del procedimiento concursal, varían con respecto al alcance de las referidas facultades con anterioridad a la declaración de concurso, pues los efectos de éste incidirán sobre su forma de actuación.

Incluso, dentro del procedimiento concursal, el alcance de las facultades patrimoniales del concursado tendrá variantes en la medida que el deudor estuviere sometido a un régimen de intervención (en cuyo caso, necesitará de la autorización previa o conformidad posterior de la administración concursal para realizar actos de administración y disposición de la masa activa), o a un régimen de suspensión de sus facultades patrimoniales (en cuyo caso, será sustituido en las mismas por la administración concursal).

En este apartado, analizaremos algunos aspectos relativos a los efectos del procedimiento concursal respecto del ejercicio de facultades de administración y disposición del patrimonio de la persona jurídica concursada, cuando se hubiere dispuesto un régimen de suspensión. Para ello, vale aclarar desde ya, que algunas referencias aplicables al régimen de suspensión han sido analizadas en el apartado anterior, en la medida que el régimen puede, en algunos casos, ser común.

Habíamos indicado, que suele existir un lapso más o menos extenso entre la designación de la administración concursal y la aceptación del cargo para el cual ha sido designada por el juez del concurso. Durante ese período, el deudor concursado - amén de las restricciones legales por efecto del auto de admisión del concurso - podría tener la necesidad de gestionar su negocio; empero, aún no ha sido sustituido por la administración concursal.

Contrariamente a lo analizado para la hipótesis de intervención, si la declaración judicial del concurso dispuso un régimen de suspensión del ejercicio de las facultades patrimoniales del deudor, la Ley no prevé una solución específica con respecto a la actuación en el período que se extiende desde la designación de la administración concursal hasta su aceptación.

Pues bien, el artículo 44.2 párrafo segundo de la norma concursal, rige en caso de intervención, o sea, cuando han resultado limitadas las facultades patrimoniales del deudor concursado.

Resta entonces, resolver qué sucede en los casos en que se ha dispuesto un régimen de suspensión del deudor en lo concerniente al ejercicio de facultades de disposición y administración de la masa del concurso.

Una interpretación a *sensu contrario* de lo previsto por el artículo 44.2 párrafo segundo de la Ley, llevaría a concluir que los administradores de la persona jurídica concursada no podrían realizar los actos propios de su giro o tráfico que resultaren imperiosos para la continuidad de la actividad profesional o empresarial a la que se dedicare. Esta circunstancia conlleva el riesgo de la paralización de la actividad del deudor concursado<sup>516</sup>.

Otra posibilidad, sería la de interpretar que si nada se hubiere dispuesto por el juez del concurso en el auto de admisión del procedimiento, las mismas razones de excepción previstas para el supuesto de intervención, debieran resultar de aplicación a los supuestos de suspensión<sup>517</sup>.

---

<sup>516</sup> MORENO, E., “El órgano de administración...”, *op. cit.*, p. 219.

<sup>517</sup> *Cf.*: MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “Continuación del ejercicio...”, *op. cit.*, pp. 917 y 918. La autora, se inclina por la aplicación analógica de lo previsto en el artículo 44.2 párrafo segundo de la LC, en caso de suspensión y siempre que el juez del concurso no haya dispuesto “*como medida cautelar para la conservación del*

Finalmente, podría entenderse que el régimen de excepción previsto por la legislación concursal, lo fue únicamente para el supuesto de intervención, no resultando aplicable para el caso de suspensión de las facultades patrimoniales del deudor concursado.

En nuestra opinión, en la medida que no exista una disposición del juez del concurso en sentido diverso y, con fundamento en la salvaguarda de los intereses del concurso, y haciendo primar el principio de conservación del emprendimiento viable (la continuidad de la actividad del deudor concursado), adherimos a las posturas que otorgan la posibilidad al deudor concursado con facultades suspendidas, a continuar con la actividad imprescindible durante el breve periodo señalado<sup>518</sup>.

Una vez que la administración concursal acepte el cargo, comenzará a regir en plenitud el régimen jurídico previsto para el caso de haberse dispuesto la sustitución.

La administración concursal, en el ejercicio de las facultades de administración y disposición, deberá conservar la masa activa “del

---

*patrimonio del deudor (...), que la actividad sea continuada por el propio concursado (personalmente o por medio de sus representantes) bajo el control del propio juez o por sí solo dentro de los límites que señale dicho juez”.*

<sup>518</sup> En el mismo sentido, MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “Continuación del ejercicio...”, *ibíd.*, quien afirma, en página 918: “[...] ante la ausencia de norma expresa que se refiera a la cuestión, hay que aplicar analógicamente lo establecido por el número 2 para el caso de intervención: el concursado podrá realizar los actos propios del giro o tráfico que sean imprescindibles para la continuación de su actividad, siempre que se ajusten a las condiciones normales del mercado. Las razones que justifican la realización por el concursado intervenido de tales actos concurren también, en principio, en caso de sustitución del deudor, pues la sumisión a uno u otro efecto depende, inicialmente, únicamente de la solicitud del concurso. Si el juez considera que el concursado no debe realizar los actos imprescindibles para la continuación de la actividad que se ajusten a las condiciones normales del mercado debe establecer una medida cautelar que lo impida”.

*modo más conveniente para los intereses del concurso”* (art. 43.1, LC). Además, tendrá a su cargo la adopción de las medidas necesarias tendientes a la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor. Esto, sin perjuicio de que el órgano de administración de la persona jurídica podrá continuar realizando aquellas actividades relativas a su giro o tráfico que no impliquen afectación del ejercicio de sus facultades patrimoniales.

En lo que refiere a la iniciativa para requerir al juez, en interés del concurso, la resolución de determinados vínculos contractuales con obligaciones pendientes de ejecución en los que sea parte el deudor concursado, la misma es atribuida a la administración concursal, órgano que ejerce las facultades patrimoniales de la persona jurídica concursada en el supuesto de suspensión.

Más allá de lo expresado, entendemos que bajo el régimen de suspensión, la persona jurídica concursada, a través del órgano de administración, podría instar a la administración concursal a que solicite al juez la resolución de determinados vínculos contractuales con obligaciones pendientes de cumplimiento, en interés del concurso.

No existen mayores peculiaridades en cuanto a la solicitud de modificación de las condiciones de trabajo, ni en lo que refiere a la solicitud de extinción o suspensión colectivas de los referidos vínculos contractuales en los que sea parte empleadora. Así, el artículo 64.2 párrafo primero de la Ley faculta a la administración concursal a formular al juez la mencionada solicitud.

La decisión judicial por la que se resuelve la adopción de las medidas colectivas solicitadas puede ser impugnada por la administración concursal en nombre del deudor (art. 54.1, LC).

Tampoco es posible advertir particularidades, en lo que refiere a la rehabilitación de contratos, siendo tal procedimiento, resorte de la administración concursal.

En caso de haberse dispuesto un régimen de sustitución en el ejercicio de las facultades de administración y disposición del patrimonio de la persona jurídica concursada, la administración concursal sustituirá al deudor en los procedimientos judiciales y arbitrales que se encuentren en trámite (art. 51.2, LC).

Recordemos que, en el escenario de intervención, el deudor concursado necesita autorización de la administración concursal “*para desistir, allanarse, total o parcialmente, y transigir litigios cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio*” (art. 51.3, LC). Esto, hace suponer que estando suspendido en sus facultades el deudor, sería razonable que las referidas potestades fueran atribuidas a la administración concursal. Empero, la legislación dispone que la administración concursal “*necesitará la autorización del Juez del concurso para desistir, allanarse, total o parcialmente, y transigir litigios*” (art. 51.2, LC)<sup>519</sup>.

En cuanto a los procesos declarativos iniciados con posterioridad a la declaración de concurso, la facultad para promover los mismos es resorte de la administración concursal.

A diferencia de lo que ocurre en el supuesto de intervención, en hipótesis de suspensión, “*subsistirá la obligación legal de formular y de someter a auditoría las cuentas anuales, correspondiendo tales*

---

<sup>519</sup> Ampliando la posición, “MORENO, E., “El órgano de...”, *op. cit.*, p. 281, afirma: “*Quizás habría sido conveniente una cierta homogeneización entre ambas situaciones ya que, mientras en la primera la última palabra la tiene la administración concursal por lo que sobre ella podría recaer la posible responsabilidad, en los supuestos de sustitución la administración concursal no va a responder a pesar de ser la proponente del desistimiento, allanamiento o transacción, ya que la última palabra la tiene el juez*”. De todas formas, cabe recordar que el hecho de que la decisión última sobre alguna cuestión que se suscite en el concurso no corresponda a la administración concursal, no excluye en todo supuesto y circunstancia el que sea posible, pese a ello, serle reclamada responsabilidad. Así por ejemplo, ocurrirá cuando la administración concursal promoviera una determinada medida y obtuviera del juez la aprobación de la misma, ocultando hechos relevantes, que de haber sido conocidos, hubiesen eventualmente llevado al órgano jurisdiccional a fallar en otro sentido.



*facultades a los administradores concursales*” (art. 46.3, LC)<sup>520</sup>. Quien ha asumido por disposición judicial el desarrollo de las facultades patrimoniales del deudor concursado, es a quien corresponde formular las cuentas anuales, por ser reflejo éstas, del resultado de la actividad empresarial<sup>521</sup>.

Como se señaló, en este mismo capítulo, dispuesta la intervención del ejercicio de facultades patrimoniales, se admite la posibilidad de que la administración concursal autorice a los administradores de la persona jurídica concursada, a retrasar la formulación de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio previo a la declaración de concurso (art. 46.1, párrafo segundo, LC). Sin embargo, la legislación concursal no se pronuncia con relación al retraso en la formulación de las cuentas anuales en la hipótesis de suspensión. Es así que habrá de estarse a lo dispuesto en el artículo 75.1.2º párrafo segundo de la Ley, según el cual, en caso que el deudor no hubiera presentado las cuentas anuales correspondientes al ejercicio anterior a la declaración de concurso, las mismas serán formuladas por la administración concursal, en base a los datos que haya podido obtener de libros y documentos del deudor concursado, así como a la información que el deudor le haya suministrado (cumplimiento del deber de colaboración) y toda otra información que haya obtenido dentro del plazo de quince días<sup>522</sup>.

---

<sup>520</sup> En caso de intervención, esta obligación recae sobre el órgano de administración de la persona jurídica concursada.

<sup>521</sup> BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Cuentas anuales del deudor (Art. 46)”, en ROJO, Á., y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *Comentario de la Ley concursal*. Tomo I, 1ª edición, 2ª reimpresión, Editorial Civitas, Madrid, 2004, p. 944. “[...] cuando haya quedado suspendido el ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio y, en consecuencia, el concursado - o sus administradores - haya sido sustituido en esa función por la administración concursal, corresponderá directamente a esta última, en todo caso, en virtud de la sustitución, la formulación de las cuentas anuales y la correspondiente firma. En este caso habrá de prestarse especial atención a los deberes de colaboración con los órganos concursales impuestos legalmente al concursado, a sus administradores o liquidadores y a sus apoderados (art. 42)” (énfasis en el original).

En último término, y en lo que tiene que ver con los desembolsos de aportaciones y prestaciones accesorias a los que se hubieren comprometido los socios de las sociedades mercantiles declaradas en concurso y que se encontraren pendientes de cumplimiento, no existirían diferencias en ambos supuestos (el de intervención y el de sustitución), en la medida que el artículo 48 *bis.2* de la Ley, atribuye en exclusividad a la administración concursal, la potestad de reclamar los desembolsos y prestaciones mencionados.

## II.- Régimen jurídico uruguayo

### A.- Régimen de intervención

La sentencia que declara el concurso marca el nacimiento del estatuto del concursado. La misma tiene un contenido complejo, dentro del cual se incluye la “*designación de síndico o interventor, según corresponda*” (art. 19, LCRE).

Una vez declarada la apertura judicial del concurso, el Juzgado debe comunicar al síndico o al interventor concursado su designación, “*por el medio más rápido*”<sup>523</sup> para que, dentro del término de cinco días<sup>524</sup> siguientes a la comunicación, quien hubiere sido designado acepte el cargo. El mismo, no podrá ser rehusado, a no ser que exista

---

<sup>522</sup> “MORENO, E., “El órgano de...”, *op. cit.*, p. 290.

<sup>523</sup> La expresión utilizada es técnicamente mejorable, pero es de fácil comprensión. Permite “[...] *al Juez elegir el medio que, según las particularidades de cada caso resulte (...) el más expedito para hacer llegar la noticia del nombramiento al designado*” (BACCHI, A., “Síndicos e interventores...”, *op. cit.*, p.23).

<sup>524</sup> El plazo previsto en la LCRE es un plazo procesal, por lo que los días deben computarse como hábiles. En virtud de la remisión del artículo 253 de la LCRE “*a lo establecido por el Código General del Proceso*”, el comienzo del plazo referido, será el primer día hábil siguiente al de la notificación recibida de parte del Juzgado (art. 93, CGP).

“*causa grave*”<sup>525</sup>, la que será evaluada por el juez *con criterio estricto*, “*o que renuncie además a su inscripción en el Registro de Síndicos e Interventores Concursales*” (art. 29, LCRE)<sup>526</sup>.

Quien fuere designado como síndico o interventor, tiene la carga de aceptar el nombramiento. Si no acepta por haberse configurado una causa grave, el designado continuará inscripto en el Registro de Síndicos e Interventores Concursales que lleva la Suprema Corte de Justicia, pero se inscribirá en el mencionado Registro la negativa de aceptación del nombramiento, con indicación de las causas invocadas en la negativa (art. 42.3, LCRE). Por su parte, en caso de rehusar la aceptación no habiendo mediado causa grave, deberá además renunciar a su inscripción en el Registro.

Más allá de la indeterminación de algunos conceptos incluidos por la legislación concursal en torno a la aceptación del síndico o del interventor al cargo para el que fueron designados, consideramos adecuadas las previsiones legales en este sentido, pues si se permitiera la aceptación o no del nombramiento sin más, seguramente la labor

---

<sup>525</sup> La LCRE no menciona cuáles podrían ser causas graves para la no aceptación. Quedarían excluidos los motivos de oportunidad o conveniencia e incluidas determinadas causas, como ser, el estado de salud grave, el encontrarse en otro país, etcétera. Habría sido mejor emplear la expresión “*justa causa*”, la que contemplaría más situaciones que puedan no ser calificadas como “*graves*”, pero que justificarían plenamente la no aceptación. Por este motivo, el Código General del Proceso, que regula el concurso civil, prevé como causal de no aceptación la existencia de “*motivo fundado de excusación*” (Cfr., BACCHI, A., “Síndicos e interventores...”, *op. cit.*, p.23). Para la determinación del concepto de *causa grave*, coincidiendo con lo manifestado por respetada doctrina, la LCRE hubiera debido remitirse a las causales de incompatibilidad y prohibiciones previstas en el artículo 28, para su interpretación por el juez del concurso en cada caso concreto (ROMANG, C. y LÓPEZ, C., en “Nombramiento”, en LÓPEZ, C., (Director), BADO, V., y ROMANG, C., (Coautoras), *Ley de declaración judicial del concurso y reorganización empresarial, Análisis exegetico*, Tomo I, LA LEY URUGUAY, Montevideo, 2012, p. 211).

<sup>526</sup> Una vez que el síndico o el interventor haya aceptado el cargo, solo podrán “*renunciar por causa grave*” (art. 29 *in fine*, LCRE).

profesional de los administradores concursales perdería eficiencia y celeridad, repercutiendo negativamente en la suerte de la empresa en estado de insolvencia y de los acreedores del concurso.

Entonces, la declaración judicial de concurso supone - entre otros aspectos - la designación de un síndico o de un interventor. Esta circunstancia supondrá la intromisión de los administradores concursales en la administración y gestión del patrimonio del concursado, con diverso alcance según haya operado la suspensión o la limitación de la legitimación del deudor para disponer.

Según hemos expresado, la declaración judicial de concurso no implica la interrupción de la actividad o actividades a las que se dedique el deudor concursado. No obstante, podría transcurrir un lapso considerable entre la designación del síndico o del interventor, su comunicación por el Juzgado y la aceptación de éstos. Por ello, la LCRE dispone que la notificación se tramite “*por el medio más rápido*”.

Por lo pronto, resulta necesario determinar qué podría ocurrir durante este “*período bisagra*”, de extensión incierta<sup>527</sup>, tanto en el escenario de suspensión como de limitación de la legitimación para disponer.

La LCRE no contiene previsión alguna con relación a este período, circunstancia que podría ocasionar daños irreparables a la masa concursal. Ni siquiera se prevé la posibilidad que el deudor concursado pueda realizar actos imprescindibles relativos a la actividad a la que se dedicare.

---

<sup>527</sup>A modo de ejemplo, en expediente IUE 3-54161/2014, se declaró el concurso voluntario de Distrimat Ltda. el 22/06/2015 y a causa de la Feria judicial menor (del 1º al 15 de julio, cada año), recién se pudo entablar contacto con el designado interventor concursal, luego de la misma. Por tanto, medió entre la declaración de concurso y la aceptación un mes. Expediente consultable en [www.expedientes.poderjudicial.gub.uy](http://www.expedientes.poderjudicial.gub.uy).

La Ley concursal uruguaya habilita al juez la imposición de medidas cautelares con posterioridad a la sentencia que declare el concurso. Así, admite expresamente la imposición de medidas sobre la persona del deudor, como ser la intervención de las comunicaciones, o la prohibición de mudar de domicilio o salir del país (art. 23, LCRE), así como el embargo preventivo de bienes y derechos de administradores, liquidadores o integrantes del órgano de control interno en caso de concurso necesario con pasivo superior al activo (art. 24, LCRE), o incluso, el embargo de bienes de personas anteriormente vinculadas con el deudor concursado como ser ex administradores, ex liquidadores, o ex integrantes del órgano de control interno (art. 25, LCRE).

Evidentemente, las medidas cautelares admitidas por la LCRE una vez declarado judicialmente el concurso, no guardan relación con la posibilidad de imponer medidas, que el juez entienda imprescindibles para asegurar la integridad, la conservación o la administración del patrimonio del deudor concursado, hasta tanto el síndico o el interventor no acepten el cargo.

Empero, es preciso hacer una salvedad. En el supuesto de limitación de la legitimación del deudor concursado para disponer y obligar a la masa del concurso, la LCRE compele al deudor a requerir autorización del interventor para contraer, modificar o extinguir obligaciones, para conferir, modificar o revocar poderes, y para realizar cualquier acto jurídico relativo a bienes que componen la masa activa del concurso (art. 47.1, LCRE). No obstante, quedan por fuera de las limitaciones señaladas, *“las operaciones ordinarias del giro del deudor, las cuales serán realizadas por éste bajo el control del interventor”* (art. 47.2). Por consiguiente, los actos relativos a las operaciones ordinarias del giro del deudor, podrán ser celebrados por éste y una vez que el interventor acepte el cargo, asumirá el contralor de dichos actos.

La aceptación del cargo por parte del síndico o del interventor concursal, trae aparejada la plena aplicación del régimen jurídico

previsto en la LCRE relativo a la suspensión o limitación de la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso.

Así, debemos expresar en primer término, que la legislación concursal impone al síndico o al deudor (en este último caso, con la autorización y control del interventor), “*administrar la masa activa del modo más conveniente para la satisfacción de los acreedores*” (art. 75, LCRE).

Tanto el síndico como el deudor, en su caso, deberán actuar con la finalidad protectora del conjunto de acreedores<sup>528</sup>. Se busca evitar la pérdida de valor de los bienes que integran la masa activa del concurso.

Esta imposición legal no supone que el síndico o el deudor puedan disponer libremente de los bienes y derechos que componen la masa activa. Únicamente podrán hacerlo cuando ello resulte más beneficioso para los acreedores.

Como ya hemos expresado, esta facultad que atribuye la LCRE al síndico o al deudor, encuentra dos límites. El primero, ya explicitado, contemplar el interés de los acreedores; y el segundo, que en caso que la enajenación o gravamen supere el 5% del valor total de la masa activa, se necesitará recabar la previa autorización del juez del concurso.

Entonces, durante la etapa de convenio y en virtud de haberse dispuesto la limitación de la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso, el órgano de administración de la persona jurídica concursada tiene legitimación para enajenar bienes y derechos de la masa activa, con la autorización y control del

---

<sup>528</sup> La satisfacción de los acreedores constituye el interés primordial, pero no único del concurso. Así, la LCRE busca la conservación de las fuentes de trabajo y de la actividad económica viable, entre otros aspectos.

interventor, siempre que el monto de mencionada enajenación no supere el 5% del valor total de la masa activa. En caso de superarlo, también podría llevarse a cabo la enajenación, pero deberá - en esta circunstancia - requerir autorización del juez.

La declaración judicial de concurso no afecta, en principio, las relaciones contractuales de los que fuere parte el deudor concursado, como consecuencia del mantenimiento de la actividad a la que se dedicare. Así, el deudor concursado podría estar vinculado - lo que es habitual - por contratos con obligaciones pendientes de ejecución, tanto de su parte, como de parte del co-contratante (arrendamientos de bienes y servicios, contratos de provisión de materias primas, telefonía, etcétera)<sup>529</sup>.

De esta forma, es menester analizar cuáles serían las facultades del órgano de administración y representación de la persona jurídica concursada con relación a los referidos vínculos contractuales.

---

<sup>529</sup> Sancionada la LCRE, se suscitaron discusiones doctrinarias y fallos judiciales con respecto al alcance de la expresión *contratos de los cuales deriven obligaciones del deudor pendientes de ejecución*, donde se entendía que las cesiones de crédito y las cesiones de créditos futuros, quedaban comprendidos dentro de dicha categoría (ver los expedientes IUE 2-42747/2010 y 2-26424/2011, en [www.expedientes.poderjudicial.gub.uy](http://www.expedientes.poderjudicial.gub.uy)). A los efectos de solucionar la problemática planteada, se sancionó la Ley 18.937, cuyo artículo único dispone: “*Interprétase el artículo 68 de la Ley N° 18.387, de 23 de octubre de 2008, en el sentido de que la facultad que el numeral primero otorga al síndico o al deudor con autorización del interventor de rescindir unilateralmente los contratos de los cuales deriven obligaciones pendientes de ejecución, no alcanza en ningún caso a las cesiones de créditos o derechos, presentes o futuros, respecto de los cuales se hubiera producido la tradición real o ficta o que la transferencia de créditos hubiera operado por aplicación de lo dispuesto por los artículos 33 y 34 de la Ley N° 16.774, de 27 de setiembre de 1996, en la redacción dada por el artículo 1° de la Ley N° 17.202, de 24 de setiembre de 1999. Dicha facultad tampoco alcanza a los contratos garantizados con derechos reales o fideicomisos en garantía. Asimismo, las obligaciones pendientes de ejecución a que alude el citado artículo 68, son únicamente las principales. La interpretación precedente es aplicable también a la facultad de resolución anticipada prevista en el párrafo segundo del artículo 170 de la Ley N° 18.387, de 23 de octubre de 2008*”.

El artículo 68.1 de la LCRE dispone, que en caso de existir al tiempo de la declaración judicial de concurso, contratos de los cuales deriven obligaciones del deudor que estuvieren pendientes de ejecución, el síndico o el deudor (con la autorización del interventor), tendrán la facultad de rescindir<sup>530</sup> unilateralmente<sup>531</sup> los referidos contratos (o alguno de ellos), “dentro del plazo establecido para que los acreedores presenten la solicitud de reconocimiento de sus créditos”<sup>532</sup>.

Cabe consignar, en primer lugar, que la facultad conferida por la LCRE al síndico o al deudor con autorización del interventor, no requiere solicitud al juez del concurso ni autorización de éste, y deriva - en el caso del concursado persona jurídica - de las facultades patrimoniales del órgano de administración en el supuesto de limitación de la legitimación. Entonces, la persona jurídica concursada, por intermedio del órgano de administración, podrá requerir la autorización del interventor para rescindir determinados vínculos contractuales.

La LCRE admite que la rescisión sea unilateral, aun cuando ello no obsta a que la misma, en acuerdo con el co-contratante, se realice convencionalmente. El juez del concurso fijará el monto de la indemnización de daños y perjuicios que ocasione la resolución, “crédito que tendrá la consideración de concursal” (art. 68.3, LCRE).

---

<sup>530</sup> El legislador parece haber utilizado los vocablos “rescisión” y “resolución” como sinónimos en el artículo 68 de la LCRE. Sin embargo, pacíficamente se entiende que se trata de conceptos diferentes, ya que, si bien ambos provocan la extinción del contrato, la rescisión sólo produce efectos hacia el futuro (*ex nunc*), mientras que la resolución, tiene alcance hacia el pasado (efecto *ex tunc*).

<sup>531</sup> Evidentemente el artículo 68 de la LCRE está *poderosamente inspirado* en el artículo 72 de la propuesta de anteproyecto de ley concursal de 12 de diciembre de 1995 (PALC).

<sup>532</sup> El plazo de que disponen los acreedores para presentar la solicitud de verificación de créditos es el establecido en el artículo 94 de la LCRE: “sesenta días, contados desde la fecha de declaración judicial de concurso”.



Esta previsión legal, supone una excepción a la regla que determina que los créditos nacidos después de la declaración de concurso tendrán la consideración de créditos contra la masa (art. 91.4, LCRE). Por consiguiente, en caso de rescisión unilateral de contratos de los que resulten obligaciones del deudor pendientes de ejecución, independientemente del momento en que se hayan generado los perjuicios ocasionados por la misma, el crédito que determine el juez para el co-contratante, será un crédito concursal y por tanto, el acreedor deberá comparecer en el expediente del concurso solicitándole al juez, la fijación de dicho crédito.

Adicionalmente, la LCRE determina la posibilidad que, dentro del plazo fijado para rescindir contratos con obligaciones del deudor pendientes de ejecución, *“la contraparte del deudor podrá exigir (...) al síndico o al deudor y al interventor, que manifiesten si resolverán o no el contrato”*. Y si no ejercieran la referida facultad dentro del plazo de cinco días posteriores a la recepción del requerimiento, ya no podrán ejercitarla, a no ser que se apruebe una propuesta de *“convenio que no implique la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor o disponga la liquidación de la masa activa”* (art. 68.2, LCRE).

Como se puede apreciar, se reconoce al contratante *in bonis* la potestad de exigir el síndico o al deudor y al interventor, emitir pronunciamiento respecto a la voluntad o no de resolver determinado contrato del cual deriven obligaciones del deudor pendientes de ejecución. De alguna manera, la LCRE confiere al co-contratante del deudor concursado la posibilidad de circunscribir la incertidumbre de la vigencia de un contrato a un plazo más acotado al previsto por la norma para rescindir contratos.

Podría ocurrir, en el escenario de limitación de la legitimación del deudor persona jurídica para disponer y obligar a la masa, que el interventor considere oportuno y conveniente para la mejor satisfacción de los acreedores, la resolución de un contrato con

obligaciones del deudor concursado pendientes de ejecución, en contra de la voluntad del órgano de administración de la persona jurídica concursada. En este supuesto, no se podrá rescindir el contrato ya que la LCRE es precisa, en cuanto faculta al deudor (con iniciativa exclusiva a efectos de solicitar la necesaria autorización al interventor) a rescindir unilateralmente los multicitados contratos con obligaciones del deudor pendientes de ejecución.

Por otra parte, la tendencia de la Ley de concursos uruguayo relativa al mantenimiento de las relaciones contractuales resulta claramente reflejada en los contratos de trabajo de los que sea parte empleadora el deudor concursado. Los referidos vínculos laborales *“no resultarán rescindidos por efecto de la declaración de concurso”* (art. 69, LCRE).

Más allá de la expresión legal, en caso de limitación de la legitimación para disponer, el deudor con autorización del interventor, podrá rescindir contratos de trabajo en la medida que, por ejemplo, si bien pudo haberse mantenido la actividad a la que se dedica el deudor concursado, la misma pudo haber resultado mermada y, en consecuencia, la plantilla de trabajo resulta excesiva para el desarrollo del giro del deudor. Evidentemente, habrá que analizar en profundidad la ventaja o desventaja de la rescisión de contratos laborales, en la medida que, la indemnización por despido es un crédito contra la masa - pues nace con posterioridad a la declaración judicial de concurso - que debe abonarse a su vencimiento, fuera del procedimiento de concurso.

El artículo 70 de la LCRE, faculta al síndico o al interventor, solicitar al juez del concurso, el aplazamiento del pago de los créditos *“del personal de alta dirección”*, siendo considerado tal, *“los directores, gerentes generales y todo aquél que tuviera facultades de decisión sobre cuestiones sustanciales de la actividad del deudor”*. Incluso, el aplazamiento del pago podría extenderse hasta que haya quedado firme (cosa juzgada formal) la sentencia de calificación del concurso.

Al respecto, cabe efectuar algunas consideraciones. La Ley separa en dos disposiciones normativas diversas, los contratos de trabajo y los contratos del personal de alta dirección. Sin embargo, los gerentes generales (factores)<sup>533</sup>, habitualmente se encuentran vinculados al deudor concursado por un contrato de trabajo y, en consecuencia, están alcanzados por lo dispuesto en el artículo 69 de la norma concursal. Asimismo, la disposición legal incluye dentro del personal de alta dirección, a aquellos sujetos con facultades para adoptar decisiones sobre aspectos sustanciales de la actividad del deudor concursado. La expresión normativa es amplia y con cierto grado de imprecisión. Podría estar incluido en esta categoría el personal que se encuentra al frente de determinadas gerencias de la estructura empresarial (recursos humanos, finanzas, marketing, entre otras).

Seguramente y dada la cercanía y vinculación al órgano de administración de la persona jurídica concursada, la LCRE ha optado por incluirlos dentro del personal de alta dirección <sup>534</sup>. No obstante, y

---

<sup>533</sup> Sujetos que se encuentran al frente del establecimiento, dotados de facultades amplias de administración de los negocios del principal (arts. 133 a 162, CComU y art. 24, Dec. Ley 14701).

<sup>534</sup> Se ha criticado la escueta regulación de la LCRE a las gerencias en lo relativo al régimen de responsabilidad, partiendo de la base que los gerentes “*toman decisiones con conocimiento y manejo del negocio en mejores condiciones que las que tiene (en igual caso) el propio director*”. Los gerentes, muchas veces, son protagonistas de las decisiones de riesgo, mientras que los directores, en múltiples oportunidades, solo se limitan a homologar las decisiones de las gerencias. “*Correspondería entonces, a la hora de revisar la recepción legislativa del instituto advertir que la adecuada tamización de las respectivas “cuota-partes” de participación en la generación de eventual responsabilidad (directores & gerentes), y demás consecuencias previstas para directores, en algunas ocasiones pueden generar arbitrariedades al pretender imputarles decisiones, que han tomado, pero a los efectos solamente de refrendar las emergentes de las propias gerencias, órganos naturales de generación de decisiones técnicas que vinculan a la sociedad concursada*” (COHEN, M., “Cargos gerenciales. ¿Qué tanto les impacta la declaración de concurso de la sociedad en la que se desempeñan?”, en *Sociedades y concursos en un mundo de*

por razones similares a las expresadas con relación a los demás contratos de trabajo, también sus vínculos laborales podrán resultar rescindidos. Ahora bien, más allá del eventual aplazamiento en el pago de sus créditos - previsto en el artículo 70 de la Ley - si los contratos de gerentes generales u otros sujetos con poder de decisión fueren rescindidos, la indemnización por despido será un crédito contra la masa (art. 91.4, LCRE) y sólo podrían resultar aplazados, sus créditos concursales, es decir, los que se hubieren generado con anterioridad a la declaración judicial de concurso.

En otro orden, y como derivación del mantenimiento de la actividad del deudor concursado, la LCRE faculta al síndico o al interventor a rehabilitar determinados contratos que han caducado o que han sido resueltos. Específicamente, los contratos que podrían ser rehabilitados son “*los contratos de mutuo pagaderos en cuotas de capital o de intereses, las compraventas a crédito de bienes muebles o inmuebles, las promesas de enajenación de inmuebles a plazos, los arrendamientos y los créditos de uso que hubieran caducado por incumplimiento del deudor de la obligación de pagar el precio y/o de realizar los pagos periódicos comprometidos*” (art. 79, LCRE)<sup>535</sup>.

La Ley de concursos uruguayo no habilita de forma expresa al concursado persona jurídica a que, por medio del órgano de administración, pueda requerir al interventor, la rehabilitación de los contratos previstos en la disposición referida. Empero, parecería razonable que el deudor concursado, quien posiblemente tiene un

---

*cambios, Semana Académica del Instituto de Derecho Comercial*, 1ª ed., F.C.U., Montevideo, 2010, pp. 379 a 381).

<sup>535</sup> El elenco de contratos pasibles de ser rehabilitados está limitado a lo señalado por la ley, no pudiendo se tendrán por vía analógica. “*Tampoco podríamos considerar comprendido el contrato de arrendamiento, si el incumplimiento se refiere por ejemplo, a la obligación de conservación del bien, siempre se trata del obligación de pagar cantidad de dinero, obligación impagada que no fue cumplida en tiempo útil por el deudor*” RODRÍGUEZ MASCARDI, T., CARRAU, M. y HERDT, C. (Colaboradoras), “Cuadernos de Derecho concursal”, FCU, segunda edición, Montevideo, 2011, p. 164.

mayor conocimiento de la operativa contractual de su empresa que el propio interventor, pueda requerir al interventor la rehabilitación de determinados contratos que pudieren resultar favorables para la continuación de la actividad del deudor y para los intereses del concurso, por sobre los intereses particulares de los co-contratantes.

La legislación marca dos límites dentro de los cuales puede procederse a la rehabilitación de contratos. El primero, de naturaleza temporal. La comunicación de la rehabilitación a quien fuere titular del crédito, deberá efectuarse dentro del plazo previsto para la solicitud de verificación de créditos<sup>536</sup>. El segundo, consiste en que no debe haber recaído sentencia firme disponiendo la resolución del contrato por incumplimiento.

Claramente, los pagos que se generen con posterioridad a la rehabilitación de contratos, serán créditos contra la masa (art. 91.4, LCRE). De todas maneras, tal circunstancia se reafirma a texto expreso (art. 79.3, LCRE).

Como es sabido, la declaración judicial de concurso incide en determinadas facultades del deudor concursado, especialmente en lo relativo a la actuación en procedimientos judiciales en los que éste fuere parte.

En caso de haberse dispuesto la limitación de la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso, el órgano de administración conserva la legitimación para actuar en los procedimientos judiciales en los que el deudor sea parte. Empero, y como consecuencia de lo previsto en el artículo 47.2 de la LCRE, en caso de desistimiento, transacción o allanamiento total o parcial, requerirá autorización del interventor, en la medida que los referidos actos estarían relacionados con la eventualidad de contraer, modificar o extinguir obligaciones, todo lo cual tendrá repercusión en el patrimonio del deudor concursado.

---

<sup>536</sup> El plazo es de sesenta días, contados a partir de la fecha de declaración judicial de concurso (art. 94, LCRE).

En la hipótesis de limitación de la legitimación para disponer, corresponderá al órgano de administración de la persona jurídica concursada la presentación de los estados contables<sup>537</sup>. Específicamente para las sociedades mercantiles, los administradores deberán presentar los mismos, dentro del plazo de cuatro meses a contar desde la fecha de cierre del ejercicio económico (art. 87, LSC).

El tratamiento de los estados contables así como su aprobación, estarán sometidos al órgano deliberativo de las sociedades mercantiles. Particularmente, en materia de sociedades anónimas, el órgano deliberativo es la asamblea ordinaria de accionistas, encargada de considerar y resolver el balance general, el proyecto de distribución de utilidades, entre otros aspectos (art. 342, LSC).

A su vez, el artículo 344 de la Ley de sociedades comerciales, prevé que la referida asamblea, será convocada “[...] *por el órgano de administración o de control*”. Paralelamente, el artículo 49.2 de la LCRE, relativo al régimen de los órganos de la persona jurídica concursada, en el supuesto de limitación de la legitimación para disponer y obligar a la masa del concurso, establece que la convocatoria a la asamblea “[...] *requerirá la autorización del interventor*”.

---

<sup>537</sup> De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 89 de la LSC, los estados contables deberán ser elaborados y presentados de acuerdo con normas contables adecuadas y su contenido e información básica estará determinado por la reglamentación. Recuérdese, que la reglamentación referida, está regulada en el artículo 3 Decreto 146/009, de 23 de marzo de 2009: “*Los deudores organizados como sociedades comerciales deberán presentar los estados contables preparados según normas contables adecuadas exigidos por la Ley N° 16.060 y por su reglamentación. En el caso de los deudores no organizados como sociedades comerciales deberán presentar los estados contables que hayan presentado a los terceros interesados (Instituciones Financieras, en caso de existencia de deudas bancarias, o en su defecto a la Dirección General Impositiva, o a cualquier otro interesado) y expresarán en qué medida dichos estados se ajustan a las normas contables adecuadas de las sociedades comerciales*”.

En definitiva, en el marco de la presentación de los estados contables, el órgano de administración de la persona jurídica concursada en caso de limitación de la legitimación para disponer, conserva plenamente el ejercicio de facultades atribuidas legalmente, con la salvedad efectuada en relación con la convocatoria al órgano deliberativo para la consideración y aprobación de los mismos.

Por último, es preciso referir a la eventualidad del ejercicio de acciones para obtener el pago de aportaciones comprometidas y el cumplimiento de prestaciones accesorias a que se hubieran comprometido los socios o accionistas de las sociedades mercantiles concursadas. En concreto, el síndico o el interventor, según el caso, se encuentran legitimados en forma exclusiva para el ejercicio de las acciones referidas (art. 51.2 de la LCRE).

Si los bienes propios de la deudora concursada fuesen insuficientes *“el síndico<sup>538</sup> podrá reclamar a los socios o accionistas el pago íntegro de los aportes comprometidos y no realizados, aun cuando no estuviera vencido el plazo establecido para el cumplimiento de dicha obligación”* (art. 51.2, LCRE)<sup>539</sup>.

Como puede apreciarse, se dispone una modificación al régimen general en materia de limitación de la legitimación del deudor para disponer, pues el ejercicio de la facultad de reclamar aportes

---

<sup>538</sup> Consideramos que el legislador no omitió incluir al interventor en este caso. Por el contrario, la redacción es adecuada en la medida que, si hay un interventor designado, necesariamente el activo debe ser suficiente para cubrir el pasivo, y la previsión normativa refiere a la insuficiencia de bienes propios de la concursada, ergo, que el activo es insuficiente para satisfacer el pasivo.

<sup>539</sup> El único antecedente en Uruguay donde se ejerció por parte del síndico, la acción para obtener el pago de aportaciones comprometidas con fundamento en el artículo 51.2 de la LCRE fue en el caso “Pluna Líneas Aéreas Uruguayas S.A. c/ Pluna Ente Autónomo y otros”. Cobro de pesos, IUE 2-25305/2014, tramitado en el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 20° Turno. A la fecha, todavía no se dictó sentencia de primera instancia. Ver en [www.expedientesjudiciales.gub.uy](http://www.expedientesjudiciales.gub.uy).

comprometidos y prestaciones accesorias pendientes de cumplimiento, está conferido únicamente al interventor, y no al órgano de administración de la persona jurídica concursada. Si nada hubiera previsto al respecto, la facultad atribuida al interventor, hubiere resultado atribuible al órgano de administración de la persona jurídica concursada. Esta previsión legal podría obedecer a la finalidad de impedir que ante la ausencia de reclamo por parte del órgano de administración de la persona jurídica a sus socios o accionistas, resulten perjudicados los acreedores concursales.

De todas formas, en base al deber de colaboración que debe prestar el deudor concursado y conociendo la existencia de aportaciones comprometidas y no vertidas a la sociedad o prestaciones accesorias incumplidas, creemos que sería razonable que el órgano de administración de la persona jurídica concursada, pueda instar al interventor concursal la promoción del reclamo correspondiente. Esta hipótesis es poco probable en la práctica, debido a la posible relación entre los integrantes del órgano de administración y los socios o accionistas.

El reclamo que resuelvan llevar adelante el interventor (o en su caso, el síndico), podría ocurrir en cualquier instancia del procedimiento, o sea, tanto en la fase de convenio, como en la fase de liquidación.

## **B.- Régimen de suspensión**

Las facultades de administración y disposición del patrimonio del deudor en el marco del procedimiento concursal, varían en su alcance según al deudor se le hubiere limitado o suspendido la legitimación para disponer y obligar a la masa en la sentencia que declare el concurso.

Se analizará a continuación, algunas cuestiones relativas a los efectos del procedimiento concursal respecto del ejercicio de facultades de administración y disposición del patrimonio de la



persona jurídica concursada en caso de designación de un síndico. Algunos aspectos referidos al régimen de suspensión de la legitimación del deudor, han sido abordados en el apartado anterior.

Al igual que en el supuesto de limitación de la legitimación del deudor para disponer, en el caso de haberse dispuesto la suspensión de la legitimación, puede existir un período más o menos extenso entre el nombramiento del síndico y la aceptación del cargo. En este sentido, sólo cabe mencionar que prácticamente no existen variantes con respecto a lo expresado para el régimen de intervención (limitación de la legitimación del deudor para disponer).

No obstante, y a diferencia de lo que ocurre en caso de haberse ordenado la limitación de la legitimación del deudor para disponer, en caso de suspensión de la legitimación y designación de un síndico, el deudor concursado ni siquiera estará habilitado para desarrollar las *“las operaciones ordinarias del giro...”* pues, de acuerdo a lo previsto en el artículo 46 de la LCRE, el deudor será sustituido en la administración y disposición de sus bienes por el síndico.

Cuando opera la aceptación del cargo por parte del síndico, comienzan a regir en pleno, los efectos generales de la suspensión de la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso (art. 46, LCRE) , así como los efectos particulares con relación a los órganos de la persona jurídica concursada (art. 48, LCRE).

En el escenario de limitación de la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso, el órgano de administración de la persona jurídica concursada se encuentra legitimado para enajenar bienes y derechos de la masa activa, con la autorización y control del interventor, siempre que el monto de mencionada enajenación no supere el 5% del valor total de la masa activa. Si lo supera, requerirá autorización del juez. Empero, si se hubiere dispuesto un régimen de suspensión con designación de un síndico, el deudor no podrá realizar actos de administración y disposición respecto de

bienes o derechos que integren la masa activa del concurso, facultad reservada al síndico (art. 46.1, LCRE).

En aras de la conservación de la masa activa del concurso, el síndico se encuentra autorizado legalmente a enajenar en forma inmediata de “[...] *los bienes de fácil deterioro o de difícil o costosa conservación [...] mediante la modalidad que disponga el Tribunal...*” (art. 74, LCRE)<sup>540</sup>.

Esta potestad atribuida al síndico del concurso, no es conferida expresamente por la LCRE al deudor concursado. No obstante, entendemos que en la medida que exista la necesidad de enajenar bienes que permitan dotar de liquidez al concurso para atender gastos de la masa, o que sean de fácil deterioro, o de difícil o costosa conservación, en el supuesto de limitación de la legitimación del deudor, sería razonable admitir que se pudieran realizar los mismos, pero no a través del procedimiento del artículo 74 de la LCRE, sino mediante el previsto por el artículo 75, párrafo segundo, siempre con la autorización del juez. Claro está, en el caso de las personas jurídicas y en el supuesto de intervención, la legitimación para instar la enajenación o gravamen está conferida a su órgano de administración.

Habíamos señalado, que el artículo 68.1 de la LCRE, faculta al síndico o al deudor - éste, con la autorización del interventor - a rescindir unilateralmente contratos de los cuales deriven obligaciones del deudor pendientes de ejecución. Entonces, en el caso de suspensión de la legitimación, sólo el síndico podrá rescindir los referidos contratos. Esta posibilidad se otorga al síndico no solo en la fase de convenio, sino también, en la fase de liquidación. La apertura

---

<sup>540</sup> Respecto a esta posibilidad, el caso más emblemático en Uruguay se configuró con la venta de siete aviones Bombardier, principal activo de la concursada PLUNA LÍNEAS AÉREAS URUGUAYAS S.A. En virtud del rápido deterioro con relación al precio y la costosa conservación de las aeronaves, el juez autorizó la venta mediante la modalidad licitatoria. Se adjudicó a la mejor oferta de USD 77 millones y el síndico procedió a la venta, la que se realizó con fundamento en el artículo 74 de la LCRE. Ver Decreto 2603/2014, de 30/10/2014, IUE 40-29/2012, en [www.expedientes.poderjudicial.gub.uy](http://www.expedientes.poderjudicial.gub.uy).

de la liquidación de la masa activa del concurso será entonces “[...] *justa causa para la resolución anticipada de los contratos celebrados por el deudor con obligaciones total o parcialmente pendientes de ejecución*” (art. 170, LCRE). Las tres características que distinguen a esta posibilidad de resolución de contratos con obligaciones pendientes de ejecución regulada en la fase de liquidación (art. 170, LCRE), a la prevista luego de la declaración del concurso (art. 68, LCRE), son, en primer lugar, la inexistencia de un plazo a efectos de proceder a la resolución de él o los negocios jurídicos, en segundo término, que el crédito que corresponda a la indemnización fijada por el juez, por los daños y perjuicios causados por la resolución, tendrá la consideración de crédito concursal, y en tercer lugar la no previsión de la posibilidad de que la contraparte del deudor, exija al síndico que manifieste si resolverá o no el negocio jurídico.

Mientras la doctrina uruguaya analiza profusamente el plazo dispuesto para la rescisión o resolución de los contratos con obligaciones pendientes de ejecución luego de la declaración de concurso, no aborda la eventual problemática derivada de la no fijación de un plazo para la resolución. En nuestra opinión, entendemos aplicable lo expresado en oportunidad de analizar las resoluciones de contratos en el régimen jurídico español. Por consiguiente, la inexistencia de plazos habilita al síndico a resolver los contratos ya referidos, luego de declarada la liquidación del concursado. El único límite temporal es la conclusión del concurso (arts. 211 a 213, LCRE). En caso de ser el deudor persona jurídica, la sentencia disponga la conclusión, respecto a aquella “[...] *la declarará extinguida, ordenando la cancelación de su personería jurídica*” (art. 213 *in fine*, LCRE).

La segunda característica es que la resolución en la fase de liquidación aplica el mismo criterio que la resolución o rescisión en la fase de convenio, respecto a considerar como crédito concursal al correspondiente a los daños y perjuicios generados por la resolución, fijados por el juez. Adviértase que muchas de las obligaciones correspondientes a contratos que pueden ser resueltos en la fase de

liquidación, al haberse contraído luego de la declaración de concurso, tendrían la naturaleza de créditos contra la masa. Al otorgársele la naturaleza de concursal a la indemnización fijada por el juez, recién puede ser incorporada a la lista de acreedores luego de la fijación. La consecuencia, prevista en el artículo 99 de la Ley concursal uruguaya, establece la pérdida del derecho a percibir la participación que le hubiere correspondido con los pagos ya realizados. La diferencia de tratamiento respecto de los créditos contra la masa, que se pagan a medida que vencen, fuera del procedimiento de concurso, con los créditos concursales (y en el caso en cuestión, de naturaleza quirografaria), perjudica claramente al acreedor cuyo crédito provenga de un contrato resuelto por la sindicatura en la fase de liquidación.

En tercer término, la resolución por parte del síndico en forma anticipada de los contratos celebrados por el deudor con obligaciones pendientes de ejecución en la fase de liquidación, no prevé - como en la hipótesis de resolución luego de la declaración de concurso - la posibilidad de que la contraparte del deudor exija al síndico que manifieste si resolverá o no el contrato, como lo prevé el artículo 68.2 de la Ley de concursos uruguaya. En ese supuesto, si el síndico o el deudor conjuntamente con el interventor en su caso, no ejercían la facultad de resolución dentro de los cinco días siguientes al requerimiento, no podían ejercitarla posteriormente.

No existen mayores peculiaridades en cuanto a las rescisiones de contratos laborales, a no ser, que la facultad para hacerlo está atribuida - en el escenario de suspensión - al síndico concursal. Lo mismo, es posible advertir con relación a la solicitud al juez respecto al aplazamiento del pago de los créditos “*del personal de alta dirección*”, o a la eventualidad de rehabilitar contratos que hubieran caducado o hubieran sido resueltos. Claro está, y como consecuencia de los efectos previstos por la LCRE en caso de suspensión de la legitimación para disponer (arts. 46 y 48, LCRE), esta potestad corresponde en exclusividad al síndico.

En lo que refiere a la legitimación para actuación procesal del deudor concursal, si se hubiere dispuesto la suspensión de la legitimación, será el síndico quien sustituya al deudor “*en todos los procedimientos jurisdiccionales o administrativos en curso en que éste sea parte...*” (art. 46.3, LCRE), pudiendo desistir, transar o allanarse, total o parcialmente.

El artículo 46.3 de la LCRE refiere únicamente a los procedimientos judiciales o administrativos “*en curso*”, en la medida que una vez que ha sido declarado el concurso opera la denominada “*moratoria provisional*”, que impide la promoción de nuevos procedimientos judiciales o arbitrales contra el deudor, por créditos anteriores a la fecha de declaración de concurso, so pena de nulidad (art. 56, LCRE). Las únicas excepciones previstas en el artículo 56 de la LCRE, son los procedimientos fundados en relaciones de familia que carezcan de contenido patrimonial (no aplicable al concurso de las personas jurídicas) y los procesos de conocimiento en materia laboral.

En los procedimientos judiciales o administrativos que se promuevan en virtud de créditos nacidos con posterioridad a la declaración de concurso, el síndico sustituirá al deudor.

Si se hubiera dispuesto la suspensión de la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso, corresponderá al síndico la presentación de estados contables. En tal sentido, el artículo 48.1 de la LCRE, determina que el síndico ejercerá las atribuciones “*conferidas por la ley y los estatutos a los administradores o liquidadores*”.

Finalmente, en lo que respecta a las aportaciones comprometidas por los socios o accionistas de las sociedades mercantiles concursadas, así como al cumplimiento de las prestaciones accesorias a las que se hubieren obligado, la acción para obtener el desembolso de las aportaciones o el cumplimiento de las prestaciones, es atribuida en exclusividad al síndico (art. 51.2, LCRE). Si los bienes propios de la deudora fueren insuficientes para satisfacer el pasivo, el síndico podrá

efectuar el reclamo, aun cuando no fuera exigible el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los socios o accionistas de la sociedad mercantil concursada.

## ***Capítulo Tercero: Efectos del concurso sobre competencias distintas de las de administración y disposición patrimonial en sentido estricto***

### **I.- Régimen jurídico español**

La determinación del ámbito competencial del órgano de administración de la persona jurídica concursada no afectado por la declaración judicial de concurso, ha sido, desde la entrada en vigor de la ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, uno de los aspectos más controvertidos y que mayor diversidad de interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales ha suscitado.

En principio, salvo las excepciones que expresamente señala la Ley concursal, la declaración de concurso, cualquiera que sea la fase del procedimiento, somete a la persona jurídica deudora a un régimen de suspensión o limitación del ejercicio de sus facultades patrimoniales, pero manteniéndose sus órganos, “[...] *sin perjuicio de los efectos que sobre su funcionamiento produzca la intervención o suspensión de sus facultades de administración y disposición*” (art. 48.1, LC). Es pues, imprescindible, a la hora de determinar los efectos del concurso en el órgano de administración y representación de la deudora, partir de esta regla general del “mantenimiento de los órganos de la persona jurídica” proclamado por la Ley concursal, a su vez, exigencia necesaria de la continuidad de la existencia de la propia persona jurídica<sup>541</sup>.

Empero, como se ha expuesto, la persona jurídica concursada y, en concreto su órgano de administración y representación, pueden

---

<sup>541</sup> MARTÍNEZ señala en este sentido el carácter imprescindible de los órganos de la sociedad para que ésta pueda formar su voluntad, MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “La Junta general...”, *op. cit.*, p. 22. También, GARCÍA-CRUCES, J. A., “Declaración de concurso y administradores de la persona jurídica concursada”, en AAVV, *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, vol. I, Murcia, 2004, p. 1972.

encontrase, durante la tramitación del procedimiento, efectivamente sometidos a limitaciones en el ejercicio de facultades *distintas de las meramente patrimoniales*. Así, ya hemos descrito las “interferencias” que, sobre el propio funcionamiento interno de la administración de la persona jurídica, provoca el concurso. Tal ocurre, por ejemplo, con la obligación de convocatoria a la administración concursal y el derecho de asistencia y voz de ésta, en las sesiones de los órganos colegiados de la persona jurídica deudora (art. 48.2, LC); o con la atribución de competencia a dicho “órgano” concursal para convocar junta o asamblea de socios, a los solos efectos de que se nombren nuevos administradores o liquidadores, cuando, a resultas de la condena de éstos como personas afectadas por la calificación culpable del concurso, se les inhabilite, imposibilitando el funcionamiento del órgano de administración o liquidación (art. 173, LC).

Tratados ya los efectos en el funcionamiento interno del órgano de administración, en este capítulo, diferentemente, nos ocuparemos de los efectos del concurso, respecto del ejercicio de las competencias del órgano de administración, referidas a la organización y funcionamiento interno de la persona jurídica concursada. O, si se quiere, analizaremos las eventuales interferencias del régimen concursal en el ejercicio de las competencias de administración “orgánicas” de la persona jurídica. Así, se estudiará, en primer lugar, el ejercicio de facultades vinculadas con la convocatoria y celebración de las juntas y reuniones de los órganos deliberativos de las personas jurídicas, así como, las relacionadas con la llevanza y custodia de los libros y registros de las entidades concursadas.

Por último, habrá de estudiarse el ejercicio de los derechos políticos de la persona jurídica deudora en otras personas jurídicas en cuyo capital participe, así como su eventual ejercicio por la administración concursal.

### **A.- La competencia del órgano de administración y representación (o liquidación) de la persona jurídica concursada**



## **para la convocatoria y presidencia de la junta o asamblea de socios**

La polémica doctrinal y jurisprudencial surgida con la entrada en vigencia de la Ley concursal, en relación con la atribución de la competencia para la convocatoria del órgano deliberativo de la persona jurídica a sus órganos de administración o a la administración concursal, se encuentra, en buena parte, actualmente superada. Tras la reforma introducida por la Ley 38/2011, de 10 de octubre y, sobre todo, a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2012, si bien persisten algunas dudas e incertidumbre, puede afirmarse con razonable seguridad una regla general: *el concurso de una persona jurídica no permite, fuera de los casos expresamente contemplados en la Ley, atribuir la competencia para la convocatoria del órgano deliberativo de la persona jurídica concursada, a legitimados distintos de aquellos que señala el régimen legal y estatutario aplicable, cuando el ente no ha sido declarado en concurso.*

Efectivamente, la Ley concursal, en su redacción original, no contenía precepto alguno que regulara la convocatoria del órgano deliberativo de la persona jurídica concursada, excepto el ya mencionado artículo 173. Esta disposición, vigente e inalterada hoy, prevé la solución a la acefalia provocada por la inhabilitación de los integrantes del órgano de administración o liquidación en sede de calificación del concurso y la general atribución a la administración concursal del derecho de asistencia y de voz en las sesiones de los órganos colegiados de la deudora previstos en el artículo 48.1 *in fine*. Además, el texto original contemplaba el cese de los administradores y liquidadores del ente concursado en caso de apertura, durante la sustanciación del procedimiento, de la fase de liquidación, sin matiz alguno, lo que, al menos, planteaba la duda acerca de la posibilidad de que el proceso de formación y expresión de la voluntad de la persona jurídica durante su concurso pudiera verse alterado<sup>542</sup>.

---

<sup>542</sup> Es en ese contexto que doctrina y jurisprudencia llegan a muy variadas conclusiones en su interpretación del alcance y efectos de las limitaciones impuestas

---

al deudor persona jurídica con relación al ejercicio de sus facultades patrimoniales. Momento clave en esta polémica lo constituye el Auto del Juzgado de lo Mercantil N.º 7 de Madrid, de 29 de marzo de 2007 (Juzgado de lo Mercantil N.º 7 de Madrid. Auto de 29 de marzo de 2007, Id Cendoj: 28079470072007200001). La resolución resuelve el pedido, por la administración concursal, 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, S.A. relativo a la convocatoria de la Junta General de accionistas de la concursada*”. La administración concursal impugnaba la convocatoria por considerar la misma hecha en vulneración del régimen de suspensión del ejercicio de facultades patrimoniales impuesto a la deudora en la declaración de concurso. Para resolver sobre el pedido de medidas, el órgano jurisdiccional estima necesario analizar “[...] *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*”. A este respecto, el Auto considera que cuando “[...] *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*”. No ignora la resolución que las únicas facultades que la Ley concursal declara explícitamente sometidas al régimen de intervención o suspensión, eran aquellas de administración y disposición de naturaleza patrimonial, pero tal consideración queda relegada por “exigencias de seguridad jurídica” que imponen que solo un órgano ejecute actos de administración. A este argumento, el Auto añade el de la dificultad de la determinación *a priori* de la naturaleza patrimonial de un acto, dificultad de la que se derivaría la necesidad de plantear, con carácter previo a su realización, si el acto de naturaleza no patrimonial efectuado por la administración de la deudora, podría eventualmente afectar a la masa activa del concurso. Por último, el juez llama la atención respecto de los gastos asociados con la convocatoria y celebración de la Junta, así como de la ejecución de los acuerdos que en ella eventualmente pudieran alcanzarse, gastos que, en todo caso, deberían realizarse por la administración concursal. A estas consideraciones, el Auto añade el que uno de los puntos del día de la convocatoria alude a las cuentas de un ejercicio que al órgano jurisdiccional no le consta hayan sido formuladas. Ésto contravendría la atribución de competencia exclusiva para su formulación a la administración concursal, prevista en el artículo 46.3 de la Ley concursal. Por todo lo anterior, el Juez considera que el pedido de la administración concursal reviste apariencia de buen derecho, en vista de lo cual, y ante la imposibilidad de resolver el incidente

---

antes de la fecha de la convocatoria y la constatación de la existencia de *periculum in mora*, acuerda, como medida cautelar, desconvocar la junta.

Comenta este fallo SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE (abogado de la administración concursal en el auto citado), en su artículo publicado en el Anuario de Derecho Concursal (SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “La convocatoria de la junta general ante la suspensión de los administradores sociales: (comentario al Auto número 106/2007 del Juzgado de lo Mercantil número 7 de Madrid, de 29 de marzo de 2007)”, en *Anuario de Derecho Concursal*, N.º 12, 2007, Madrid, pp. 341-361, disponible en <http://eprints.ucm.es/7876/1/1>, consultado el 27/10/2014). En el mismo, el autor parte de la “parquedad” del artículo 48.1, para señalar la dificultad de compatibilizar el mantenimiento de los órganos de la persona jurídica con “[...] *la irrupción de ‘otros’ administradores (los concursales) con los que aquellos deben coincidir*”. Es difícil, a juicio de SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, delimitar cuando un acuerdo carece de contenido patrimonial o pueda tener “[...] *en un momento previsible o en otro posterior e incierto, efectos precisos sobre el patrimonio de la sociedad*”. La consecuencia será invariablemente “[...] *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*”. Abogaba así el autor por una interpretación que favoreciera la tesis del “desplazamiento en masa” del ejercicio de competencias del órgano de administración societario, al concursal, en caso de suspensión. Una interpretación ésta, que el autor cree compatible con el mandato legal de mantenimiento de los órganos de la persona jurídica concursada pues la suspensión, es por naturaleza, un régimen transitorio, cuya adopción no es necesaria y que además puede revisarse por el juez. La transmisión en masa del ejercicio de todas las competencias atribuidas al órgano de administración a la administración concursal, fue acogido por la Dirección General de Registros y del Notariado en su resolución de fecha 1 de febrero de 2008, curiosamente, confirmatoria de la denegación de inscripción de la resolución de nombramiento de administradores de la misma sociedad en concurso, en Junta convocada y suspendida durante su celebración por la administración concursal (Dirección General de los Registros y del Notariado. Resolución de 1 de febrero de 2008. BOE 19 de febrero de 2008). MORILLAS coincide en la atribución a la Administración Concursal de la competencia para convocar a la Junta en caso de suspensión del ejercicio de facultades patrimoniales de la concursada. La autora, parte de la constatación de los gastos que, invariablemente ha de incurrirse con motivo de la convocatoria y celebración, para afirmar que solo respecto a actuaciones carentes de cualquier trascendencia patrimonial cabría “[...] sostener la independencia de los órganos de la sociedad” (MORILLAS JARILLO, Mª J., “El concurso de...”, *op. cit.*, p. 345. Sin embargo, ni MORILLAS ni SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE se plantean la posibilidad de que los gastos de convocatoria y celebración sean abonados con

Las deficiencias de la redacción original del artículo 48 de la Ley, se trataron de subsanar por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que

---

bienes de terceros ajenos al concurso, tales como socios, accionistas o incluso acreedores.

El criterio opuesto se adoptaba en Auto del Juzgado de lo Mercantil N.º 1 de Bilbao, en que el órgano jurisdiccional sostiene: *“Obvio es que el órgano de administración social tiene la obligación de convocar las juntas, pues lo dispone el art. 45.1 LSRL . La declaración ulterior de un concurso no evita la obligación, que se mantiene incluso en situación de liquidación o concurso”* (Juzgado de lo Mercantil N.º de Bilbao. Auto 389/2009 de 5 de junio. Repertorio de jurisprudencia Aranzadi JUR 2009\331263).

La propia Audiencia Provincial de Madrid, pronunciándose en apelación respecto de la sentencia que estima la demanda incidental que motivó la adopción de las medidas cautelares a que refiere el Auto del Juzgado de lo Mercantil N.º 7 citado, declara: *“Entiende este tribunal que el concepto de acto de administración que la sentencia apelada considera sometido al régimen de interdicción característico de la declaración de concurso es excesivamente amplio. La convocatoria de junta general, que es en sí misma un acto neutro en cuanto no prejuzga el sentido del voto que pueda llegar a alcanzarse en el momento de la celebración de aquella, constituye, ciertamente, un acto que se enmarca dentro de las funciones atribuidas al órgano de administración de la sociedad y, en esa medida, es decir, en un sentido amplio, puede ser considerado como un acto de administración. Sin embargo, se trata de un acto de administración orgánica que se limita a posibilitar el funcionamiento interno de la sociedad y que, por sí mismo, carece de trascendencia patrimonial alguna, no debiendo olvidarse que, como señala el comentario Art. 40 en su apartado 6, las limitaciones que comporta la suspensión -lo mismo que la intervención- son solamente las referidas a “.las facultades de administración y disposición sobre los bienes, derechos y obligaciones que hayan de integrarse en el concurso”.*

A la anterior postura se adscribe también ESPINÓS BORRÁS DE CUADRAS, para quien siguen correspondiendo al órgano de administración, funciones societarias internas y, entre ellas, la convocatoria de juntas (ESPINÓS BORRÁS DE CUADRAS. “Artículo 48”, en SAGRERA, J. M<sup>a</sup>, SALA, A. y FERRER, A., (coords.), *Comentarios a la Ley concursal*, 1<sup>a</sup> ed., Barcelona, 2004, p. 482.

Con mucha mayor claridad, BELTRÁN ya afirmaba, en los primeros momentos de vigencia de la Ley, cómo “[...] con las necesarias especialidades, derivadas de los efectos de la declaración de concurso sobre las facultades de administrar y disponer [...] la convocatoria seguirá sometida a las mismas normas y requisitos, de modo que corresponderá realizarla al órgano de administración y representación de la persona jurídica” (BELTRÁN, E, “Efectos sobre el...”, *op. cit.*, p. 968.)

modifica el artículo 48 e introduce cuatro nuevos artículos: el 48 *bis*, 48 *ter* y 48 *quáter*. Tras la reforma, el artículo 48.2 establece el derecho de asistencia y voz de la administración concursal a las sesiones de los órganos colegiados, imponiendo el deber de convocatoria a dicho “órgano” concursal “[...] *en la misma forma y con la misma antelación que los integrantes del órgano que ha de reunirse*”. Con ello parece la Ley indicar, siquiera indirectamente, que no le corresponderá a la administración concursal la convocatoria a junta, ya que ella misma *ha de ser convocada*.

No obstante, es la Sala 1ª de lo Civil del Tribunal Supremo quien, en 2012, da conclusión (al menos por el momento), a la polémica respecto al alcance de las limitaciones al ejercicio de facultades patrimoniales del deudor concursado. El Tribunal, en su Sentencia de 24 de abril de 2012 se ocupa del recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid por la que se declara la nulidad de la junta de una sociedad concursada, por haber impuesto como presidente de la misma, la administración concursal, a persona distinta de la que los estatutos y la ley societaria designaban. En su Fundamento de Derecho 2º, la Sala recoge el motivo único de recurso: “*la vulneración de lo dispuesto en los artículos 40.2 y 48.1 de la Ley concursal, por entender que la suspensión de las facultades de administración del deudor y su sustitución por la Administración Concursal, en el caso de concurso de persona jurídica comporta asignar a esta la facultad de presidir las Juntas Generales de la concursada, ya que si bien los órganos sociales subsisten, carecen de facultades efectivas, al estar atribuidas a la Administración Concursal*”. La Sentencia, realiza una interpretación integradora de los artículos 40.6 y 48.1 de la Ley concursal, para concluir que “*La interpretación conjunta de ambos preceptos permite afirmar que la declaración de concurso no afecta al regular funcionamiento de los órganos sociales y, singularmente, de la Junta General en cuanto órgano social de formación de la voluntad de la sociedad que no desarrolla funciones de administración ni actos de disposición, por lo que en modo alguno estuvo justificada la imposición por la Administración Concursal de la Presidencia de la Junta*”. Y añade:

*“la suspensión de facultades del concursado -sea persona física o jurídica y, en este último caso, órgano colegiado o no- quedan referidas a la administración y disposición sobre bienes, derechos y obligaciones que hayan de integrarse en el concurso y por ello fija las atribuciones de la Administración Concursal en relación con los mismos, pero en el proceso de formación de la voluntad de los órganos colegiados tan solo les atribuye derechos de asistencia y voz.”* El Tribunal considera confirmada esta interpretación por la nueva redacción dada al artículo 48 tras su reforma en 2011.

Con la declaración de concurso no cesa de ser necesario el mantenimiento y el funcionamiento efectivo de los órganos deliberativos de las personas jurídicas. El mantenimiento de los órganos de la concursada no significa sólo su subsistencia formal, sino su funcionamiento efectivo. El órgano deliberativo podrá ser convocado, sesionar y adoptar decisiones válidas durante todo el trámite del concurso<sup>543</sup>. Por reconocerlo así, es que la Ley dispone el derecho de asistencia y voz de la administración concursal en las Juntas generales (art. 48.2, párrafo primero, inciso primero, LC). A tal efecto, la administración concursal deberá ser convocada en la misma

---

<sup>543</sup> Incluso funciona decretada la apertura de la fase de liquidación. Así, por ejemplo, la convocatoria se configura no como una mera facultad sino como un genuino deber (en este caso para la administración concursal) en escenarios de acefalia provocados por la condena a inhabilitación de los integrantes del órgano de administración a resultas de la calificación como culpable del concurso, pudiendo tal acefalia perfectamente producirse durante la fase de liquidación. Del mismo modo, y con relación a la aprobación de cuentas anuales, ya al poco de la entrada en vigor de la Ley concursal, BELTRÁN se manifestaba a favor de la necesaria convocatoria del órgano deliberativo de la persona jurídica concursada en liquidación para la aprobación de cuentas anuales (BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Cuentas Anuales del...”, *op.cit.*, opinión que posteriormente ratificó el ICAC, en su resolución de 18 de octubre de 2013 (BOE de 25 de octubre de 2013) y que acogió la DGRN en su resolución de 18 de noviembre del mismo año (BOE de 19 de diciembre de 2013). En ella se manifiesta: “[...]en las sociedades en liquidación, el órgano de administración, los liquidadores, están obligados a formular las cuentas anuales (artículo 253 en relación al 386), a convocar junta para su aprobación (artículo 164 en relación al 166 del Texto Refundido), así como a presentarlas en el Registro Mercantil para su depósito [...]”.

forma y con la misma antelación que los demás legitimados a participar (art. 48.2, párrafo primero, inciso segundo, LC).

La Ley concursal señala igualmente, entre las funciones de la administración concursal, las de asistir a los órganos colegiados de la persona jurídica concursada [art. 33 b) 2º LSC] y convocar a la junta o asamblea de socios para el nombramiento de quienes hayan de cubrir las vacantes de los inhabilitados [art. 33 b) 2º LSC].

Es más, el funcionamiento efectivo de la Junta o asamblea de la concursada puede llegar a ser preciso para alcanzar la solución del concurso, tal como ocurre con el convenio que contempla una modificación estructural o una modificación estatutaria, como el aumento de capital, una operación de “acordeón”, etcétera, cuyo cumplimiento devendría imposible si el órgano deliberativo de la persona jurídica deudora no pudiese ser convocado, sesionar y adoptar acuerdos válidos.

Del mismo modo, la mera declaración de concurso no exceptúa a la deudora, a ello obligada, de sus deberes de formulación, aprobación y registro de cuentas anuales, deberes cuyo cumplimiento, hará preceptiva la convocatoria del órgano deliberativo de la persona jurídica concursada. Es cierto que la competencia para la formulación de estos informes y estados contables se atribuye en la Ley a la administración concursal o a la del ente concursado en función de cuál sea el régimen de limitación del ejercicio de facultades patrimoniales (art. 46.1 y 3, LC), pero será siempre el órgano de deliberación el encargado de aprobarlas<sup>544</sup>.

---

<sup>544</sup> El artículo 46.1 de la Ley indica la subsistencia de la obligación legal de los administradores de formular y someter a auditoría las cuentas anuales, bajo la supervisión de la administración concursal. Por su parte, el artículo 46.3, señala también la subsistencia de la obligación de formular y someter a auditoría las cuentas anuales, correspondiendo tales facultades a los administradores concursales. Nada se dice de la necesaria convocatoria del órgano deliberativo para su aprobación y posterior depósito, pero entendemos no pueden albergarse muchas dudas al respecto. A favor, BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “Cuentas anuales del...”, *op. cit.*,

Ahora bien, como veremos, ni cabe excluir el que la administración concursal o el juez del concurso puedan convocar válidamente al órgano deliberativo, ni se agotan con la legitimación los temas controvertidos en torno a la convocatoria de dicho órgano.

### **B.- Supuestos en que la convocatoria del órgano deliberativo de la persona jurídica concursada corresponde a la administración concursal o al juez del concurso**

A la hora de determinar el órgano o sujeto legitimado para convocar al órgano deliberativo de la persona jurídica en concurso, habrá de estarse a lo que establezcan las normas legales aplicables a la forma jurídica que adopte, así como las previsiones que al respecto figuren en los estatutos del ente. El correspondiente régimen jurídico aplicable, solo cabrá sea exceptuado cuando la Ley concursal, de forma expresa, se aparte del mismo.

En las asociaciones, la convocatoria de Asamblea General corresponde al órgano de representación [art. 12 b), Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación]; al Consejo Rector, en las cooperativas de ámbito estatal (art. 23.1, LCoop). Tratándose de fundaciones, la ley confiere todas las competencias deliberativas, de administración y representación a un único órgano: el Protectorado (art. 14, LF y legislación autonómica conexas).

De esta manera, en el caso de sociedades de capital, y con independencia de su declaración de concurso o no, son plenamente aplicables las previsiones del artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital. El precepto legitima al Secretario judicial o Registrador mercantil del domicilio social a convocar la junta general ordinaria o las juntas generales previstas en los estatutos no convocadas dentro de su plazo legal o estatutario (art. 169.1, LSC). También se legitima al

---

p.942. También, MORENO SERRANO, E., “La posición jurídica...”, *op. cit.*, p. 307.



Secretario judicial o Registrador mercantil del domicilio social, a convocar la junta a pedido de la minoría cuando su solicitud no sea atendida oportunamente por los administradores o liquidadores (art. 169.2, LC)<sup>545</sup>. Diferentemente, corresponderá al juez competente la convocatoria a Asamblea General de cooperativistas (ante la negativa del Consejo Rector a convocar la Asamblea General ordinaria o la pedida por la minoría o por los interventores (art. 23. 2 y 4, LCoop y legislación autonómica concordante).

Sin embargo, la Ley concursal atribuye de forma expresa a la administración concursal la competencia para convocar al órgano deliberativo de la persona jurídica deudora, cuando se verifica el supuesto de hecho recogido en el su artículo 173: que el cese de administradores o liquidadores inhabilitados impida el funcionamiento del órgano de administración o liquidación. El precepto concursal establece que esta convocatoria se realizará con el objeto de que la junta o asamblea de socios designe a quienes hayan de cubrir las vacantes de los inhabilitados.

---

<sup>545</sup> Surge la duda de si, atendiendo a la norma de extensión de la jurisdicción del juez concursal (art. 9.1, LC), se trataría este pedido de convocatoria de una de las cuestiones prejudiciales civiles, administrativas o sociales directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal. La cuestión no es sencilla, pues tras la reforma del artículo 169 de la LSC operada por la disposición final 14.2 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, la legitimación para convocar en tales supuestos, se atribuye no al juez de lo mercantil del domicilio de la sociedad, tal como señalaba el precepto con anterioridad, sino al “Secretario judicial o Registrador mercantil del domicilio social”. En principio, no puede descartarse que el juez concursal pueda reclamar para sí el conocimiento de la cuestión, invocando la previsión del artículo 9.1 de la Ley concursal. Empero, tal como señala el artículo 169 de la LSC en su nueva redacción, tal competencia sería, como mínimo, concurrente con la del Registrador mercantil. Del mismo modo, resulta difícil pronunciarse acerca de si, invocando las previsiones del artículo 9.1, debería ser el Secretario judicial del Juzgado de lo Mercantil o el propio juez quien convoque al órgano deliberativo en tales casos. No parece que existan obstáculos para considerar que también en el concurso corresponderá la convocatoria al Secretario judicial.

El artículo 173 de la Ley concursal se encuadra en el Título IV dedicado a la calificación del concurso, lo que plantea la necesidad de determinar si su ámbito de aplicación se ciñe al cese motivado por la inhabilitación a que eventualmente se condene a las personas afectadas por la calificación, o debe extenderse a otros supuestos de inhabilitación<sup>546</sup>. También de lo anterior surge la cuestión de si las previsiones del citado artículo 173 de la Ley concursal podrán aplicarse a acefalías que tengan su origen, no en la inhabilitación, sino en la incapacidad, ausencia o muerte de algunos o todos los integrantes del órgano<sup>547</sup>. En principio, la respuesta debe ser negativa

---

<sup>546</sup> Como, por ejemplo la prevista en el artículo 107 del Código Penal.

<sup>547</sup> Debe, en nuestra opinión, afirmarse la aplicabilidad del precepto en el caso de la apertura de la fase de liquidación. Como ya se ha expuesto, con anterioridad a la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, el artículo 145.3 de la Ley concursal ordenaba al juez, sin mayores matizaciones, el cese automático de los administradores o liquidadores de la persona jurídica concursada, en la propia resolución de apertura de la fase de liquidación. Tras la reforma, se añadió un último inciso que matiza el cese en tal hipótesis, afirmando continuar los administradores o liquidadores de la concursada ostentando la "...representación de la concursada en el procedimiento y en los incidentes en los que sea parte". Tal como hemos sostenido, entendemos que la previsión de cese del numeral 3 del artículo 145 entra en flagrante contradicción con lo previsto en su numeral 1, que impone a la concursada, durante la fase de liquidación el régimen de suspensión de las facultades de administración y disposición de su patrimonio "[...] con todos los efectos establecidos para ella en el título III de la presente Ley". Habrá de resolverse esta contradicción interpretando el alcance de la expresión "cese" del artículo 145.3, limitándola a lo que alcance al ejercicio de facultades patrimoniales de la persona jurídica pero no a otras, ni más allá. No es posible reconciliar el sentido normal del término "cese" del administrador o liquidador, con la conservación por el órgano - y no por "aquellos" como, imprecisamente señala el legislador de la reforma de 2011, en relación con los integrantes de la administración de la deudora - de la representación, por más que limitada, de la persona jurídica concursada. El "cese" en cuanto pone fin al vínculo del integrante del órgano de administración o liquidación con la persona jurídica, es incompatible con la conservación por el cesado de facultades de tipo alguno. Si subsisten competencias, los administradores inhabilitados en sede de calificación, podrán y deberán sin duda ser cesados. A favor, MORENO SERRANO ("MORENO SERRANO, E., "La posición jurídica..." *op. cit.*, p. 143). También a favor, respecto al alcance del cese en los términos expuestos, Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, Sentencia 152/2014, de 12

si, tal como entendemos, en el artículo 173, el legislador plantea una excepción al régimen general de atribución de competencia para la convocatoria del órgano deliberativo. En nuestra opinión, en tanto excepción, deberá interpretarse de forma restrictiva. En el resto de casos en que el órgano de administración y liquidación no pueda funcionar o, pudiendo, de hecho no lo haga, corresponderá la convocatoria a los legitimados conforme a las normas que rijan la concreta forma jurídica que adopte la concursada, ya el juez del concurso, o el predeterminado por la ley y las normas de reparto, el secretario judicial o el registrador mercantil, los administradores o liquidadores remanentes, como se expuso en este mismo capítulo en relación con la convocatoria de junta por pedido de la minoría o el incumplimiento por la administración de la entidad concursada de convocar junta ordinaria o fijada estatutariamente para las sociedades de capital<sup>548</sup>.

---

de mayo, Id Cendoj: 28079370282014100121, FD 4º. En contra, si bien formulada la opinión con anterioridad a la reforma de 2011, GARCÍA-CRUCES, J.A., “Situación de los...”, p.2604. También en contra el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, cuya Sala 1ª de lo Civil y Penal, en sentencia de 24 de julio de 2014 considera representante de la persona jurídica concursada en liquidación a la administración concursal por aplicación del artículo 145.3 (Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª. Sentencia 37/2014, de 24 de julio, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi RJ 2014/4335); y el Juzgado N.º 1, Mercantil, que en Auto de fecha 25 de marzo de 2015 decreta el cese y sustitución de los interventores designados por el Banco de España, de una entidad financiera en cuya solicitud de concurso se promueve la apertura de la fase de liquidación, por más que se matice, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145.3, el que ello se acuerda “[...]sin perjuicio de continuar aquéllos en la representación de la concursada en los procedimientos en los que sea parte” (Juzgado de lo Mercantil N.º 1 de Madrid, Auto de 25 de Marzo de 2015. Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi JUR 2015\119148, FD 7º).

<sup>548</sup> Habrá de considerarse, en todo escenario, que siempre será posible que el órgano deliberativo se constituya en junta o asamblea general universal, sin convocatoria. Así lo reconoce expresamente la Ley de cooperativas estatal en su artículo 23.5 o la Ley de sociedades de capital, artículo 178.1, LSC. De todos modos, la utilización de esta forma de convocatoria por los socios o accionistas de una entidad concursada, plantea el problema de la práctica imposibilidad de cumplir con el mandato del artículo 48.2 de la Ley concursal, que impone el deber de convocatoria a la

De forma restrictiva habrá de interpretarse también la hipótesis en que se basa la atribución de competencia a la administración concursal para la convocatoria de junta en caso de inhabilitación en sede de calificación, de alguno de los integrantes del órgano de administración o liquidación: el que tal hecho impida “[...] el funcionamiento del órgano de administración o liquidación”. En este sentido habrán de tenerse, al igual que en los casos anteriores, las normas legales y estatutarias a las que quede sometido el deudor. Así, por ejemplo, en las sociedades de capital, será posible que existan suplentes, si los estatutos no lo prohíben (art. 216.1, LSC), con lo que el cese de los integrantes del órgano podrá no impedir su funcionamiento.

Deberemos también aquí referirnos al ejercicio de la presidencia de la sesión del órgano deliberativo que, entendemos corresponderá, salvo previsión legal expresa en contrario, siempre y en todo caso, a quienes designen la Ley o los estatutos aplicables a la concreta forma jurídica<sup>549</sup>. En las sociedades de capital la regla general otorga la presidencia al presidente del consejo de administración y, en su defecto, a quienes designen los socios asistentes al comienzo de la reunión, salvo disposición estatutaria en contra (art. 191, LSC). En las sociedades cotizadas, será también el presidente del consejo de administración, quien presida la junta, salvo disposición estatutaria en contra [art. 529 *sexies*. 2. b), LSC]. También corresponderá la presidencia del órgano deliberativo de la cooperativa al presidente o el vicepresidente del consejo rector, quien lo sustituya estatutariamente o, en su defecto, quienes elija la Asamblea (art. 25.2, LCoop).

---

administración concursal a las sesiones de los órganos colegiados de la deudora. Por tal razón, creemos que la constitución del órgano de deliberación bajo la modalidad de junta o asamblea universal debe, en principio, descartarse como posibilidad durante el concurso.

<sup>549</sup> En el escenario de convocatoria por el secretario judicial o el registrador mercantil, estos designarán al presidente o secretario. Cuando se convoque a asamblea de cooperativistas, será el juez quien designe al presidente y secretario (art. 23.4, LCoop., y legislación autonómica concordante).

No parecen existir argumentos de peso que justifiquen la designación como presidente de la reunión, junta o asamblea de socios, a la administración concursal, en el excepcional escenario en el que la ley autoriza al “órgano” concursal a convocar al órgano deliberativo para el nombramiento de nuevos administradores o liquidadores que sustituyan a los inhabilitados en calificación<sup>550</sup>. Ni tampoco procederá, en nuestra opinión, que presida la administración concursal la sesión del órgano deliberativo en cuyo orden del día se incluya la aprobación de cuentas formuladas por el “órgano concursal” [arts. 46.3 y 33. b). 12º. ii, LC).

Los gastos comúnmente asociados a la convocatoria y celebración de la junta, asamblea o reunión de socios, plantean el problema de su pago durante la tramitación del concurso, pues la Ley no indica expresamente con cargo a qué bienes deban satisfacerse. Como ya se mencionó, la persona jurídica muy raramente dispone de bienes inembargables y cuando los tiene, están dedicados a atender fines distintos de su existencia y funcionamiento.

---

<sup>550</sup> Distinto será que el juez del domicilio de la persona jurídica concursada, con anterioridad, y tras la reforma de la Ley de sociedades de capital, el Secretario judicial o el Registrador Mercantil, convoquen a junta o asamblea de socios o accionistas en los supuestos que contempla la Ley de sociedades de capital en sus artículos 169 y 171. En tales hipótesis, el artículo 170.2 *in fine* del texto normativo, otorga amplias facultades al Secretario o Registrador convocantes para elaborar el orden del día y designar presidente y secretario de la junta. Siendo así, nada impedirá que, para presidir el órgano societario se designe a la administración concursal. Ver en este sentido el Auto del juzgado de lo Mercantil N.º 1 de Santander, de 6 de marzo de 2012, anterior a la reforma de 2015, pero cuyo criterio interpretativo es perfectamente aplicable a la nueva redacción de la Ley. En la resolución, el Juez de lo Mercantil, aplicando las previsiones del artículo 170, convoca al órgano deliberativo de una sociedad anónima deportiva concursada, designando presidente a la administración concursal (Juzgado de lo Mercantil N.º 1 de Santander. Auto de 6 de marzo de 2012. Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi JUR2012/47202). Además, en los casos en que las normas legales y estatutarias legitimen a la asamblea o junta constituida para designar la persona que presidirá la sesión, es claro que podrán, si lo desean los socios o accionistas, designar presidente a la administración concursal.

La Ley no prevé un derecho de la persona jurídica a obtener de la masa los bienes necesarios para atender a las necesidades planteadas por su continuación y la de sus órganos, de lo que resulta el que, con independencia de la atribución de la competencia al órgano de administración para la convocatoria del órgano deliberativo, el efectivo ejercicio de tal facultad (o deber, según los casos), puede verse indirectamente sometido a la conformidad de la administración concursal. Así, por ejemplo, el órgano de administración de una sociedad de capital concursada con sus facultades patrimoniales suspendidas, deberá solicitar a la administración concursal que ésta abone los gastos que suponga las publicaciones de la convocatoria a junta<sup>551</sup>. Si la administración concursal rehusara, podrá la persona jurídica deudora poner el hecho en conocimiento del juez y a éste cabrá requerir la información precisa del “órgano concursal” a fin de establecer la procedencia de la negativa a la ejecución de los gastos necesarios para la convocatoria y celebración de la reunión de la junta, pero no podrá el juez, por sí, realizar acto de disposición alguno.

Siendo esto así, la dificultad surge cuando la Ley no ofrece a la administración concursal criterio específico alguno que le permita discernir en qué supuestos deberá acceder a la solicitud de la administración de la concursada, y autorizar o realizar por sí los gastos necesarios para la convocatoria, celebración de la junta o asamblea. A este respecto, autorizada doctrina ha puesto de manifiesto la eventual insuficiencia de un criterio basado exclusivamente en la conservación de la masa activa del concurso <sup>552</sup>, y ciertamente, debemos concordar en que determinados supuestos difícilmente encuadran bajo tal definición, especialmente aquellos en que la convocatoria y

---

<sup>551</sup> Tras la introducción de la posibilidad de la convocatoria a través de la página web de la sociedad (art. 173.1, LSC), podría argumentarse que este gasto es muy bajo, si no prácticamente nulo, pero adviértase que no todas las sociedades habrán adoptado este procedimiento de notificación y publicidad. Además, aun que así fuera, no ha de descartarse que en sus estatutos el ente fije métodos de comunicación adicionales (art. 173.3, LSC).

<sup>552</sup> Vid, MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “La junta general...”, *op. cit.*, pp. 71 y ss.

celebración de la junta o asamblea obedece a una obligación legal, o es prevista en los estatutos de la persona jurídica concursada.

Creemos que, cuando la obligación de convocatoria y celebración tiene su origen en un mandato de la Ley, como por ejemplo ocurre respecto de la aprobación de cuentas del deudor (art. 46, LC), la administración concursal tendrá el deber de autorizar los gastos necesarios para que el órgano deliberativo de la persona jurídica concursada sea convocado y sesione. No cabrá en tales hipótesis consideración alguna respecto a la entidad de las eventuales sanciones o cualesquiera otras consecuencias negativas que el incumplimiento del deber tenga, en contraposición al perjuicio patrimonial que para la masa del concurso suponga los gastos necesarios para cumplir con un deber legal.

Fuera de la hipótesis anterior, la administración concursal se adentra en un ámbito repleto de incertidumbre, en el que la valoración de los actos de disposición necesarios para el funcionamiento efectivo del órgano deliberativo de la concursada, que redundan en una mejor conservación de la masa activa del concurso, exigirá una evaluación, caso por caso, de los efectos positivos de la convocatoria del órgano de la persona jurídica, tanto con relación a los perjuicios que supondrán, como respecto a la razonabilidad de que el efecto beneficioso alcanzado se verifique finalmente.

Introducir criterios rígidos y objetivos, impedirá en muchos casos la valoración de las circunstancias que rodean el específico concurso, obligando a la administración concursal y al juez del concurso, a adoptar decisiones perjudiciales para los intereses presentes en el procedimiento, sin poder aplicar en su tarea la experiencia y conocimiento que, respecto de las situaciones de insolvencia cabe presumírseles.

**C.- La llevanza y custodia de los libros y registros de naturaleza “orgánica” de las entidades concursadas**

Nos referimos ahora a la competencia, durante el concurso, de la llevanza y custodia de los libros, registros y documentos, que refieren a los aspectos “orgánicos” de la entidad concursada, definidos aquí, como aquellos ajenos a la documentación de la actividad que desarrolla (los estados contables y demás información económica y financiera del deudor). En concreto, se alude a libros de actas de los órganos colegiados y aquellos otros referidos a los socios de la persona jurídica<sup>553</sup>.

En efecto, las normas reguladoras de los diferentes tipos de personas jurídicas establecen la llevanza obligatoria de libros que recojan las deliberaciones y acuerdos durante las sesiones de sus órganos. Así, por ejemplo, en la Ley de Sociedades de Capital, las actas de las juntas (art. 202, LSC) y el libro de actas del consejo de administración (art. 250, LSC). Por su parte el Código de Comercio, en su artículo 26.1, impone a todas las sociedades mercantiles la llevanza de “[...] un libro o libros de actas, en las que constarán, al menos, todos los acuerdos tomados por las Juntas generales y especiales y los demás órganos colegiados de la sociedad, con expresión de los datos relativos a la convocatoria y a la constitución del órgano, un resumen de los asuntos debatidos, las intervenciones de las que se haya solicitado constancia, los acuerdos adoptados y los resultados de las votaciones”. También la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación en su artículo 14.1, ordena a las asociaciones a “[...] recoger en un libro las actas de las reuniones de sus órganos de gobierno y representación”. La Ley de Cooperativas estatal señala idéntico deber de llevanza de libros de actas de las sesiones de la “[...] Asamblea General, del Consejo Rector, de los liquidadores y, en su caso, del Comité de Recursos y de las juntas preparatorias” [art. 60.1. c), LCoop].

Por otra parte, también común a todas las personas jurídicas de base asociativa es la obligación de la llevanza de libros registro de

---

<sup>553</sup> Se sigue en esta clasificación, un criterio meramente expositivo, tomado en buena parte de MORENO SERRANO, (MORENO SERRANO, E., “El órgano de...”, *op. cit.*, pp. 321 y ss.).



socios, accionistas y asociados. Ejemplos de ello se encuentran en la legislación aplicable a sociedades de responsabilidad limitada (art. 104.1, LSC) y anónimas, respecto de los titulares de acciones nominativas (art. 116.1, LSC); asociaciones (art. 14.1, inciso primero, o en la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación), cooperativas [art. 60.1.a), LCoop].

La custodia y llevanza de esta documentación corresponde a la administración de la persona jurídica y, tratándose de una facultad fundamentalmente ajena al ejercicio de facultades de administración y disposición del patrimonio, no se verá afectada por la declaración de concurso. De todas maneras, queda siempre a salvo el derecho de la administración concursal y el correlativo deber para la administración de la deudora de puesta a disposición y exhibición de estos registros.

#### **D.- El ejercicio de los derechos políticos de la persona jurídica deudora en otras personas jurídicas en cuyo capital participe**

La Ley 38 /2011, de 10 de octubre, modifica el artículo 48 de la Ley concursal incluyendo la norma que recoge el nuevo numeral 5: *“A solicitud de la administración concursal, el juez podrá atribuirle, siempre que se encuentren afectados los intereses patrimoniales de la persona jurídica concursada, el ejercicio de los derechos políticos que correspondan a ésta en otras entidades”*<sup>554</sup>.

---

<sup>554</sup> Es frecuente ver referido el numeral 5 del artículo 48 como “Claúsula Marsans”. La razón se encuentra en haber sido, precisamente durante la tramitación del procedimiento concursal que afectó a este grupo de empresas que surgió la necesidad de incluir en la Ley concursal un precepto que permitiera al juez del concurso, dictar una medida como la incluida. Así, ver Auto del Juzgado de lo Mercantil N.º 12 de Madrid, de 24 de setiembre de 2014, Id Cendoj: 28079470122014100003.

Ya con anterioridad a la reforma de 2011, algunas resoluciones judiciales habían considerado la afectación de estas facultades por el régimen de intervención o suspensión. Ver Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, Auto N.º 129/2008, de 17 de Marzo, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi AC 2008\986. No obstante,

Estamos, en este caso ante una norma que, con carácter excepcional, permite a la administración concursal ejercer los derechos políticos que la persona jurídica concursada tiene en tanto socio integrante o participante en el capital de otra entidad. El ejercicio de estos derechos políticos supone atribuir al órgano concursal, entre otros, los derechos de voto que correspondan a la cuota en el capital o a la condición de socio, derechos que en principio, y fuera del debatido alcance del cese de los administradores de la deudora dispuesto en el artículo 145.3, conservaría la administración del deudor que la ejercería sin mayores interferencias<sup>555</sup>. Tal es, al menos, lo que resulta de una lectura a *sensu contrario* de la norma contenida en el artículo 48.5 de la Ley.

El carácter excepcional de esta intromisión en las facultades no patrimoniales del deudor, se justifica por su potencial perturbador en las estructuras orgánicas de personas jurídicas distintas de la deudora. Por ello es que la legislación impone el requisito de la previa autorización del juez y sometida ésta a la verificación del supuesto de hecho que la justifica: “que se encuentren afectados los intereses patrimoniales de la persona jurídica concursada”<sup>556</sup>.

---

creemos cuando menos aventurado, afirmar con carácter general, la naturaleza patrimonial de los actos en que se concreta el ejercicio de estos derechos.

<sup>555</sup> Siempre y cuando el ejercicio de estas facultades o derechos de índole no patrimonial no tuvieran consecuencias para el patrimonio concursal pues, de tenerlas, quedaría el mismo sujeto a la conformidad de la administración concursal (*cf.*: arts. 51.3 y 54.1 y 2, LC). MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “La convocatoria de...”, *op. cit.*, p.83.

<sup>556</sup> Será necesario que la afectación de intereses patrimoniales quede acreditada por la administración concursal instante. El auto de 28 de febrero de 2013 del Juzgado de lo Mercantil de A Coruña, desestima el pedido de atribución del ejercicio de los derechos políticos de la deudora en entidades controladas por esta. En su resolución, el Juez de lo Mercantil señala: “[...] *la solicitud de una medida de tal calado* [el ejercicio de los derechos políticos de la concursada en otras entidades] *exige un esfuerzo de motivación mayor que las genéricas afirmaciones del escrito de la administración concursal*”.

A salvo lo anterior, se ha sostenido por alguna jurisprudencia la tesis según la cual, a resultas de la apertura de la fase de liquidación, el cese de administradores de la concursada que para el caso dispone el artículo 145.3 de la Ley, deviene necesario el ejercicio por la administración concursal de los derechos políticos de la concursada en otras entidades<sup>557</sup>. No se comparte esta posición, ya que no se aprecian argumentos que lo justifiquen y sí, por el contrario graves reparos a la “cuasi-intervención judicial” de la persona jurídica concursada, a la que avoca una interpretación literal del artículo 145.3. El ejercicio de los derechos políticos de la concursada - y con él, la representación de la deudora en el procedimiento y sus incidentes (art. 145.3 *in fine*), la competencia para la convocatoria de junta o asamblea, la custodia y llevanza de libros y actas de la entidad y, en general, el resto de facultades carentes de naturaleza patrimonial - continuará siendo, también durante la fase de liquidación, competencia de su órgano de

---

<sup>557</sup> El Juzgado de lo Mercantil N.º 3 de Valencia, en Auto de 11 de febrero de 2015, sostiene que “[...] en las juntas generales se pueden y suelen tomar decisiones de carácter patrimonial. Y en esos casos y en el supuesto de hecho de sociedades en concurso con la fase de liquidación abierta, los administradores societarios han cesado por imperativo legal al haberse declarado la disolución de la sociedad, siendo sustituidos por la administración concursal y teniendo aquellos suspendidos el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre el patrimonio de la concursada. Razón por la cual corresponde inexcusablemente a los administradores concursales”. No puede aceptarse un razonamiento que presupone la naturaleza patrimonial del ejercicio de los derechos políticos de la concursada. Que se “pueda” y “suela” tomar decisiones de carácter patrimonial en las juntas no quiere decir, como la propia argumentación del órgano jurisdiccional tácitamente admite, que ello sea necesariamente así. No lo es durante la fase común del convenio, y la declaración de la apertura de la fase de liquidación no modifica en nada este hecho. Respecto al cese de los administradores de la deudora por los concursales a raíz de la apertura de la liquidación, hemos expuesto las fundadas razones que, creemos, existen para considerar que tal “cese” carece del significado y alcance que comúnmente se asigna al término y que no es otro que la extinción del vínculo del administrador con la persona jurídica. Hemos de insistir una vez más en que la apertura de la fase de liquidación, ni tiene ni puede tener otro efecto sobre las facultades del órgano de representación y administración de la deudora, que su sometimiento al régimen de suspensión que señala el artículo 145 en su numeral 1.

administración hasta tanto el juez del concurso no resuelva autorizar a la administración concursal a que asuma tal facultad.

## II.- Régimen jurídico uruguayo

El órgano de administración de la persona jurídica posee un conjunto de atribuciones específicas conferidas tanto por la ley como por el contrato o estatuto. Si bien la declaración de concurso no supone el cese de actuación del órgano de administración de la persona jurídica, su funcionamiento resulta cuantitativa y cualitativamente alterado.

Sin embargo, aun cuando se haya dispuesto la suspensión o limitación de la legitimación de la deudora para disponer y obligar a la masa del concurso, existe un ámbito de competencia del referido órgano, que no resulta afectado por la declaración judicial de concurso.

Fuera de las prescripciones de la legislación concursal en lo que respecta a las limitaciones en el funcionamiento del órgano de administración de la persona jurídica, aquél conservará las atribuciones que no han sido expresa y específicamente restringidas por efecto de la declaración judicial de concurso. De hecho, no debe perderse de vista, que la alteración en el ejercicio de facultades de administración y disposición, en modo alguno supone la desaparición de los órganos de la persona jurídica concursada pues, de otra manera, no se hubiere dispuesto como regla general, la continuación de la actividad del deudor (art. 44, LCRE).

La LCRE entonces, mantiene durante la tramitación del concurso a los órganos de la persona jurídica concursada <sup>558</sup>, más allá

---

<sup>558</sup> En este sentido, GRAZIOLI, L., “Deber de cooperación...”, *op. cit.*, p. 629, afirma que la “suspensión de la legitimación de administradores y directores no implica el cese del órgano ni de sus soportes en los cargos que ocupan” y que “la subsistencia del órgano de administración es coherente con el propósito de que la sociedad concursada salga de la crisis en forma exitosa y continúe con su

de los efectos que respecto al funcionamiento de los mismos provoca la limitación o suspensión de las facultades de administración y disposición.

El órgano de administración y representación de la persona jurídica que ha sido declarada en concurso podría - durante la tramitación del procedimiento - encontrarse sometido a restricciones de actuación en el ejercicio de facultades diversas de las intrínsecamente patrimoniales. Así, por ejemplo, en caso de suspensión de la legitimación para disponer y obligar a la masa del concurso, si bien queda suspendida *“la obligación legal o estatutaria de convocar a reuniones o asambleas de socios o accionistas”*, las mismas podrían igualmente ser convocadas por el órgano de administración, con la salvedad que cualquier resolución que se adoptara, requerirá para su validez, ratificación por parte de la sindicatura (art. 48.2, LCRE). Mientras tanto, en el supuesto de limitación de la legitimación para disponer, también el órgano de administración podrá convocar a reunión de socios o accionistas, mediando *“autorización del interventor”* (art. 49.2, LCRE).

Nos abocaremos al tratamiento de los efectos de la declaración de concurso respecto al ejercicio de las competencias del órgano de administración relativas a la organización y funcionamiento interno de la persona jurídica concursada.

---

*actividad”*. Por su parte, ALFARO, J. y PUCEIRO, D., “Los órganos societarios y los límites a las medidas cautelares pre-concursales”, en *Hacia un nuevo Derecho comercial, Semana Académica del Instituto de Derecho Comercial*, 1ª ed., F.C.U., Montevideo, 2012, p. 420, indican “[...] que los administradores o directores no devienen removidos en sus cargos, por lo que podrán continuar desarrollando algunas actividades específicas fundamentalmente de protección de los intereses del deudor sociedad comercial (...) por ejemplo que no les esté restringido el acceso a las instalaciones de la empresa[...]”. Agregamos, que si en el escenario de suspensión de la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso se mantienen los órganos de la persona jurídica concursada, con mayor razón se mantendrán en la hipótesis de limitación de la legitimación para disponer, en tanto, la alteración de las facultades patrimoniales del deudor, es sensiblemente inferior.

Primeramente, analizaremos el ejercicio de facultades vinculadas específicamente con la convocatoria y celebración de las reuniones de los órganos deliberativos de las personas jurídicas concursadas, así como, aquellas facultades relacionadas con la teneduría de libros sociales.

### **A.- La competencia del órgano de administración y representación (o liquidación) de la persona jurídica concursada para la convocatoria de la reunión de socios o asamblea de accionistas**

A consecuencia de la declaración judicial del concurso y tras la designación de un síndico o de un interventor, según se suspenda o limite la legitimación del deudor para disponer, la LCRE regula las consecuencias de la referida declaración con respecto al funcionamiento de los órganos de la persona jurídica concursada. En algunos casos, el deudor es sustituido por el síndico; en otros, resulta complementado en sus funciones. Pero de ningún modo, son limitadas en su totalidad las atribuciones de los órganos naturales de las personas jurídicas durante el desarrollo del procedimiento concursal.

En efecto, decretada la suspensión de la legitimación para disponer, el artículo 48.2 de la LCRE dispone la suspensión de la obligación legal o contractual de la convocatoria al órgano deliberativo. Sin embargo, ello no implica que el referido órgano no pueda resultar convocado por el órgano de administración (o de liquidación) de la persona jurídica concursada. Adicionalmente, el órgano deliberativo podrá adoptar resoluciones, con la ratificación del síndico.

Por otra parte, en la hipótesis de limitación de la legitimación para disponer, la LCRE dispone a texto expreso que “*los órganos de la persona jurídica se mantendrán en funcionamiento*”, a salvo de las limitaciones que la propia normativa concursal imponga al respecto (art. 49.1, LCRE). En este sentido, no queda suspendida la obligación

de convocatoria al órgano deliberativo, la que se hará por medio del órgano de administración o liquidación de la persona jurídica concursada, mediando previa autorización del interventor <sup>559</sup>. Ninguna limitación se dispone en cuanto al régimen de adopción de resoluciones por parte del órgano deliberativo.

Por consiguiente, las restricciones legales en el marco del procedimiento concursal deben interpretarse en sentido estricto y fuera de los supuestos expresamente previstos por la LCRE, las atribuciones de competencia de los órganos de las personas jurídicas concursadas se mantienen incólumes, ajustándose al régimen legal y estatutario que les fueren aplicables cuando no hubieran sido declaradas en concurso.

El funcionamiento de los órganos de las personas jurídicas declaradas en concurso no subsiste en términos ornamentales, sino que el mantenimiento de la actividad a la que se dedicaren, exige el funcionamiento real y efectivo de los mencionados órganos. A mayor abundamiento, la necesidad de convocatoria al órgano deliberativo no solo es requerida para los casos en los que necesariamente deberán ser convocados por imperio de la ley o el contrato, sino que en reiteradas ocasiones, la propia convocatoria tiene como finalidad resolver cuestiones que pueden resultar necesarias para obtener una solución en el marco del procedimiento concursal.

El artículo 138 párrafo tercero de la LCRE exige al concursado persona jurídica, en caso de presentación de una propuesta de convenio, acompañar “[...] *testimonio de la resolución social aprobando la presentación de la propuesta*”. Pues bien, se ha discutido si la resolución social que aprueba la presentación de la

---

<sup>559</sup> No resulta sencillo comprender la razón por la cual en el régimen de suspensión de la legitimación para disponer y obligar a la masa del concurso, el órgano de administración (o liquidación) de la persona jurídica concursada puede convocar al órgano deliberativo sin mediar autorización previa o conformidad de algún tipo y, en el de limitación de la legitimación para disponer, se exige autorización previa del interventor. La doctrina uruguaya no aborda el tema en cuestión.

propuesta de convenio debe ser adoptada por el órgano de deliberación.

Por una parte, se ha entendido que “[...] la presentación de una propuesta de convenio, debe resultar de una resolución social, adoptada por los socios informalmente o en asamblea, según sea el tipo de sociedad de que se trate”<sup>560</sup>. Asimismo, se ha expresado que a diferencia de lo exigido por el artículo 7 de la LCRE, donde el deudor persona jurídica, al solicitar su propio concurso, debe acompañar testimonio notarial de la resolución del órgano de administración, aprobando la presentación, la disposición contenida en el artículo 138 “[...] requiere resolución social – esto es de la reunión de socios o asamblea de accionistas (...) sin que podamos apreciar en principio el fundamento de la solución diferencial entre uno y otro”<sup>561</sup>.

En otro sentido, se ha sostenido que los “[...] únicos que pueden plantear fórmulas para la continuación de la actividad mediante convenios, artículo 138 [...]” son “[...] los administradores originarios de la sociedad [...]”, precisando que en relación a la formulación y presentación de propuestas de convenio, si bien “[...] la ley concursal obliga a los mismos a efectuarlas, la omisión en ese sentido podría implicar una falta de diligencia de acuerdo a los estándares que exigen los artículos 83 y 391 de la Ley 16060. Y por ende, eventualmente genera responsabilidad personal de acuerdo a la normativa societaria”<sup>562</sup>.

Las normas concursales referidas provienen de la Propuesta de Anteproyecto de Ley concursal de 1995, donde tanto para la solicitud de declaración judicial de concurso instada por el deudor (art. 5.4,

---

<sup>560</sup> RODRÍGUEZ OLIVERA, N., “Manual de Derecho...”, *op. cit.*, p. 348.

<sup>561</sup> HOLZ, E. – RIPPE, S., “Reorganización Empresarial y...”, *op. cit.*, p. 161.

<sup>562</sup> HOLZ, E., “Obligaciones de los administradores de sociedades en vías de insolvencia”, en *25 años de la Ley de sociedades comerciales. Necesidad de su reforma. Homenaje al Profesor Dr. Siegbert Rippe*, FAFCEA, Primera edición, Montevideo, 2014, pp. 412 y 413.



APLC), como para la presentación de propuestas de convenio (art. 152.2, APLC), debía acompañarse la certificación de la decisión o del acuerdo aprobando la presentación de la solicitud de declaración judicial de concurso o de la propuesta de convenio.

Si se entiende que “*resolución social*” implica necesariamente la adopción de una decisión por parte del órgano de deliberación, debería necesariamente convocarse a dicho órgano a los efectos de obtener la aprobación de la propuesta a presentar. Si por el contrario, como entendemos, “*resolución social*” no corresponde únicamente a una decisión adoptada a través del órgano de deliberación, sino a una decisión de la propia persona jurídica, mediante la actuación del órgano pertinente, según sus competencias y funciones, la “*resolución social aprobando la presentación de la propuesta*”, debería provenir del órgano de administración. Si a texto expreso corresponde al órgano de administración promover tanto la declaración de concurso como solicitar la liquidación, debería corresponderle también la decisión respecto al contenido y presentación de una propuesta de convenio.

Esta interpretación además de ser armónica con la exigencia planteada por la ley concursal uruguaya, respeta conceptualmente el alcance de las funciones y cometidos que le corresponden al órgano de administración, o sea, la gestión o administración de los negocios sociales<sup>563564</sup>.

---

<sup>563</sup> La Ley N° 16060 de sociedades comerciales en su artículo 79 dispone que los administradores tendrán a su cargo la gestión de los negocios sociales y que se entenderán comprendidos dentro de los actos de gestión el arrendamiento, el gravamen y la enajenación de bienes sociales.

<sup>564</sup> Judicialmente se ha entendido pertinente que la decisión se adopte por el órgano de administración, a efectos de dar cumplimiento con la exigencia legal de acompañar “*testimonio de la resolución social aprobando la presentación de la propuesta*”. Ver al respecto concursos de ROGU LTDA., AEROPUERTO LTDA., FLOPI S.C y ATIMAN S.A., tramitados ante el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Concursos de 1° Turno, expedientes IUE 2-2-61707/2012, 40-16/2013, 40-17/2013 y 2-5148/2008, respectivamente en [www.expedientesjudiciales.gub.uy](http://www.expedientesjudiciales.gub.uy).

La declaración judicial de concurso, no exime a la persona jurídica deudora del deber de formular y aprobar los estados contables (balance general) del ejercicio económico anterior. Evidentemente, para el cumplimiento de estos deberes, es necesario convocar al órgano deliberativo de la persona jurídica concursada para su discusión y eventual aprobación<sup>565</sup>.

Sin perjuicio de lo expresado, a efectos de determinar el órgano o sujeto legitimado para la convocatoria al órgano deliberativo de la persona jurídica que ha sido declarada en concurso, debemos remitirnos a lo que disponga la normativa legal aplicable a la forma jurídica que haya adoptado, así como a las previsiones contractuales o estatutarias de dicha entidad. Habrá que apartarse del régimen jurídico que naturalmente resultare aplicable, únicamente en caso que la normativa concursal dispusiera de forma expresa, alguna variante a dicho régimen.

En tal sentido, no debe perderse de vista que en el supuesto de suspensión de la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso y en caso de convocatoria al órgano deliberativo, si bien es éste quien adoptará las resoluciones, las mismas requerirán “*para su validez*”, ratificación por parte del síndico del concurso (art. 48.2 *in fine*, LCRE).

Por su parte, si se hubiere dispuesto la limitación de la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso, para la convocatoria al órgano deliberativo, es

---

<sup>565</sup> Así por ejemplo, en materia de sociedades anónimas, el artículo 342 de la LSCU, regula la competencia de la asamblea ordinaria de accionistas, disponiendo que el referido órgano societario tendrá a su cargo, la consideración y resolución, entre otros asuntos, del “*balance general, (estado de situación patrimonial y estado de resultados), proyecto de distribución de utilidades, memoria e informe del síndico o comisión fiscal y toda otra medida relativa a la gestión de la sociedad que le compete resolver conforme a la ley y al contrato o que sometan a su decisión el administrador o el directorio, y la comisión fiscal o el síndico*”.

imprescindible la autorización previa del interventor (art. 49.2, LCRE), pero será aquél quien - en definitiva - adopte las resoluciones.

En las sociedades mercantiles, la convocatoria a reunión de socios o asamblea de accionistas, corresponde al órgano de administración o de control. La Ley societaria uruguaya prevé dos formas de actuación del órgano de deliberación. La primera, para sociedades de tipo personal, no colegiada, donde es posible recabar la adhesión de la mayoría absoluta del capital, a través de la consulta escrita (reunión de socios), y la segunda, colegiada, para las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada de veinte o más socios (asambleas). Empero, únicamente regula expresamente el régimen de convocatoria para el caso de las sociedades anónimas (aplicable también para las sociedades de responsabilidad limitada de veinte o más socios, art. 239, párrafo segundo, LSCU). Así, en el artículo 344 párrafo tercero dispone que tanto la asamblea ordinaria como la extraordinaria de accionistas, “*serán convocadas por el órgano de administración o de control*”<sup>566</sup>.

En el caso de las cooperativas, la convocatoria al órgano deliberativo - asambleas ordinaria y extraordinaria de socios - será efectuada por el órgano de administración o por el órgano de control de las mismas, es decir, o bien, por el Consejo Directivo, o bien, por la Comisión Fiscal (art. 29, Ley 18.407)<sup>567</sup>.

---

<sup>566</sup> En el artículo 345, se regula la forma de la convocatoria: “*La convocatoria se publicará por lo menos por tres días en el Diario Oficial y en otro diario, con una anticipación mínima de diez días y no mayor de treinta. Contendrá la mención del carácter de la asamblea, fecha, lugar, hora de la reunión y orden del día*”. Puede prescindirse de la publicación de la convocatoria cuando se reúnan los accionistas que representen la totalidad del capital integrado (art. 347, LSCU).

<sup>567</sup> El artículo 30 de la Ley 18.407, regula las formalidades requeridas para la convocatoria, preceptuando a la letra: “*La convocatoria deberá indicar fecha, hora y lugar de la Asamblea, y expresa mención de los puntos del orden del día. Deberá realizarse en la forma prevista por el estatuto, con adecuada publicidad, quedando debida constancia y con una antelación mínima de diez días y un máximo de treinta días de la fecha de la Asamblea. La Asamblea podrá celebrarse sin publicidad de la*

No existe en sede de asociaciones civiles, disposición normativa expresa relativa a la convocatoria del órgano deliberativo, comúnmente denominado “asamblea general”. En el estatuto tipo proporcionado por la Dirección General de Registros del Ministerio de Educación y Cultura, se indica que las asambleas generales ordinarias y extraordinarias serán convocadas por “*la Comisión Directiva o por iniciativa de la Comisión Fiscal o de la Comisión Electoral o a pedido del diez por ciento de los asociados hábiles para integrarla*” (art. 11 del estatuto tipo).

Finalmente, en el caso de las fundaciones, el artículo 4 de la Ley 17.163, determina que “*el gobierno y la administración [...] estarán a cargo de un Consejo de Administración*” quien [...] *tendrá todas las facultades necesarias para el cumplimiento del objeto de la institución*”. Por tanto, el órgano de administración en las fundaciones (Consejo de Administración) está conformado por los mismos integrantes del órgano deliberativo.

La norma legal referida, no prevé expresamente una regulación de su convocatoria para el ejercicio de las facultades “de gobierno” de la fundación. Sin embargo, establece que el funcionamiento del Consejo de Administración será en régimen de reuniones ordinarias y extraordinarias, de conformidad con lo que se prevea estatutariamente (art. 6, Ley 17.163).

Es preciso también, hacer referencia al ejercicio de la presidencia de la reunión del órgano deliberativo. Siendo consistentes con lo expresado *supra*, el ejercicio de la presidencia del órgano corresponderá, de principio y salvo estipulación legal expresa en sentido diverso, a quien haya sido designado contractual o legalmente en base a la específica forma jurídica adoptada por la entidad de que se trate. A modo de ejemplo, las asambleas de las sociedades

---

*convocatoria cuando participen en ella todos los socios. Son nulas las resoluciones sobre temas ajenos al orden del día”.*

anónimas - sean ordinarias o extraordinarias - serán presididas por el administrador (en caso que el órgano de administración sea unipersonal) o por el presidente del directorio o su reemplazante (si el órgano de administración fuere colegiado), todo a excepción de disposición contractual en sentido contrario. En su defecto, será presidida por la persona que resulte designada en la propia asamblea (art. 353, LSCU).

De la lectura e interpretación de lo preceptuado por los artículos 48.2 (en escenario de suspensión de la legitimación para disponer y obligar la masa del concurso) y 49.2 (en caso de limitación de la legitimación para disponer y obligar la masa del concurso), no surge la necesidad de designar al síndico o al interventor concursal a los efectos de asumir la presidencia de la reunión del órgano deliberativo de la persona jurídica concursada, ni siquiera en el contexto de excepción en el que la ley requiere al síndico o al interventor, en su caso, la convocatoria del órgano deliberativo para el nombramiento de administradores o liquidadores sustitutos de los que han sido inhabilitados por imperio de la sentencia de calificación del concurso como culpable.

Es más, la Ley de concursos uruguaya no exige, tampoco regula, ni siquiera prevé la asistencia del síndico o del administrador concursal a la sesión del órgano de deliberación de la persona jurídica concursada. Solo requiere, por parte del síndico la ratificación de las resoluciones adoptadas, y por parte del interventor, la autorización para convocarla.

Las erogaciones normalmente ocasionadas por efecto de la convocatoria y reunión del órgano deliberativo, traen aparejadas el inconveniente de su desembolso durante la tramitación del procedimiento concursal. En tal sentido, la LCRE no determina explícitamente si los referidos gastos deberán ser satisfechos o no con cargo a la masa <sup>568</sup>. A ello se debe agregar que - como se expresó en

---

<sup>568</sup> En materia de sociedades mercantiles, el artículo 345 de la Ley 16.060 relativo a las formalidades de la convocatoria a las asambleas de accionistas de las sociedades

otros pasajes del presente trabajo - más allá que el artículo 45.6 de la LCRE excluye del régimen de suspensión o limitación de la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso a los bienes inembargables y a los actos personalísimos, no existen en el patrimonio de las personas jurídicas, bienes o derechos de tal naturaleza, ni es posible realizar, por parte de personas jurídicas tales clases de actos.

No existe disposición normativa en la legislación concursal que regule el derecho de la persona jurídica deudora, a obtener de la masa, los bienes y derechos que resultaren necesarios para atender las vicisitudes que surgieren durante la tramitación del procedimiento concursal, para el funcionamiento de sus órganos.

Por consiguiente, más allá de la atribución de legitimación conferida al órgano de administración de la persona jurídica concursada para realizar la convocatoria del órgano deliberativo en el supuesto de suspensión de la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso, el ejercicio efectivo de dicha atribución (o deber, según corresponda), podría resultar indirectamente subordinado a la conformidad del síndico<sup>569</sup>.

---

anónimas, impone que la referida convocatoria sea publicada al menos por tres días en el Diario Oficial y en otro diario, con debida antelación a la celebración de las mismas, publicación que deberá contener algunas menciones tales como “*el carácter de la asamblea, fecha, lugar, hora de la reunión y orden del día*”. En el caso de las sociedades en comandita por acciones y de las sociedades de responsabilidad limitada de veinte o más socios, las decisiones que adopte el órgano deliberativo, lo serán en asamblea (arts. 480 y 239 párrafo segundo, Ley 16.060). Para las sociedades colectivas, en comandita simple y de responsabilidad limitada con menos de veinte socios, la LSCU no impone a los socios formalidades de convocatoria para la denominada reunión de socios.

<sup>569</sup> La LSCU prevé que la convocatoria puede llevarse a cabo no únicamente por parte del órgano de administración, sino que adicionalmente, esta competencia ha sido expresamente atribuida al órgano de control (síndico o síndicos societarios o comisión fiscal), En caso de que ni el órgano de administración, ni el de control convoquen a asamblea a requerimiento de accionistas que representen al menos el 20% del capital integrado, “[...] la convocatoria podrá hacerse por cualquiera de

El órgano de administración de la persona jurídica concursada podría solicitar al síndico o al interventor concursal que abone, con cargo a la masa, las erogaciones que suponga la convocatoria al órgano deliberativo. Sin embargo, ello no es lo que suele ocurrir en la práctica judicial concursal en Uruguay. Por lo general, los desembolsos relacionados con la convocatoria y celebración de la reunión del órgano deliberativo, han sido asumidos por los integrantes del órgano de administración de su propio peculio<sup>570</sup>.

Sin perjuicio de lo expresado, debemos recordar que el artículo 75 párrafo primero de la LCRE, impone al síndico o al deudor (con la autorización y control del interventor), “*administrar la masa activa del modo más conveniente para la satisfacción de los acreedores*”. Precisamente, la convocatoria al órgano deliberativo para sesionar y adoptar determinadas resoluciones, podría resultar - en algunas ocasiones - beneficiosa para el conjunto de acreedores.

Si la obligación de convocatoria y celebración de la reunión del órgano deliberativo tuviera su fuente en un precepto legal, como ocurre en la hipótesis de aprobación de los estados contables de la persona jurídica concursada (v.gr., arts. 87 y 342.2, LSCU), no habría mayores inconvenientes en el supuesto de suspensión de la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa, en la

---

*los directores, de los miembros de la comisión fiscal, por el órgano estatal de control o judicialmente*” (art. 344, LSCU). HOLZ y RIPPE afirman que la LCRE no explicita si el órgano deliberativo puede resultar convocado por el órgano de control interno, órgano estatal de control o judicialmente (además de por el órgano de administración). Ante dicha ausencia, se inclinan “*por admitir la posibilidad de convocar reuniones de socios o accionistas por las vías antedichas y por la validez de sus resoluciones, sin perjuicio de su ineficacia o inoponibilidad frente a la masa activa del concurso, en lo que pudieran tales resoluciones perjudicarla...*” HOLZ, E. y RIPPE, S., “Reorganización empresarial y...”, *op. cit.*, p. 122.

<sup>570</sup> Así, en los casos de los concursos de la asociación civil Hospital Italiano, IUE 2-42747/2010 y de la cooperativa UCAR IUE 2-28628/2013 (en este último, no sesionó por no alcanzar el *quórum* necesario), ver ambos expedientes en [www.expedientes.poderjudicial.gub.uy](http://www.expedientes.poderjudicial.gub.uy).

medida que el artículo 48.2 de la LCRE prevé expresamente que queda suspendida “*la obligación legal o estatutaria de convocar reuniones o asambleas de socios o accionistas*”.

Distinto, es el caso de limitación de la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso, pues la LCRE no prevé la suspensión de la obligación de convocatoria al órgano deliberativo de la persona jurídica concursada<sup>571</sup>. En esta circunstancia, es habitual que alguno, o algunos, o todos los miembros del órgano de administración asuman los gastos necesarios para que el órgano deliberativo resulte convocado y pueda sesionar.

### **B.- Supuestos en que la convocatoria del órgano deliberativo de la persona jurídica concursada corresponde a la administración concursal**

Corresponde recordar que la resolución judicial que ordena la liquidación de la masa activa del concurso dispondrá “*el cese de los administradores*” de la persona jurídica concursada (art. 169.3, LCRE).

Por ello, la LCRE regula la sustitución de los inhabilitados, imponiendo al síndico o al interventor, según corresponda en cada caso, convocar al órgano deliberativo para que éste designe nuevos administradores o liquidadores (art. 202 párrafo segundo, LCRE). El tema fue analizado en el Capítulo Tercero de la Segunda Parte de este trabajo. Sin embargo, cabe señalar aquí, algunos aspectos con relación al artículo 202 de la LCRE. Éste se ubica en el Título IX, relativo a la calificación del concurso. En tal sentido, se debe dirimir si su marco

---

<sup>571</sup> En este mismo sentido, LÓPEZ, BADO y ROMANG, eexpresan que el interventor no podrá negar la autorización “[...] *cuando se trate de asambleas ordinarias, en que la LSC impone la obligatoriedad de su convocatoria (art. 344 LSC)*”. Adicionalmente, consideran que el interventor no tendría, en principio, injerencia respecto del orden del día de las asambleas, ni sobre las resoluciones que se adoptaren; tampoco, estaría facultado para presenciar la sesión del órgano deliberativo y, muchos menos, tener derecho de voz y voto; LÓPEZ, C., BADO, V. y ROMANG, C., “Efectos sobre el...”, *op. cit.*, p. 303.



de aplicación está limitado únicamente al caso reglado (sustitución de administradores o liquidadores que hayan resultado inhabilitados por la sentencia de calificación del concurso como culpable) o si puede extenderse a otros supuestos de vacancia: muerte o incapacidad de algún miembro del órgano de administración o liquidación.

En el entendido que la disposición normativa concursal aludida supone una excepción - de interpretación restrictiva - al régimen general de atribución de competencia para requerir la convocatoria al órgano deliberativo, fuera del caso expresamente previsto en la misma, cuando el órgano de administración o liquidación no logren funcionar - o no lo hagan aun pudiendo hacerlo - concierne la convocatoria a quienes estuvieren legitimados de conformidad con las normas legales o contractuales que disciplinen la específica forma jurídica que haya sido adoptada por la persona jurídica concursada<sup>572</sup>.

---

<sup>572</sup> En el ordenamiento jurídico uruguayo no existe previsión legal que admita expresamente la autoconvocatoria del órgano del órgano deliberativo. Sin embargo, doctrinariamente, y en particular, para el caso de las sociedades anónimas (con basamento en los artículos 347 y 358 de la Ley 16.060), se ha expresado que *“imponer a los accionistas unánimes la carga de pasar por el requisito formal de la convocatoria del órgano de administración o de control para poder reunirse y adoptar decisiones válidas constituye un exceso absoluto de formalismo que no se compadece con el espíritu de la norma”* (OLIVERA GARCÍA, R., “Autoconvocatoria de asambleas de sociedades anónimas”, en *Anuario de Derecho Comercial*, Tomo 10, F.C.U., Mdeo., 2004, p. 40). Se comparte parcialmente la opinión doctrinaria referida, pues si bien consideramos que existe un exceso de formalismo en el hecho de imponer a los accionistas unánimes, el requisito formal de la convocatoria, el tenor literal del artículo 344 de la LSCU es claro, en cuyo caso, no podrá desatenderse el mismo *“a pretexto de consultar su espíritu”* (art. 17, CCU). Más allá de lo expresado, si se admitiera esta forma de convocatoria por parte de los accionistas de una sociedad anónima concursada, ello no debe conculcar las previsiones de la legislación concursal en materia de convocatoria al órgano deliberativo de las personas jurídicas que hayan sido declaradas en concurso (arts. 48.2 y 49.2, LCRE). Por consiguiente, la constitución del órgano deliberativo de la persona jurídica concursada bajo la modalidad de asamblea unánime - aun en caso de entenderse que fuere admitida fuera del supuesto de concurso - debe quedar descartada en el marco de un procedimiento concursal.

### **C.- La llevanza y custodia de los libros y registros de naturaleza “orgánica” de las entidades concursadas**

Es menester referir a la competencia relacionada con la teneduría de libros sociales por parte del deudor persona jurídica, durante la tramitación del procedimiento concursal.

Los libros sociales son ajenos a la documentación de la actividad que desarrolla la persona jurídica que ha sido declarada en concurso. La obligación de llevarlos es extraña al ejercicio de las facultades de administración y disposición del patrimonio.

En materia de sociedades mercantiles, en particular, para las sociedades anónimas, la Ley societaria uruguaya dispone que estas entidades deberán llevar libros sociales. Los libros requeridos expresamente por la Ley societaria, son el Libro Registro de Títulos Nominativos (art. 333, LSCU), el Libro Registro de Acciones Escriturales (art. 334, LSCU), el Libro Registro de Asistencia de Accionistas a las Asambleas (art. 335, LSCU) y los Libros de Actas de Asambleas y de los órganos de administración y control (art. 336, LSCU)<sup>573</sup>.

Por su parte, en el caso de las cooperativas, el artículo 77 de la Ley 18.407 exige a estas entidades la llevanza de determinados libros, a saber: Libro de Registro de socios, Libro de Actas de la Asamblea General, Libro de Actas del Consejo Directivo, Libro de Actas de la Comisión Fiscal, y Libro de Actas del Comité de Recursos (en caso de corresponder)<sup>574</sup>. La legislación regulatoria del régimen jurídico de las

---

<sup>573</sup> En caso de funcionar asambleas especiales, el artículo 337 de la Ley 16.060 determina que la sociedad deberá llevar “*los Libros de Registro de Asistencias a cada clase de ellas, así como los de Actas*”.

<sup>574</sup> El Comité de Recursos es un órgano de naturaleza contingente, delegado de la Asamblea General, y encargado de resolver los recursos que “vengan atribuidos a su conocimiento o al de la Asamblea, por vía legal o estatutaria” (art. 42, Ley 18.407).

cooperativas permite que los libros mencionados, puedan ser llevados en soportes informáticos u otros medios admitidos y estarán bajo custodia y responsabilidad del Consejo Directivo (art. 77, párrafos segundo y tercero, Ley 18.407).

No existe previsión legal en materia de fundaciones, relativa a la obligación de llevar libros. Tampoco con relación a las asociaciones civiles. Sin embargo, dentro de los requisitos de solicitud de personería jurídica ante la Dirección General de Registros del Ministerio de Educación y Cultura, se dispone que las asociaciones civiles deberán presentar para su anotación, los siguientes libros: Actas de Asambleas, Actas de Comisión Directiva, Registro de Socios y Asistencia a las Asambleas.

Por otra parte, para las fundaciones, sin perjuicio de la no previsión legislativa - y a los mismos efectos que los indicados para las asociaciones civiles - se establece que estas entidades deben presentar el Libro Consejo de Administración.

La teneduría y custodia de los libros sociales indicados precedentemente, es un deber que no se encuentra afectado por la declaración judicial de concurso, en la medida que no atañe al ejercicio de facultades de administración y disposición del patrimonio de la persona jurídica concursada.

En el escenario de declaración judicial de concurso con suspensión de la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso, la normativa concursal ordena al síndico, *“realizar todos los actos necesarios para entrar en posesión de los libros legales y de los documentos relativos a la masa activa y a la actividad profesional o empresarial del deudor”*. (art. 74 párrafo tercero, LCRE). Esta previsión no es aplicable a las hipótesis de concurso voluntario con designación de interventor.

La disposición normativa parcialmente transcrita, alude a *“los libros legales”*, sin hacer referencia concreta a cuáles libros se refiere.

Los libros sociales son libros legales, con lo cual podría plantearse la duda acerca de cuáles son los libros que el síndico debe entrar en posesión. Consideramos que una interpretación coherente de la norma aludida, conduce a sostener que los mentados “*libros legales*” serían únicamente aquellos que refieren en concreto a la actividad o actividades a las que el deudor concursado se dedicare, quedando por fuera, los libros sociales.

**CUARTA PARTE: EFECTOS DE LOS ACUERDOS  
PRECONCURSALES SOBRE EL ÓRGANO DE  
ADMINISTRACIÓN Y REPRESENTACIÓN DE LAS  
PERSONAS JURÍDICAS**



## ***Capítulo Primero: Acuerdos extrajudiciales de pago***

### **I.- Régimen jurídico español**

#### **A.- Legitimación. Órgano competente para solicitarlo**

La competencia para la solicitud de un acuerdo extrajudicial de pago por la persona jurídica deudora corresponde a su órgano de administración o liquidación, por mandato expreso de la Ley (art. 232.1, párrafo segundo, LC). No es ésta una mención superflua o innecesaria. Debe tenerse en cuenta que la persona jurídica que insta las negociaciones con las que pretende alcanzar un acuerdo extrajudicial con sus acreedores, no se encuentra sometida en tanto no se produzca la admisión a trámite de la solicitud de su concurso, a las limitaciones propias del procedimiento concursal, siendo plenamente aplicables cualesquiera disposiciones legales o estatutarias que rijan la organización y atribución de competencias entre sus distintos órganos.

Aquí, al igual que respecto de la solicitud de concurso voluntario, la Ley opta por imponer un criterio de certeza respecto del órgano que resulta competente para instar el inicio del procedimiento de acuerdo extrajudicial. Así se simplifica el examen de la legitimación del órgano que decide sobre la solicitud por los registradores, notarios y Cámaras Oficiales de Comercio, que la reciben. Bastará para éstos comprobar la corrección de la resolución del órgano que tenga encomendada, en función de las normas que se apliquen a la concreta forma jurídica de que se revista el deudor, su administración (o liquidación).

#### **B.- Ámbito de aplicación subjetivo**

El acuerdo extrajudicial de pago se incorpora a la Ley concursal como parte del conjunto de medidas con las que la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (Preámbulo.I.), trata de enfrentar los estragos de la crisis económica en el tejido empresarial y productivo español. Con

tal fin, se consideró adecuado arbitrar cauces más flexibles que los hasta entonces disponibles en la Ley concursal, a través de los que el deudor y los diferentes agentes e intereses afectados por su insolvencia, pudieran alcanzar un acuerdo. Existía consenso entre los operadores jurídicos previo a las reformas introducidas por la Ley 14/2013 del 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, de que el procedimiento judicial del concurso resultaba caro y lento, lo que explicaría, al menos parcialmente el que, las más de las veces, el mismo acabara contribuyendo a que la liquidación de la empresa fuera el resultado más habitual de la declaración de concurso. Así, la reforma de 2013 incorpora un nuevo Título X dedicado al acuerdo extrajudicial de pagos, que es objeto de una considerable revisión por la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.

Respecto del ámbito subjetivo de aplicación de los acuerdos extrajudiciales de pago, nos limitaremos a analizar aquí lo que refiere al deudor persona jurídica. Es, no obstante necesario aclarar que la Ley no restringe a estos sujetos la posibilidad de acudir al acuerdo extrajudicial, sino que la misma se brinda a prácticamente cualquier deudor, ya sea persona jurídica o física y con independencia de la actividad que desarrolle.

La Ley, en principio, brinda a “cualesquiera personas jurídicas” la posibilidad de iniciar el procedimiento dirigido a alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos (art. 231.2 LC). No obstante, en sus numerales 3, 4 y 5, el artículo 231 señala una serie de hipótesis que vedan al deudor la posibilidad de acceder al acuerdo.

Por un lado, la Ley prohíbe a las personas jurídicas que sean entidades aseguradoras y reaseguradoras recurrir a este mecanismo (art. 231.3.5, párrafo tercero, LC)<sup>575</sup>.

---

<sup>575</sup> El tamaño, complejidad e intereses afectados por la insolvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, parecería estar en el origen de su exclusión. No obstante, la legislación sí ofrece a las personas jurídicas que realizan estas



Del mismo modo, no podrán recurrir al acuerdo extrajudicial de pagos las personas, tanto jurídicas como físicas, que se encuentren negociando con sus acreedores un acuerdo de refinanciación (art. 231.4. inciso primero, LC). Estas negociaciones deberán haber sido comunicadas al juzgado competente para conocer de la declaración de concurso del deudor (art. 5 bis.1, párrafo primero, LC), y publicado el extracto de la resolución de conocimiento de las mismas en el Registro Público Concursal, salvo que el deudor solicite el carácter reservado de la negociación<sup>576</sup>. Nada parece obstar a que, con independencia de la improbabilidad del supuesto, finalizadas las negociaciones sin formalizarse el acuerdo de refinanciación, o sin que el mismo sea homologado, pueda el deudor, comunicar al juzgado el inicio de un nuevo procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pago. Efectivamente, transcurridos tres meses desde el

---

actividades el recurso a la mediación para alcanzar un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 5 bis y 71 bis.1 de la Ley concursal, (a cuyo análisis, en esta misma Cuarta Parte, nos remitimos), siempre y cuando la sociedad no esté sometida a alguna medida de control especial (art. 168.2). En tales supuestos, señala el artículo 189.2 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, que el nombramiento recaerá necesariamente en el mediador concursal.

<sup>576</sup> El trámite de publicación introducido por el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo y, posteriormente, confirmado, por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, trata de atender al reproche formulado por la doctrina en relación con la dificultad de verificar este presupuesto por el notario o registrador mercantil que recibía la solicitud de inicio de negociaciones para la consecución de un acuerdo extrajudicial de pago. Ver MIRANDA DE LAS HERAS, M<sup>a</sup> J., “El acuerdo judicial de pagos desde la perspectiva del registrador”, en MARTÍN MOLINA, P. B., del CARRE DÍAZ-LÓPEZ, J. M. y LOPO LÓPEZ, M<sup>a</sup> A., *La Ley concursal y la Mediación Concursal: Un estudio conjunto realizado por especialistas*. 1<sup>a</sup> ed., Dykinson, Madrid, 2014, p. 485. Es cierto que la solicitud expresa de reserva por el deudor, limita en buena medida la eficacia de la publicidad registral. Empero, es fácil imaginar hipótesis en las que la discreción de las negociaciones será un presupuesto de su eventual buen fin. *De lege ferenda*, creemos sería conveniente sustituir el efecto automático de la solicitud de reserva, de forma tal que se facultara al juzgado a valorar el mérito del pedido de reserva del deudor, determinándose así, la procedencia o no de la publicación.

inicio de la negociación de un acuerdo de refinanciación, sin que el mismo hubiera podido alcanzarse, el deudor (o en su caso, el mediador concursal) deberá instar su propio concurso, a menos que no se encontrase ya en estado de insolvencia (art. 5 *bis*.5, LC). En ninguna de estas hipótesis le será posible al deudor solicitar el inicio del procedimiento de acuerdo extrajudicial de pago. No obstante, no es impensable que, recuperada por cualquier razón la solvencia, no proceda en un primer momento, instar la declaración de concurso, pero transcurrido un tiempo, la capacidad del deudor para hacer frente a sus obligaciones vuelva a comprometerse. En tal caso, podría entonces solicitar el inicio de las negociaciones.

En forma diferente, cuando las negociaciones den lugar a la consecución de un acuerdo de refinanciación y el mismo reciba la homologación judicial, se prohíbe expresamente al deudor la presentación de acuerdos extrajudiciales de pago por un plazo de cinco años (art. 231.3.2º, párrafo primero, inciso primero, LC). Este plazo habrá de computarse desde la fecha en que se publicó la resolución homologatoria (art. 231.3.2º, párrafo segundo, LC).

Tampoco podrán iniciar el procedimiento extrajudicial las personas jurídicas y físicas cuya solicitud de concurso hubiera sido admitida a trámite (art. 231.4. *in fine*, LC) o aquellas declaradas en concurso dentro de los últimos cinco años (art. 231.3.2º, párrafo primero, *in fine*, LC). Para esta prohibición, se habrá de computar el plazo desde la fecha del auto que declare la conclusión del concurso (art. 231.3.2º, párrafo segundo, *in fine*, LC).

Se prohíbe también, en el ordinal segundo, numeral 3 del artículo 231, el inicio de las negociaciones por aquellos deudores condenados en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los 10 años anteriores a la declaración de concurso<sup>577</sup>. Las

---

<sup>577</sup> La Ley 25/2015, de 28 de julio eliminó - en nuestra opinión, acertadamente - entre sus prohibiciones, las referidas a incumplimientos de deberes contables o

prohibiciones del artículo 231.3, a diferencia de las recogidas en su numeral 2, dirigidas únicamente al deudor persona jurídica, serían en principio, aplicables a cualesquiera personas que solicitasen el inicio de negociaciones. Sin embargo, es obvio que no cabrá a la persona jurídica deudora la comisión de las conductas que en la norma se relacionan, para las que solo las personas físicas son centros de imputación. Cuando en supuestos similares la ley concursal extiende la previsión dirigida al deudor, a sus administradores o liquidadores<sup>578</sup>, lo hace expresamente. No siendo éste el caso, resulta difícil argumentar a favor de la extensión de la prohibición a los integrantes del órgano de administración o liquidación.

### **C.- Ámbito de aplicación objetivo**

El artículo 231.2 de la Ley concursal define el presupuesto objetivo del inicio del procedimiento extrajudicial de pagos por el deudor persona jurídica: el estado de insolvencia. El precepto no remite expresamente al concepto de estado de insolvencia del artículo 2 (sí lo hace, respecto del deudor persona física, el artículo 231.1). De todas maneras, no parece que existan razones para no entender extensible la remisión del numeral 1, al 2.

Ahora bien, la anterior no es la única diferencia que cabe identificar. Mientras el artículo 231.1, contempla como presupuesto objetivo del deudor persona física su “situación de insolvencia”, así como la previsión de su futura incapacidad para cumplir regularmente con sus obligaciones, el numeral 2 del artículo, en relación con el deudor persona jurídica, solo refiere al “estado de insolvencia”, sin hacerse expresa alusión a la naturaleza actual o inminente de la

---

registrales por un lado, y con la declaración de concurso de algunos acreedores que pudieran verse vinculados por el acuerdo por otro, flexibilizando los requisitos para acceder a los acuerdos extrajudiciales y consecuentemente ampliando el ámbito de aplicación subjetivo.

<sup>578</sup> Ver especialmente el artículo 105.1. También los artículos 42.1, 164.1, 165.1, 166, 172.2.1°.

misma. Este hecho, motivó que alguna interpretación considerase que la posibilidad de solicitar un acuerdo extrajudicial de pagos quedaba vedada al deudor persona jurídica que se encontrase en estado de insolvencia inminente. Empero, en nuestra opinión, no es correcta tal lectura de la Ley. La persona jurídica que prevea que, conforme al artículo 2 de la norma concursal, no podrá cumplir, puntual y regularmente sus obligaciones, a medida que estas devenguen exigibles, podrá solicitar el inicio del procedimiento de acuerdo extrajudicial de pago<sup>579</sup>.

---

<sup>579</sup> DÍAZ ECHEGARAY, pese a criticar la disposición, sostiene ser “[...] claro que la señalada [la exclusión del deudor persona jurídica en situación de insolvencia inminente] es la voluntad del legislador y no se debe a un olvido, dado que lo prevé [la insolvencia inminente] expresamente para personas físicas” DÍAZ ECHEGARAY, J. L., “El acuerdo extrajudicial de pagos”, 1ª ed., Cívitas, Cizur Menor, 2014, p. 26. No se puede compartir la interpretación del autor. La lectura del texto de la norma nos indica que, tanto para el caso del deudor persona natural, como para el del deudor persona jurídica, el legislador se remite al estado (o situación) de insolvencia definido en el artículo 2.3 de la Ley que, recordemos, establece a texto expreso: “Si la solicitud de declaración de concurso la presenta el deudor, deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente” (el énfasis es nuestro). Compartimos que el legislador no cometió olvido alguno, ya que no lo constituye el evitar una reiteración, a nuestro juicio, innecesaria. Al respecto, ha de repararse en que el párrafo primero del artículo 231.1 de la Ley define el presupuesto del inicio del procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos del empresario persona natural que se encuentre en situación de insolvencia, “[...] con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2 de esta Ley”, situación que, como afirma el artículo 2.3, puede ser actual o inminente. Alternativamente (como indica el empleo de la conjunción “o”, el artículo 231.1, párrafo primero, brinda la posibilidad de iniciar este procedimiento también, al deudor empresario persona física que “[...] prevea que no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones”. Éste, no es el estado de insolvencia inminente definido en el artículo 2.3 de la Ley, que exige que la incapacidad que el deudor pronostique, vaya referida al cumplimiento puntual y regular de sus obligaciones. De ahí que pueda entenderse que la Ley, lejos de excluir la insolvencia inminente, del presupuesto del acuerdo extrajudicial de las personas jurídicas, se limita a relajar este concepto para el empresario persona natural, permitiéndole intentar alcanzar un acuerdo incluso si prevé podrá cumplir regular pero no puntualmente sus obligaciones. También en contra, SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, J. “El acuerdo extrajudicial de pagos”, Anuario de Derecho Concursal N.º 32, 2014, p. 13.

Además de exigirse que la persona jurídica se encuentre en estado de insolvencia, actual o inminente, la Ley concursal restringe el acceso al procedimiento del acuerdo extrajudicial de pagos a los deudores cuyo concurso, de ser declarado, “no hubiera de revestir especial complejidad”, remitiéndose al respecto a los criterios que el artículo 190 de la propia norma establece para permitir al juez tramitar el concurso por el procedimiento abreviado.

Por su parte, el artículo 190.1 señala al juez el examen de tres condiciones a la hora de determinar la procedencia de la aplicación del procedimiento abreviado: 1.º: Que la lista presentada por el deudor incluya menos de cincuenta acreedores; 2.º: Que la estimación inicial del pasivo no supere los cinco millones de euros; y 3.º: Que la valoración de los bienes y derechos no alcance los cinco millones de euros. Nada indica la Ley sobre el carácter acumulativo o no de estos criterios, por lo que entendemos que su interpretación deberá, en aras de la flexibilidad y adaptabilidad del procedimiento a las diferentes y variadas circunstancias que presenta la práctica concursal<sup>580</sup>, ser la que otorgue al registrador o notario que conozca de la solicitud, un mayor margen de discrecionalidad<sup>581</sup>.

---

<sup>580</sup> E. de M. II, párrafo tercero.

<sup>581</sup> Esta interpretación se acoge unánimemente por las conclusiones de la Reunión de magistrados de lo mercantil de Madrid sobre criterios de aplicación de la reforma de la Ley de apoyo a emprendedores, celebrada en Madrid el 11 de octubre de 2013, aunque limitándose su alcance. En efecto, los magistrados coincidieron en que, al menos uno de los tres requisitos del artículo 190.1 debían concurrir. Por ello, parecería excluirse la aplicación de los criterios alternativos regulados en los numerales 2 y 3 del precepto. (Conclusiones de la Reunión de magistrados de lo mercantil de Madrid sobre criterios de aplicación de la reforma de la Ley de apoyo a emprendedores, celebrada en Madrid el 11 de octubre de 2013. Conclusión I. 1º, disponible en <http://www.economistas.org/Contenido/REFor/AcuerdoUnifcazCriteriosLeyEmprendedoresJuecesMadoct2013.pdf>, consultada el 12/07/2015). Nada ha de objetarse en cuanto al criterio por el que se permitiría calificar al hipotético futuro concurso del deudor que solicita el inicio del trámite de acuerdo, como uno que no reviste especial relevancia, si concurre al menos una de las circunstancias del artículo 190.1. No obstante, creemos que la literalidad de la remisión y el espíritu flexible que impregna el procedimiento, mueven a considerar

Finalmente, el artículo 231.2, en su apartado “c”, supedita la posibilidad de que el deudor persona jurídica pueda acceder al trámite de negociación del acuerdo extrajudicial de pagos a un requisito de carácter eminentemente práctico: disponer “[...] de activos suficientes para satisfacer los gastos del acuerdo”<sup>582</sup>. El término “disponer” creemos habrá de interpretarse de forma amplia, de modo que no sea óbice la inexistencia de bienes cuya realización permita el pago de los gastos de tramitación del acuerdo, cuando su satisfacción pueda asegurarse por cualquier medio aceptable en Derecho. Así, por ejemplo, no vemos razón para rechazar el que se admita la solicitud de acuerdo del deudor titular de un patrimonio suficiente, aunque relativamente ilíquido, cuando tal falta de liquidez se supla por administradores, socios o cualesquiera terceros que comprometan, con las garantías que se juzguen necesarias, los bienes suficientes para la cobertura de los previsibles gastos de tramitación.

---

idénticamente aplicables los criterios de los numerales 2 y 3 (a favor RODRIGUEZ CONDE, C., “Los presupuestos del acuerdo extrajudicial de pagos”, en RODRÍGUEZ CONDE, C. (Coord.) y ESMERATS RAURELL, I., *Administración concursal, Mediación y acuerdo extrajudicial de pagos*, 1ª ed., Bosch, l’Hospitalet de Llobregat, 2014, pp. 810 y 811.

<sup>582</sup> En su actual redacción, dada por el artículo 1.2.1 de la Ley 25/2015, de 28 de julio, se suprime del texto la referencia a la *liquidez* de los activos que con anterioridad figuraba en el precepto. Es, en nuestra opinión, una modificación acertada, ya que la alusión a la liquidez de los activos dedicados a la cobertura de los gastos propios del acuerdo, nada aportaba. El registrador mercantil, notario o Cámara ante quien se presente la solicitud, obviamente deberá realizar un juicio sobre la capacidad de pago de los gastos que se deriven de la tramitación del acuerdo. Ello podrá asegurarse mediante activos líquidos, con dinero o depósitos a la vista, pero también con bienes y derechos cuya realización, a criterio del receptor de la solicitud, permita el pago de los gastos, a medida que los mismos sean exigibles. No se trata pues, con la reforma, de eliminar el requisito de la existencia de bienes suficientes con que satisfacer *puntualmente* los gastos que se devenguen del acuerdo (sobre todo cuando serán los aranceles del mediador los gastos más importantes a satisfacer como consecuencia de la tramitación), sino de posibilitar que notarios, registradores y cámaras puedan decidir si el requisito se cumple, sin que su juicio al respecto se vea encorsetado por trabas innecesarias, como la de la exigencia, no siempre fácilmente interpretable, de la liquidez del patrimonio del deudor (DÍAZ ECHEGARAY, J. L., “El acuerdo extrajudicial...”, 1ª ed., *op. cit.*, p. 55).

## D.- Exclusión de ciertos créditos

No todos los créditos del deudor persona jurídica podrán incluirse en la negociación del acuerdo extrajudicial de pago. De la negociación y de los efectos del acuerdo que eventualmente se alcance, se excluyen, en cualquier caso y circunstancia, los créditos de Derecho público (art. 231.5, párrafo segundo, LC)<sup>583</sup>.

---

<sup>583</sup> Las previsiones de la Ley respecto a cuáles créditos puedan verse incluidos en la negociación o afectados por el eventual acuerdo, se ven modificadas a raíz de la reforma operada por la Ley 25/2015, de 28 de julio. Con anterioridad, el numeral 5 del artículo 231, al referirse a los créditos con garantía real, supeditaba su incorporación al acuerdo y eventual sometimiento a lo en él negociado, a la decisión, comunicada expresamente en la forma prevista por la Ley, de los acreedores que ostentaban su titularidad. El texto vigente permite que los créditos así garantizados, puedan verse afectados por el acuerdo, aún en contra de la voluntad de sus titulares, cuando se conciten las mayorías y demás requisitos señalados por la Ley en sus artículos 238 y 238 bis. La reforma legal se alinea con uno de los objetivos declarados de la Ley concursal: “[...] permitir planteamientos realistas, que sin menoscabar la naturaleza de estos derechos [créditos con garantía real] ni perturbar el mercado del crédito, muy sensible a la protección de las garantías en caso de insolvencia del deudor; no impidan sino que hagan viables soluciones beneficiosas para los intereses del concurso” (E. de M. III, párrafo decimocuarto, LC). De forma a nuestro juicio redundante, la norma excluye del ámbito de aplicación de este precepto a los créditos de Derecho público “[...] aunque gocen de garantía real” (art. 231.5, párrafo tercero *in fine*, LC), cuando en el mismo párrafo ya se indica que los mismos “[...] no podrán en ningún caso verse afectados [...]”. Tal exclusión ha sido criticada, especialmente por no exceptuar siquiera aquellos créditos que la Ley califica como ordinarios, y no introducir elemento alguno de flexibilidad (ORTIZ HERNÁNDEZ, A., “Mediación concursal, una visión positiva”, en *Estrategia Financiera*, N.º 329, Estrategia Financiera, N.º 329, Sección Artículos/Riesgos, Julio 2015, Wolters Kluwer, en <http://laleydigital.laley.es>. Parecida crítica formula PULGAR EZQUERRA, J., “Acuerdos extrajudiciales de pagos, PYMES y mecanismos de segunda oportunidad”, *Diario La Ley*, N.º 8538, WoltersKluwer, 2015, consultada en <http://laleydigital.laley.es>. No parece la crítica absolutamente falta de razón. La opción legislativa por el impulso de la desjudicialización del tratamiento de la insolvencia y el impulso a los procedimientos de mediación, tal vez precise de un mayor compromiso de las Administraciones Públicas a fin de que más deudores opten por esta vía.

## **E.- Procedimiento**

### **a.- Solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos**

El procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos se inicia con la solicitud de un mediador concursal por el órgano de administración o liquidación de la persona jurídica deudora (art. 232, 1, LC).

La forma de la solicitud se adaptará al formulario normalizado, “[...] suscrito por el deudor [...]”, por lo que, siendo dicho deudor persona jurídica, habrá de estarse a lo que determinen las normas aplicables a la forma jurídica que éste adopte, con relación a la atribución de su representación. El mencionado formulario contendrá inventario con el efectivo y los activos líquidos de que el deudor dispone; los bienes y derechos de que sea titular y los ingresos regulares previstos (art. 232, inciso primero, LC).

Del mismo modo, el formulario contendrá una lista de acreedores, especificando su identidad, domicilio y dirección electrónica, con expresión de la cuantía y vencimiento de los respectivos créditos; una relación de los contratos vigentes; y una relación de gastos mensuales previstos (art. 232, inciso segundo, LC). La lista de acreedores “[...] también comprenderá a los titulares de préstamos o créditos con garantía real o de derecho público sin perjuicio de que puedan no verse afectados por el acuerdo” (art. 232.2, párrafo tercero, LC)<sup>584</sup>, pues, en definitiva, el objeto del formulario es dar una cabal imagen de la situación patrimonial del deudor, que permita a su receptor determinar si la persona jurídica solicitante reúne los requisitos señalados por la Ley para el nombramiento de un mediador concursal. La importancia que la Ley asigna a la veracidad de la información consignada por el deudor en el formulario, se comprueba al constatar los efectos que la ley apareja a

---

<sup>584</sup> La valoración de los préstamos o créditos con garantía real se realizará según las normas que son de aplicación a la hora de confeccionarse la lista de acreedores concursal a las que la Ley expresamente remite (arts. 232.2 párrafo tercero, *in fine* y 94.5, LC).



la comisión de inexactitud grave en la solicitud de nombramiento de mediador o el acompañamiento a la misma de documentos falsos. Siendo ese el caso, el artículo 232.2, párrafo primero, *in fine*, dispone que, si se declarase concurso consecutivo a la solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos, será de aplicación la presunción absoluta de culpabilidad del 164.2.2º a la solicitud de designación de mediador concursal.

El apartado 3 del artículo 232 de la Ley, señala a quiénes deberá remitirse la solicitud. En el caso de personas jurídicas inscribibles en el Registro Mercantil, se solicitará la designación al registrador mercantil del domicilio del deudor. Cuando, pese a ser inscribible, la persona jurídica solicitante no tenga hoja abierta en el Registro Mercantil, la Ley, de forma semejante a como prevé en el supuesto de la solicitud de concurso (art. 24.2, *in fine*, LC), ordena al registrador mercantil, “[...] *la apertura de la hoja correspondiente* [...]” (art. 232.3, párrafo primero, inciso primero, LC). Se deroga de esta manera la prohibición que figuraba en la Ley con anterioridad a la reforma de 2015, por la que se vedaba el acceso al procedimiento de acuerdo extrajudicial a las personas sujetas a inscripción obligatoria que no figurasen inscritas con antelación a la solicitud de designación de mediador concursal. Con esto, el sistema legal del tratamiento de la insolvencia gana en coherencia y racionalidad. Corresponderá así, la solicitud dirigida al registrador mercantil de las personas jurídicas de inscripción obligatoria como las sociedades mercantiles; sociedades de garantía recíproca; cooperativas de crédito; mutuas y cooperativas de seguros y las mutualidades de previsión social; sociedades de inversión colectiva; agrupaciones de interés económico, y las cajas de ahorro, además de cualesquiera otras personas jurídicas cuya inscripción determine la ley (art. 81.1, RRM).

De la solicitud realizada por la persona jurídica no inscribible en el registro mercantil conocerá el notario del domicilio del deudor (art. 232.3, párrafo primero, inciso segundo, LC).

Alternativamente, y como novedad introducida por el artículo 1.2.2 del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, y confirmada por el artículo 1.2.2 de la Ley 25/2015, de 28 de julio, aparece la posibilidad de que la solicitud de nombramiento de mediador concursal, también puedan dirigirla tanto las personas jurídicas inscribibles, como las que no lo son, a “[...] *las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación cuando hayan asumido funciones de mediación de conformidad con su normativa específica y a la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España*” (art. 232.3, párrafo segundo, LC), una de las medidas en que la Ley se apoya para potenciar la figura del mediador concursal (Preámbulo III, párrafo sexto, de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social).

La reforma operada por la Ley 25/2015, de 28 de julio, simplifica la labor a desarrollar por los profesionales y organismos receptores de la solicitud, al suprimirse el requisito para la admisión a trámite de la misma, contenido en el derogado artículo 231.2.d). En dicho precepto, se exigía del deudor la acreditación de un patrimonio e ingresos previsible que permitieran lograr “[...] *con posibilidades de éxito, un acuerdo de pago*”. El destinatario de la solicitud de nombramiento de mediador, ya no se ve obligado a realizar un juicio probabilístico acerca del éxito de la hipotética futura negociación. En forma diferente, el operador que reciba la solicitud, deberá limitarse, tras la reforma, a examinar que el formulario y la documentación adjunta presentada por el deudor acredite los requisitos de naturaleza objetiva (por importante que sea la dificultad de tal comprobación, respecto a alguno de ellos, que no negamos), a cuya concurrencia se supedita el acceso al procedimiento extrajudicial.

Además, el que los datos y documentación aportada por el deudor adolezca de algún defecto o no permitan la comprobación de que se verifican los requisitos legalmente exigidos para el nombramiento de un mediador concursal, no provoca la inadmisión de la solicitud. Por el contrario, la Ley ordena para tal hipótesis, el

señalamiento al deudor de un plazo de subsanación, no mayor de cinco días. Si los defectos apreciados no fueran corregidos o los datos necesarios aportados, el receptor de la solicitud deberá inadmitirla (art. 232.3, párrafo tercero, LC). De nuevo, creemos acierta la Ley 2015 al corregir el innecesario rigor del precepto en su formulación originaria, que imponía al destinatario la obligación de inadmitir la solicitud ante la falta de acreditación de los requisitos en el formulario de solicitud.

En caso de inadmisión, el deudor podrá formular la solicitud nuevamente, dando cumplimiento con los requisitos legalmente exigidos para solicitar la iniciación del acuerdo extrajudicial.

### **b.- Nombramiento de mediador concursal**

Comprobada la acreditación de todos los requisitos por el deudor, el registrador mercantil o cualquiera de los restantes legitimados para recibir la solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos, nombrará a un mediador, quien se encargará de tramitar el expediente dirigido a la consecución de un acuerdo extrajudicial de pagos.

La designación habrá de recaer “[...] en la persona natural o jurídica a la que de forma secuencial corresponda de entre las que figuren en la lista [...] suministrada por el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia” (art. 233.1, LC)<sup>585</sup>. A esta lista tendrán acceso únicamente los profesionales que acrediten reunir los requisitos exigidos para ser mediador conforme a la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (además, de las requeridas por el artículo 27 de la Ley para actuar como mediador concursal si fuera el caso). No obstante, cuando la solicitud se dirige a una Cámara Oficial de Comercio, la propia Cámara asumirá las funciones de mediación. Siendo ese el caso, la Cámara designará una comisión que deberá integrar, al menos un mediador concursal (art. 233, LC).

---

<sup>585</sup> El Proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla el Estatuto de la Administración concursal, de 15 de julio de 2015, también se dirige a regular los aspectos clave del régimen del mediador concursal (art. 2, PRD 2015).

Nombrado el mediador concursal, será precisa la aceptación por éste del cargo. La Ley concursal no especifica la forma o requisitos de esta aceptación<sup>586</sup>.

No es pacífica la doctrina respecto a la naturaleza de la mediación que contempla la Ley concursal. Al respecto existen opiniones divergentes. Para algunos, se conceptúa al mediador contemplado en la Ley concursal como un simple *canalizador*, al que compete verificar que se cumplan las formalidades de un procedimiento dirigido a reunir al deudor y sus acreedores listados, reunión a la que asistirá sin intervenir. Para otros, “[...] *la figura del mediador en supuestos de insolvencia se corresponde con una verdadera naturaleza «mediación» entendida como «la intervención de un tercero imparcial y neutral que ayuda a las partes en conflicto a solucionar su problema»*”<sup>587</sup>. En nuestra opinión, las competencias

---

<sup>586</sup> El PRD J2015, prevé la inscripción en la sección segunda del Registro Público Concursal de “[...] *resoluciones registrales anotadas o inscritas en los registros públicos de personas como consecuencia del inicio de un procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, de acuerdo con la Ley concursal*” (art. 12, PRD J2015). La certificación a remitir por el registrador o notario actuante, o por la Cámara de Comercio, al Registro Público Concursal, deberá incluir, entre otros extremos, la fecha de aceptación del mediador concursal, y sus datos identificativos, incluyendo “[...] *su número de identificación fiscal, sus datos de inscripción en el Registro Público de Mediadores y la dirección electrónica en la que los acreedores podrán realizar cualquier comunicación o notificación*” [art. 13.1, d) y e), art. 12, PRD J2015]”. Respecto del nombramiento efectuado por una Cámara de Comercio, entendemos que, en puridad no procedería aceptación, al ser el organismo designante quien actuará como mediador, careciendo la comisión que eventualmente se nombre, de tal consideración. No obstante, considerando que la Ley exige que al menos uno de sus miembros reúna la calidad de mediador, creemos será conveniente que las personas que conformen dicha comisión acepten integrarla, en el buen entendido de que, a salvo las responsabilidades personales en que quepa incurran los integrantes de la comisión actuantes, es de la Cámara en tanto institución, de quien cabe exigir el cumplimiento y la responsabilidad por la desatención de los deberes que la Ley impone al mediador concursal nombrado para la tramitación de un procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos .

encomendadas al mediador por la Ley concursal parecen corresponderse más con las de un operador activo que con las de un mero verificador del cumplimiento de los trámites y requisitos del procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos. Se trataría, en cualquier caso de una “[...] *figura híbrida [...que...] no solo impulsa formalmente el proceso sino que interviene activamente (pro - activo) en la propuesta de solución (plan de pagos y propuesta de viabilidad) y además controla el cumplimiento o incumplimiento del acuerdo final*”<sup>588</sup>.

### **c.- Publicidad y comunicación del inicio del expediente (art. 233.3, LC)**

Aceptado el cargo por el mediador, el registrador, notario o Cámara correspondiente, es responsable del envío al Registro Público Concursal y a los registros públicos de bienes y a los demás que corresponda, la comunicación del nombramiento de mediador concursal y del inicio de negociaciones por el deudor y sus acreedores. Todo, para la consecución de un acuerdo extrajudicial de pago, para su constancia por anotación preventiva en la correspondiente hoja

---

<sup>587</sup> SANJUÁN Y MUÑOZ, de quien se toma la clasificación de las posiciones doctrinarias, favorece la opinión que contempla la figura del mediador como la de un agente proactivo que auxilia a las partes (SANJUÁN Y MUÑOZ, E., “La naturaleza jurídica del mediador concursal: sistema alternativo de gestión de los supuestos de insolvencia”, en *Diario La Ley*, N.º 8230, WoltersKluwer, 2013, en <http://laleydigital.laley.es>). A favor también PULGAR EZQUERRA, que identifica el mediador por el que opta la Ley concursal como uno de los correspondientes al modelo proactivo “Harvard”, esto es, “[...] *uno en el que el mediador desempeña un papel importante en la consecución del acuerdo*” PULGAR EZQUERRA, J., “Acuerdos extrajudiciales de...”, *op. cit.* Tal es, al menos, la voluntad declarada en su Preámbulo por la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que califica la intervención que se pretende del mediador como una “[...] *activa orientada a la solución de la controversia por las propias partes*” (Preámbulo III, párrafo primero, Ley 5/2012, de 6 de julio).

<sup>588</sup> SANJUÁN Y MUÑOZ, E., “La naturaleza jurídica...”, *op. cit.*, a cuya esclarecedora exposición acerca del papel del mediador concursal, aquí nos remitimos.

registral, así como al Registro Civil y a los demás registros públicos que corresponda. También comunicará de oficio la apertura de negociaciones al juez competente para la declaración de concurso (art. 233.3 LC). Además se comunicará a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y a la Tesorería General de la Seguridad Social, conste o no su condición de acreedoras, y también habrá de comunicarse a la representación de trabajadores, si la hubiere (art. 233.4, LC).

#### **d.- Comprobación de los créditos y convocatoria a los acreedores**

Con la aceptación, se da inicio a un plazo de 10 días durante el cual el mediador deberá revisar los datos y documentación suministrada por el deudor. Los errores u omisiones detectados, serán comunicados al deudor instando a éste a que los complemente o subsane (art. 234, 1. párrafo primero, LC).

Dentro de los mismos 10 días, el mediador concursal deberá también comprobar la existencia y cuantía de los créditos y convocar a acreedores y deudor a la reunión que deberá ser fijada en el plazo de dos meses desde la aceptación. Debe citarse a la misma a los acreedores incluidos por el deudor en la relación presentada junto con la solicitud de nombramiento. No obstante, la Ley faculta al mediador a convocar a aquellos otros titulares de créditos afectables por un eventual acuerdo extrajudicial de pagos, de los que tenga conocimiento “[...] *por cualquier otro medio*” (art. 234, 1. párrafo segundo, LC)<sup>589</sup>.

La notable autonomía del mediador concursal, a la hora de convocar a los llamados a participar en la reunión, se confirma al advertir que el procedimiento de Acuerdo no contempla la impugnación de la inclusión o exclusión de acreedores, o de la cuantía y demás características de sus créditos, ni a la administración del

---

<sup>589</sup> Así se establece tras la reforma operada por la Ley 25/2015, de 28 de julio, reforzando con ello la independencia del mediador concursal.

deudor o ni los acreedores. El acreedor disconforme con su exclusión de la reunión, o la calificación o cuantía reconocidas de su crédito, solo podrá oponerse al eventual acuerdo alcanzado, y únicamente por los motivos tasados que se relacionan en el artículo 239.2 de la Ley (por faltar las mayorías exigidas, por ejemplo, al no computarse los créditos de que es titular; por exceder el acuerdo los límites impuestos a esta transacción extrajudicial en el artículo 236.1, o por la desproporción de las medidas acordadas (art. 239, LC)<sup>590</sup>.

En relación con el contenido de la convocatoria, la Ley no exige mayor formalidad que el que se haga por medio de comunicación “[...] que asegure la recepción” (art. 234.2, LC). Ordena que la misma “[...] deberá expresar el lugar, día y hora de la reunión, la finalidad de alcanzar un acuerdo de pago y la identidad de cada uno de los acreedores convocados, con expresión de la cuantía del crédito, la fecha de concesión y de vencimiento y las garantías personales o reales constituidas” (art. 234.3, LC).

### **e.- Efectos de la iniciación del expediente**

La actividad del deudor persona jurídica continuará tras la iniciación del expediente. De todas formas, el ejercicio de facultades patrimoniales por el órgano de administración se ve limitado, pues la Ley impone desde ese momento al deudor la prohibición “[...] de

---

<sup>590</sup> RODRIGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES advertía de la inestabilidad que ello suponía para el pasivo reconocido en un eventual concurso consecutivo [RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A., “El Derecho preconcursal. Los acuerdos preconcursales con trascendencia concursal (Capítulo 2)”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, J., Y DÍAZ MORENO, A., (Coord.), *Derecho Mercantil. Volumen 10º. Derecho Concursal*, 15ª ed. Marcial Pons, Madrid, 2014]. No obstante, tras la reforma introducida por la Ley 25/2015, de 28 de julio, el artículo 242.2. 6ª, otorga legitimación a los acreedores, para impugnar el informe de la administración concursal en el concurso consecutivo que eventualmente se suscite como consecuencia de la imposibilidad de llegar a un acuerdo extrajudicial de pagos. Parece que con ello se alcanzaría un adecuado equilibrio entre la necesaria celeridad del procedimiento de acuerdo extrajudicial y la protección de los derechos de los acreedores legítimos del deudor.

*realizar cualquier acto de administración y disposición que exceda los actos u operaciones propias del giro o tráfico de su actividad”* (art. 235.1, LC). Sin embargo, y diferentemente de lo previsto cuando tal limitación se impone en el Auto declarativo de concurso, no señala la Ley concursal las consecuencias de la actuación del deudor que incumple esta prohibición. Del mismo modo, no prevé especialmente la Ley, que el mediador concursal autorice o confirme actos necesarios que excedan el ámbito del giro de la deudora, ni tampoco a que concrete una lista de actos expresamente comprendidos dentro de dicho giro. No parece empero, necesario, pues ello complejizaría y alargaría el procedimiento, teniendo el órgano de administración o liquidación de la deudora suficientes incentivos para atenerse a la limitación del ejercicio de sus facultades de disposición y administración. Es así que, si pese a tenerlo prohibido, el órgano de administración realiza actos de disposición o administración extraordinarios, siempre cabrá, en nuestra opinión, al mediador concursal que estime que la vulneración frustra o hace peligrar seriamente la plausibilidad de la consecución de un eventual acuerdo, instar, tal como le faculta el artículo 3.1 de la Ley, el concurso necesario, incluso presentando un plan de liquidación” (art. 242. 21<sup>a</sup>, párrafo primero, LC).

Paralelamente, la Ley insta una moratoria en la generación de intereses, así como la prohibición de ejecuciones judiciales o extrajudiciales contra bienes del patrimonio del deudor, por el tiempo que duren las negociaciones y, en todo caso, por un plazo máximo de tres meses. Estas medidas, junto con la prohibición dirigida al deudor de realizar actos de administración o disposición extraordinarios, contribuyen a fijar, los elementos básicos (el endeudamiento y los recursos disponibles con que hacerle frente), sobre los que las partes, con la ayuda del mediador, negociarán. Además, constituyen un importante estímulo dado al deudor para que recurra a este procedimiento.

En efecto, el artículo 235.2.a) de la Ley, en su párrafo primero, prohíbe a aquellos acreedores que pudieran verse afectados por el



posible acuerdo extrajudicial, el inicio o continuación de “[...] ejecución judicial o extrajudicial alguna sobre el patrimonio del deudor mientras se negocia el acuerdo extrajudicial hasta un plazo máximo de tres meses”. A tal fin, las anotaciones preventivas de apertura de procedimiento realizadas en los registros de bienes, impedirán la anotación de embargos o secuestros posteriores a la presentación de la solicitud del nombramiento de mediador concursal, salvo los que pudieran corresponder en el curso de procedimientos seguidos por los acreedores de Derecho público [235.2.a), párrafo segundo, LC]. Tras la inclusión, por la Ley 25/2015, de 28 de julio, de los créditos con garantía real en la nómina de los eventualmente afectables por un acuerdo extrajudicial, incluso cuando el mismo se alcanza sin el acuerdo o contra la voluntad de tales acreedores, y con la excepción ya mencionada de los créditos públicos de cualquier naturaleza, la paralización de los procedimientos ejecutivos en curso y la prohibición de la iniciación de nuevos embargos y ejecuciones, se ve de esta forma ampliada. A salvo lo relativo a los créditos de titularidad pública, la norma también exceptúa de la prohibición, el ejercicio de la acción real que corresponda a los acreedores del deudor cuando la garantía recaiga sobre bienes “[...] que no resulten necesarios para la continuidad de la actividad empresarial del deudor [...]”<sup>591</sup>. Empero, tal procedimiento quedará paralizado por el tiempo que duren las negociaciones, o por el plazo máximo de tres meses, de todas formas [art. 235.2.a), *in fine*, LC].

No podrán, sin embargo, los garantes de las obligaciones por créditos vencidos del deudor, oponer frente a pretensión del acreedor de ejecutar la garantía personal, la solicitud de negociación de un acuerdo extrajudicial realizada por dicho deudor (art.235.4, LC).

El mismo artículo 235, en su numeral 3, prohíbe al acreedor que pudiera verse afectado por el acuerdo, una vez publicada la apertura del expediente, “[...] realizar acto alguno dirigido a mejorar la

---

<sup>591</sup> En el caso de persona jurídica, obviamente, será inaplicable la excepción, también contenida en el precepto, relativa a las acciones que recaigan sobre la vivienda habitual del deudor.

*situación en que se encuentren respecto del deudor común”. Ejemplos de tales actos son los de “[...] recogida de suministros, resoluciones de contratos sobre inversiones en maquinaria y bienes de equipo que hubiese hecho el deudor, o simulaciones de operaciones anteriores, con el objeto de percibir dinero líquido del deudor [...]”<sup>592</sup>.*

Otra de las novedades incorporadas por la Ley 25/2015, de 28 de julio, y que opera como protección de las negociaciones tendientes a lograr un acuerdo extrajudicial de pagos, es la suspensión del devengo de intereses de los créditos que pudieren verse afectados por éste (art. 235.3, LC).

Finalmente, el artículo 235.5 instituye la prohibición de la declaración de concurso del deudor que se encuentra negociando un acuerdo extrajudicial de pagos, hasta tanto no transcurra el plazo previsto en el artículo 5 bis.5 (tres meses desde la comunicación al juzgado competente para la declaración del concurso).

#### **f.- Propuesta y plan de pagos**

La Ley encomienda al mediador concursal la elaboración de una propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos que sirva de base a las negociaciones entre el deudor y sus acreedores en la reunión que a tal efecto se fije<sup>593</sup>. Dicho plan será sometido a la aprobación del deudor

---

<sup>592</sup> RODRÍGUEZ CONDE, C., “Los presupuestos del acuerdo...”, *op. cit.*, p. 862. RODRÍGUEZ CONDE señala como, a este respecto, serán de aplicación las normas relativas a la reintegración de bienes a la masa activa, en el posible concurso consecutivo, en cuyo escenario, tal como determina la norma concursal, deberá tomarse como fecha de referencia para la determinación de los actos rescindibles, la de solicitud de nombramiento de mediador (art. 242.2.4ª, LC).

<sup>593</sup> Se discute si la opción legislativa adoptada (la atribución al mediador concursal de la elaboración de la propuesta de acuerdo) es la más acertada. No puede negarse que la independencia que cabe presumir del mediador y su desafección respecto de las partes, pudiera hacer que la propuesta por él redactada se perciba por los acreedores como una más verosímil que la que pudiera elaborar el deudor que, al fin y al cabo, o ya incumplió sus obligaciones o se encuentra a punto de hacerlo. No obstante, alguna doctrina ha censurado el que no se encomiende, pese a ello, la

y remitido a sus acreedores “[...] tan pronto como sea posible, y en cualquier caso con una antelación mínima de veinte días naturales a la fecha prevista para la celebración de la reunión” (art. 236.1. párrafo primero, LC). Si la aprobación por el deudor del plan es condición y requisito imprescindible para que la misma pueda servir de base negociadora, también lo es que dicha aprobación lo sea total e incondicionada<sup>594</sup>. Cuando no sea posible obtener la aprobación del deudor a la propuesta de acuerdo elaborada, el acuerdo extrajudicial entre éste y sus acreedores devendrá automáticamente imposible. Si, constatado lo anterior, la persona jurídica deudora continuase en

---

redacción de la propuesta al deudor y, en el caso de la persona jurídica concursada, a su órgano de administración y representación. Así, DÍAZ ECHEGARAY, sostiene la conveniencia de que el deudor se encargue de la propuesta pues *“es quien mejor puede conocer qué plan de pago de los créditos pendientes podrá cumplir [...] no el mediador concursal, que apenas habrá podido conocer el negocio en el breve periodo de tiempo transcurrido desde su nombramiento”* (DÍAZ ECHEGARAY, J. L., “El acuerdo extrajudicial...”, *op. cit.*, p. 98). En nuestra opinión, el sometimiento de la propuesta redactada por el deudor a la aprobación del mediador, o viceversa, podría llegar a conducir a propuestas semejantes. No debe olvidarse que el deudor tendrá oportunidad de indicar los aspectos con los que no acuerde, tanto de la propuesta provisional como de la definitiva remitida a los acreedores, siendo su aprobación imprescindible. No obstante coincidimos con PULGAR EZQUERRA en que, conforme a lo previsto en el artículo 242 de la Ley, *“[...] todo supuesto en que el acuerdo no se alcance «penaliza» al deudor que hubiera intentado sin éxito un acuerdo extrajudicial de pagos con la declaración de un concurso consecutivo”* PULGAR EZQUERRA, J., “Acuerdos extrajudiciales de...”, *op. cit.*, razón por la cual, creemos que la hipótesis de que el deudor acceda a un plan de pagos irrealizable por miedo a la conclusión sin acuerdo del procedimiento, es plausible, sobre todo, si consideramos que las consecuencias de un eventual futuro incumplimiento no serán, en algunos casos mucho más graves, por lo que se incentiva de alguna forma que el deudor transija con planes de pagos y previsiones de ingresos “optimistas”. Es, por el momento, una incógnita respecto a si el mediador o el propio deudor, pueden redactar un acuerdo con las mayores posibilidades de ser aprobado y, mucho más importante, cumplido. Por ello, creemos habrá de seguirse con detenimiento los resultados de la aplicación del procedimiento y verificar si realmente el instrumento del acuerdo extrajudicial de pagos se convierte en el eficaz mecanismo desjudicializador del concurso de la pequeña y mediana empresa que la Ley pretende que sea.

<sup>594</sup>DÍAZ ECHEGARAY, J. L., “El acuerdo extrajudicial...”, *op. cit.*, p. 97.

estado de insolvencia o la insolvencia inminente se hubiera tornado actual, el mediador concursal podrá instar el concurso necesario del deudor (arts. 3.1 y 241.1, LC). Parecería en efecto, que la solicitud de concurso necesario en este caso, podría constituir una facultad y no un deber del mediador concursal <sup>595</sup>. En cualquier caso, el artículo 242.1 de la Ley, en esta hipótesis (ante la “[...] imposibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos”), atribuye legitimación concurrente con la del mediador, a los acreedores y al propio deudor. A lo que sin duda queda obligado el mediador, es a declarar el fin del procedimiento y comunicar la conclusión sin éxito de las negociaciones al juzgado competente para conocer del concurso, al Registro Público Concursal, al Registro Mercantil y, cuando corresponda, al resto de registros donde se encuentre inmatriculado el propio deudor o sus bienes<sup>596</sup>.

No obstante, este plan de pagos está abierto a su modificación o a la inclusión de propuestas alternativas por los acreedores que, a tal efecto, dispondrán de un plazo de diez días naturales desde la fecha de envío de la propuesta original, para su remisión al mediador. Recibidas las modificaciones a la propuesta presentadas por los acreedores, el mediador decidirá su incorporación o no a la propuesta que, de alterarse, deberá recibir de nuevo aprobación del deudor.

Nada indica la Ley respecto al órgano de la persona jurídica deudora al que corresponde la aprobación de las propuestas preliminar y final de acuerdo extrajudicial de pagos. Por ello, habrá de estarse, necesariamente a las disposiciones legales y reglamentarias que regulen la distribución de competencias en función de la forma jurídica acogida y los acuerdos adoptados por el deudor en ejercicio de su autonomía regulatoria de los aspectos disponibles de su régimen de funcionamiento. Ello, debido a que la Ley, como veremos, prevé

---

<sup>595</sup> Compárese, sin embargo, con la explícita orden dada al mediador de solicitar el concurso, contenida en los artículos 236.4 y 238.4 de la Ley.

<sup>596</sup> Así aparece previsto en el artículo 14.1 del Proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla el Estatuto de la Administración concursal, de 15 de julio de 2015.

como posible contenido de la propuesta, competencias que por ejemplo, en algunos tipos societarios, la Ley atribuye al órgano deliberativo y en otros, al órgano de administración o liquidación. Muestra de lo anterior es la posibilidad expresamente prevista en la Ley de que la propuesta contenga “[...] *la conversión de deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora*” [art. 236.1.d), inciso primero], acuerdo que, como la propia Ley concursal señala en el apartado 3.b).3.º ii), Disposición Adicional cuarta “[...] *deberá adoptarse por la mayoría prevista, respectivamente, para las sociedades de responsabilidad limitada y anónimas en los artículos 198 y 201.1 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital*”. Con independencia de que la aprobación deba transmitirse por el órgano de administración y representación competente para expresar la voluntad social en su ámbito externo de relaciones, entendemos corresponderá al mediador averiguar si la propuesta concita los apoyos necesarios en el órgano deliberativo de la entidad, cuando el eventual cumplimiento de la misma dependa de ello.

No parece, por el contrario, que lo anterior faculte al mediador a considerar no aceptada la propuesta por el deudor. En forma distinta, si como consecuencia de lo anterior, el acuerdo al que eventualmente llegasen acreedores y deudor fuera incumplido, y a consecuencia de ello, declarado el concurso consecutivo, el mediador - normalmente ahora administrador concursal - deberá incluir sus observaciones en el informe y trasladar al juez del concurso este hecho a fin de dilucidar las eventuales responsabilidades que, en fase de calificación pudieran deducirse.

Como se ha mencionado, es el artículo 236 de la Ley donde se regula el posible contenido de una propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos. Ésta podrá incluir esperas por un plazo no superior a 10 años [art. 236.1.a), LC], una moratoria que tras la reforma operada por la Ley 25/2015, de 28 de julio, más que triplica la máxima de tres años contemplada hasta ahora.

La reforma de 2015 elimina los límites porcentuales máximos de las quitas sobre los créditos pendientes de pago a la fecha de la solicitud [art. 236.1.b), LC]. Con anterioridad, las quitas máximas que el deudor podía pactar con sus acreedores se fijaban en un 25% del importe de los créditos.

Se permite también que la propuesta incluya “*cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago o para pago de totalidad o parte de sus créditos*” [art. 236.1.c), LC], siempre y cuando, “[...] *los bienes o derechos cedidos no resulten necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial y que su valor razonable, calculado conforme a lo dispuesto en el artículo 94.5, sea igual o inferior al crédito que se extingue. Si fuese superior, la diferencia se deberá integrar en el patrimonio del deudor. Si se tratase de bienes afectos a garantía, será de aplicación lo dispuesto por el artículo 155.4.*” [236.1, párrafo segundo, LC]. Igualmente se prohíbe la propuesta que suponga “[...] *la liquidación global del patrimonio del deudor para satisfacción de sus deudas [...]*” [art. 236.1, párrafo segundo, LC]<sup>597</sup>.

Asimismo, la Ley ordena incluir “[...] *copia del acuerdo o solicitud de aplazamiento de los créditos de derecho público o, al menos, de las fechas de pago de los mismos, si no van a satisfacerse en sus plazos de vencimiento*”. Estos créditos, excluidos de la negociación, deben necesariamente incluirse en cualquier propuesta, por así ordenarlo expresamente la Ley (art. 236.2, LC), al ser

---

<sup>597</sup> Otra de las modificaciones de la reforma que consolida la Ley 25/2015, fue la incorporación a texto expreso de la prohibición de liquidación global del patrimonio. Con anterioridad a la reforma se discutía acerca de la posibilidad de que la propuesta contuviera alguna forma de liquidación global del patrimonio del concursado, sobre todo teniendo en cuenta la prohibición establecida por el artículo 100.3 de la LC en sede de convenio concursal. Igualmente, es claro que cualquier debate al respecto ha quedado zanjado por imperio de la nueva disposición normativa. PULGAR EZQUERRA es crítica respecto de la opción legislativa adoptada, considerando que, a este respecto, debería haberse concedido mayor espacio al juego de la autónoma voluntad de las partes (PULGAR EZQUERRA, J., “Acuerdos extrajudiciales de...”, *op. cit.*).

prerrequisito de cualquier propuesta verosímil de solución de la insolvencia del deudor común.

Empero, tan importante como los compromisos que se ofrecen a los acreedores, lo son los recursos con que previsiblemente el deudor contará para hacer frente a los pagos acordados regular y puntualmente. En este sentido, el artículo 236.2 ordena que la propuesta debe incluir el plan de pagos, con detalle de los recursos previstos para su cumplimiento, y un plan de viabilidad de la actividad empresarial o profesional, genuino pilar del procedimiento de acuerdo al que se confía el flujo de fondos que garantizarán la transición del emprendimiento viable a la solvencia.

## **II.- Régimen jurídico uruguayo. Acuerdos privados de reorganización. Acuerdos puramente privados sin oposición**

### **A.- Regulación legal de los acuerdos privados de reorganización**

#### **a.- Generalidades**

La Ley N.º 18387 regula en su Título XI el denominado acuerdo privado de reorganización, previendo tanto al acuerdo puramente privado, como al acuerdo sometido a homologación judicial.

Este instituto, en las dos modalidades establecidas, tiene como antecedentes remotos a la Ley N.º 2230 de 2 de junio de 1893 que regulaba la liquidación judicial de las sociedades anónimas <sup>598</sup> y, más

---

<sup>598</sup> La Ley N.º 2230 de 2 de junio de 1893 sobre concordato preventivo, permitía a las sociedades anónimas, a través de su órgano de administración, promover la homologación de un concordato preventivo ante el juez de comercio acompañando la base circunstanciada del concordato, suscrita o no por acreedores sociales. Admitida la gestión de concordato preventivo por el juez, el auto que así lo resolvía tenía como efectos jurídicos la imposibilidad por parte de cualquier acreedor de solicitar la liquidación judicial de la sociedad, así como la de iniciar ejecuciones contra la sociedad anónima, quedando en suspenso si alguna ejecución hubiese quedado pendiente. Se designaban dos acreedores de entre los doce mayores no

específicamente, a la Ley N.º 8045 de 11 de noviembre de 1926, relativa al concordato privado<sup>599</sup>.

Al no estar previstos los acuerdos preconcursales en las fuentes consideradas por la Ley concursal uruguaya (APLC 1995 y LC en su redacción original), el acuerdo privado de reorganización no estaba

---

privilegiados, para que previo examen de los libros y demás papeles de la sociedad, informasen sobre la exactitud de los documentos anexos y las bases del concordato, debiendo estos presentar un informe. Se requería asimismo la aceptación de acreedores “[...] que alcancen a representar tres cuartas partes de la totalidad de los créditos personales no privilegiados [...]”, (art. 72, Ley 2230).

<sup>599</sup> La Ley N.º 8045 de 11 de noviembre de 1926, sobre concordato privado y de liquidación, en lo relativo a concordato privado, fue, en oportunidad de su sanción, un tipo de concordato que no se encontraba legislado en ningún otro ordenamiento jurídico. La jurisprudencia respecto al mismo fue muy escasa, debido a la poca aplicación que tuvo en la práctica en forma pura y a “[...] la propia característica privada que tiene este concordato”. MEZZERA, R., FERRO, J., “Curso de derecho comercial”, actualizado y ampliado por RIPPE, S., Tomo VI, Concordatos, 5ª edición actualizada, FCU, Montevideo, 2001, p. 138. Este concordato privado exigía que el plazo para el pago no fuese mayor de 24 meses y que la quita otorgada no superase el 50 por ciento de las obligaciones. Se suprimían los requisitos de la matrícula, de otorgar garantía suficiente y de la presentación de libros de contabilidad llevados en la forma prescrita por la ley (art. 1. Ley 8045). El concordato privado no implicaba una interdicción al deudor comerciante, pero éste no disfrutaba de moratoria provisional y no impedía la declaración de quiebra. Tampoco existía persona alguna que fiscalizara los negocios del deudor si no se planteaban oposiciones. El artículo 2 de la Ley 8045 establecía que el concordato privado una vez que si hubiesen obtenido las mayorías exigidas por el artículo 1524 inciso 1 del CComU, fuese obligatorio para todos los acreedores sin necesidad de homologación judicial, siempre que se hubiera notificado a los acreedores no firmantes, y que éstos, dentro del plazo de 20 días, no hayan manifestado su oposición al concurso. En el supuesto entonces de no plantearse oposiciones, vencido el término de 20 días debía protocolizarse el concordato a través de escribano público, para otorgar fecha cierta. Una vez protocolizado, se publicaba por diez días en el Diario Oficial. En la práctica, se utilizó poco en forma pura, ya que al no otorgar la moratoria provisional, recién se presentaba luego de obtener el concordato preventivo. Para la concordancia y relación entre el concordato privado regulado en la Ley 8045 y el acuerdo privado de reorganización de la LCRE, ver CREIMER, I., Concursos. Ley N° 18.387 de 23 de octubre de 2008, Montevideo, 2009, pp. 94 y ss.



previsto en el anteproyecto inicial, incorporándose “*luego de formalizado el borrador del mismo*”<sup>600</sup>.

En la Exposición de Motivos de la Ley concursal uruguaya, se expresa como finalidad de su sanción, la posibilidad de dotar a las empresas en dificultades financieras de herramientas que permitan la estabilidad de las unidades productivas económicamente viables, además de la eficiente y equitativa liquidación de las que no lo sean, protegiendo así, la inversión, el empleo de los trabajadores y las relaciones comerciales<sup>601</sup>.

Se ha considerado beneficiosa, la regulación legal de un instrumento preventivo del concurso. Empero, también se ha recordado que “[...] *la normativa en materia de este acuerdo, y su ingreso postrero en la ley, plantea algunas dudas derivadas de la necesaria coordinación de las normas específicas que rigen el acuerdo con el resto de la normativa de la ley de concursos*”<sup>602</sup>.

Más allá de algunas loas recibidas por doctrina en Uruguay <sup>603</sup>, como en la República Argentina, donde se asevera que el acuerdo privado de reorganización regulado por la Ley de concursos uruguaya constituye la fórmula extrajudicial “*más avanzada en el derecho comparado*”<sup>604</sup>, lo cierto es que la solución definitivamente consagrada en la LCRE respecto de acuerdos extrajudiciales adolece

---

<sup>600</sup> MILLER, A., “Acuerdo privado de reorganización”, en *Tres Pilares del Moderno Derecho Comercial, Sociedades – Contratos – Concursos*, Semana Académica del Instituto de Derecho Comercial, 1ª ed., F.C.U., Montevideo, 2011, p. 511.

<sup>601</sup> LCRE, Exposición de Motivos.

<sup>602</sup> MILLER, A., “Acuerdo privado de...”, *ibid.*, p. 511.

<sup>603</sup> OLIVERA GARCÍA, R., “Acuerdos Privados y Concursalidad, Una visión desde el derecho uruguayo”, en *Panorama de Derecho concursal - Estudios sobre la Ley N° 18.387*, Olivera, R., (Dir.), F.C.U., 1ª Ed., Mdeo., 2015, p. 330 a 346.

<sup>604</sup> DASSO, A., “Derecho concursal comparado”, Tomo II, Ed. Legis, Buenos Aires, 2009, p. 1538.

de múltiples defectos e inconsistencias que aparejaron en consecuencia que el instituto tenga escasa o prácticamente nula existencia en la práctica<sup>605</sup>. Es más, en nuestra opinión, como se intentará explicitar más adelante, en la forma que está regulado por la LCRE en sus diferentes modalidades, el acuerdo privado de reorganización, no es realizable, ya que el presupuesto o requisito de admisibilidad, es de imposible concreción.

### **b.- Acuerdos puramente privados sin oposición**

El acuerdo privado de reorganización es un instituto preventivo del concurso, que tiene por finalidad permitir al deudor que atraviesa dificultades financieras convenir con sus acreedores alguna fórmula de pago para cancelar los pasivos, evitando así, la declaración judicial del concurso, con las consecuencias que ello supone.

El Título XI de la Ley 18.387, regula dos modalidades de acuerdo privado de reorganización: el denominado “*acuerdo*

---

<sup>605</sup> Desde la sanción de la LCRE en el año 2008 hasta la fecha de esta tesis, según datos proporcionados especialmente por la Liga de Defensa Comercial, sólo se promovieron 4 acuerdos privados de reorganización. Uno de ellos, exclusivamente privado (Método del Uruguay S.A., 24/08/2010) y 3 con tramitación judicial. De estos últimos, 2 se sustanciaron en Juzgados del interior del país [LAWLOR MONTAÑO, Jorge Luis, VANZINI, Pablo, NÚÑEZ Eduardo, SUGASTI GONZÁLEZ, Hugo Ramiro y NIETO, Horacio Marcelino, admitido por Decreto 344 de 06/04/2010, homologado por Decreto 529 de 06/05/2010, Juzgado Letrado de Young (Río Negro), IUE 445-57/2010; y DABELUX S.A., admitido por Decreto 6271 de 20/12/2011, homologado por Decreto 4381 de 12/09/2012, Juzgado Letrado de Libertad de 2º Turno (San José), IUE 371-671/2011], que corresponden a deudores con pasivos relativamente pequeños (hasta treinta y cinco millones de unidades indexadas, aproximadamente, tres millones cuatrocientos ochenta y seis mil euros). El único acuerdo privado de reorganización tramitado en Juzgados de Concursos de Montevideo, es el de URRETA S.A., admitido por Decreto 2472 de 21/10/2014, homologado por Decreto 2833 de 20/11/2014, Juzgado Letrado de Primera Instancia de Concursos de 1º Turno, IUE 2-47653/2014. Ver expedientes y decretos judiciales referidos en [www.expedientes.poderjudicial.gub.uy](http://www.expedientes.poderjudicial.gub.uy).

*puramente privado*”<sup>606</sup> y el llamado “*acuerdo sometido a homologación judicial*” (art. 215, LCRE).

Con anterioridad a la declaración judicial de concurso, el deudor podrá suscribir con acreedores que representen el “75% (*setenta y cinco por ciento*) del pasivo quirografario con derecho a voto”, un acuerdo privado de reorganización (art. 214, LCRE).

En el escenario donde el deudor opta por la celebración de un acuerdo puramente privado y una vez que hayan sido obtenidas las mayorías previstas en el artículo 214 de la LCRE, el mismo “*será obligatorio para todos los acreedores quirografarios y subordinados*”, siempre que los acreedores no firmantes de la adhesión al acuerdo sean notificados y que éstos no manifiesten al deudor su oposición, dentro del plazo de veinte días<sup>607</sup> (art. 216, LCRE).

Se prevén determinadas formalidades para la notificación a los acreedores no adherentes a la propuesta de acuerdo; la misma debe llevarse a cabo por intermedio de escribano público, acompañando la documentación exigida por el artículo 7º de la LCRE para la solicitud de concurso por parte del deudor y la propuesta de acuerdo (con el contenido previsto en los artículos 138 y 139, LCRE), suscrita por acreedores que representen las mayorías exigidas por el artículo 214 de la Ley concursal uruguaya, debiendo indicarse nombre del acreedor

---

<sup>606</sup> Más allá de la denominación conferida por la LCRE, debemos aclarar que en caso que se formularen oposiciones, las mismas se tramitarán en el ámbito judicial. Entonces, concretamente, podrá existir un acuerdo que se tramite enteramente fuera de la órbita judicial - cuando no se presenten oposiciones - y otro, que se ventile parcialmente en la órbita extrajudicial y parcialmente ante el Poder Judicial (en caso que existan oposiciones). Cfr., PÉREZ-RAMOS, G., “Acuerdo Privado de Reorganización”, en AAVV, *Curso de Derecho Comercial*, 2ª edición actualizada, A.M.F., Mdeo., 2013, pp. 506 y 507.

<sup>607</sup> El plazo de veinte días referido debe computarse en días corridos ya que, por la remisión del artículo 253 de la LCRE al Código General del Proceso, “*los plazos cuya duración no exceda de quince días y los que se cuentan por horas (...) solamente se computarán los días hábiles*” (art. 94, C.G.P.).

firmante, monto del crédito quirografario y fecha de la firma. Si el acreedor fuere persona jurídica, deberá indicarse - adicionalmente - el nombre del representante y el acto o negocio jurídico del cual emana su poder de representación. Toda la documentación deberá estar firmada por los administradores o liquidadores de la persona jurídica y si faltase alguna firma, se deberán indicar los motivos (art. 217, LCRE).

La Ley de concursos uruguaya entiende que serán de aplicación para el acuerdo privado, lo dispuesto por los artículos 140 y 145 de dicho cuerpo normativo. Estas disposiciones establecidas en sede de convenio subrayan que las propuestas no pueden ser condicionales con excepción de concursos de sociedades de un mismo grupo, donde la propuesta presentada por cualquiera de sus integrantes puede condicionarse a la aprobación judicial de la propuesta de una o más sociedades del mismo grupo (art. 140, LCRE), y que si la propuesta prevé ventajas favorables a uno o más acreedores de cualquier clase de crédito, será necesario que los acreedores adherentes representen un porcentaje del pasivo no beneficiado mayor a la de los acreedores que hubieran votado en contra.

Si no mediare oposición por parte de los acreedores no adherentes, el deudor deberá solicitar al escribano que protocolice el acuerdo con las notificaciones realizadas a los mismos. A partir de ese momento, el acuerdo puramente privado se tendrá por homologado (art. 218, LCRE).

Una vez cumplido con lo anteriormente indicado, el deudor tiene a su cargo la publicación de un extracto del acuerdo privado de reorganización en el Diario Oficial, en el que deberá identificar al escribano público interviniente indicando su domicilio (art. 219, LCRE). El requerimiento legal parece razonable, en la medida que el notario que haya intervenido en la protocolización del acuerdo y notificaciones, conservará en su Registro de Protocolizaciones toda la documentación relativa al mencionado acuerdo.

### **c.- Inconsistencias del régimen**

Dejando para el estudio en forma individual y posterior a la principal crítica relativa a la regulación legal en Uruguay de los acuerdos extraconcursoales (presupuesto de admisibilidad de imposible realización), se analizarán aquí, algunas de las observaciones doctrinarias al instituto.

En primer lugar, la Ley concursal uruguaya no exige que el deudor que promueva un acuerdo privado de reorganización, se encuentre en estado de insolvencia, o sea, que no pueda cumplir con sus obligaciones. Cuando regula la notificación a los acreedores no firmantes del acuerdo, se exige acompañar los documentos previstos en el artículo 7° de la Ley (art. 217.1, LCRE). En la referida disposición, tampoco se exige acreditar el estado de insolvencia, solamente referir a las causas del estado en que se encuentra el deudor. Por ello, ni al instar su propio concurso, ni al promover un acuerdo privado de reorganización, el deudor debe acreditar la imposibilidad de cumplir con sus obligaciones. Sin embargo, la simple promoción de un concurso voluntario importa una presunción absoluta de insolvencia (art. 5.1, LCRE).

En segundo lugar, se ha señalado que la exigencia de mayorías superiores a las previstas en sede de convenio, no facilita la presentación del deudor de propuestas de acuerdos privados de reorganización, perjudicando el éxito del instituto<sup>608</sup>. Mientras los acuerdos privados de reorganización requieren una mayoría del setenta y cinco por ciento del pasivo quirografario con derecho a voto (art. 214 párrafo primero), la aprobación de los convenios plantea mayoría simple del pasivo quirografario (art. 144) o, que voten favorablemente acreedores que representen una porción del pasivo del deudor con derecho a voto superior a la que vote contrariamente, siempre que los votos favorables representen, como mínimo, la cuarta parte del pasivo quirografario del deudor, deducido el pasivo sin

---

<sup>608</sup> HOLZ, E. y RIPPE, S., “Reorganización empresarial y...”, *op. cit.*, p. 196.

derecho a voto, según el caso. Si la propuesta implica quitas mayores al cincuenta por ciento o plazos de pago por más de diez años, es imprescindible la votación favorable de acreedores quirografarios que representen las dos terceras partes del pasivo quirografario con derecho a voto [art. 144.A)].

En tercer término, a diferencia del antecedente del concordato privado, regulado por la Ley N.º 8045, no está permitido promover el acuerdo privado de reorganización después de declarado el concurso (art. 214 párrafo primero, LCRE)<sup>609</sup>.

Estos acuerdos, como se señaló, han sido de escasa o nula aplicabilidad desde la sanción de la ley concursal uruguaya, a diferencia del antiguo concordato privado. El concordato privado no habilitaba a la aplicación de moratoria provisional. Sí permitía que las adhesiones se obtuviesen luego de promovido y obtenido un concordato preventivo, el cual otorgaba la moratoria. El acuerdo privado de reorganización puramente privado sin oposiciones tampoco concede al deudor la moratoria respecto de sus créditos. Por ello, posiblemente, sumado a la imposibilidad de celebrar un acuerdo privado de reorganización en el marco de un concurso, es que esta modalidad de acuerdo privado no haya tenido éxito.

En cuarto término, la remisión hecha por parte del artículo 214 *in fine* de la Ley concursal al artículo 145 de la misma Ley, trae aparejada las dificultades de interpretación en la medida en que esta última disposición, a su vez, se remite al artículo 144 de la LCRE, donde la referencia es a votos en el marco de una Junta de acreedores, y en especial a votos a favor y votos en contra, circunstancia que no se

---

<sup>609</sup> MARTÍNEZ BLANCO afirma que “*existen notorias ventajas para todos los interesados en un proceso concursal, en poder lograr un ‘acuerdo privado’ que clausure los procedimientos judiciales, como para negar esta posibilidad y plantee en etapas posteriores del concurso*” (MARTÍNEZ BLANCO, C., “Manual del nuevo...”, *op. cit.*, p. 403). En el mismo sentido, HEUER, F. y RODRÍGUEZ MASCARDI, T., “Las pericias en...”, *op. cit.*, p. 281.

produce cuando lo que se requiere en los acuerdos privados de reorganización, son adhesiones<sup>610</sup>.

En quinto lugar, no existe en los acuerdos privados de reorganización a diferencia de los concursos, ningún sujeto que verifique o controle la existencia, cuantía, naturaleza y calidad de los créditos. Ello le quita credibilidad al instituto y permite maniobras fraudulentas por parte del deudor. La exigencia de la participación de un escribano público en el escenario de acuerdo privado de reorganización sin oposición, no importa control alguno sobre los créditos<sup>611</sup>. El notario que realiza la protocolización, que puede ser uno distinto al que haya practicado las notificaciones a los acreedores, solo otorga fecha cierta a los recaudos que ingrese a su registro de protocolizaciones.

En último lugar, en el acuerdo privado de reorganización sin oposición, la LCRE determina que a partir de la protocolización el acuerdo se tendrá por homologado (art. 218, LCRE). La Ley N°18.387 no fija el alcance y efectos de tenerse por homologado. Si se interpreta que los efectos del acuerdo homologado son los dispuestos en el artículo 230 de la Ley, el que se remite a los artículos 158 a 161 para el convenio, implica que el acuerdo será obligatorio para el deudor y para los acreedores quirografarios y subordinados, que los créditos quirografarios y subordinados quedarán definitivamente extinguidos en la parte en que se hubiera hecho condonación al deudor, salvo que el propio acuerdo disponga lo contrario, y que se mantienen las garantías personales respecto a los acreedores que no hayan votado a favor la propuesta. Entonces, la protocolización del acuerdo privado sin oposiciones, no supone la moratoria provisional con un plazo

---

<sup>610</sup> MILLER analiza qué sucede cuando un acreedor “[...] *no vota ni a favor o en contra, sino que se abstiene o incluso no vota [...]*”, concluyendo que “[...] *dado que no es posible registrar a los votantes en contra, la mayoría simple de los afectados se transforma, por la propia mecánica del acuerdo privado, en una mayoría absoluta de los afectados*” (MILLER, A., “Acuerdo privado de...”, *op. cit.*, p. 515.

<sup>611</sup> RODRÍGUEZ OLIVERA, N., “Manual de Derecho...”, *op. cit.*, p. 370.

máximo de un año prevista para el auto de admisión debidamente inscripto y publicado del acuerdo sometido a homologación judicial<sup>612</sup>. Tal circunstancia, le resta interés al deudor respecto a la utilización de esta alternativa legal.

### **B.- Imposibilidad de concreción de los acuerdos privados de reorganización**

Los acuerdos privados de reorganización son de clara naturaleza preventiva, ya que para la celebración de los mismos se requiere necesariamente que no exista declaración judicial de concurso del deudor.

Empero, el primer artículo del Título XI de la Ley, donde se regula el instituto (art. 214, LCRE), prevé un requisito de admisibilidad que torna absolutamente inaplicable el acuerdo privado de reorganización.

En efecto, el artículo 214 de la LCRE habilita al deudor antes de la declaración judicial de concurso a suscribir un acuerdo privado de reorganización con acreedores representativos del 75 por ciento del pasivo quirografario con derecho a voto.

El grave problema que impide la aplicación del instituto del acuerdo privado de reorganización, radica en que sin concurso no existe la categoría de pasivo quirografario, con o sin derecho a voto. A diferencia de otras categorías de créditos que preexisten a la declaración de concurso (v. gr., los créditos con garantía real, créditos condicionales, créditos litigiosos, créditos reconocidos por sentencias judiciales o laudos arbitrales, créditos emergentes de títulos valores),

---

<sup>612</sup> MARTÍNEZ BLANCO entiende que el deudor no goza de una moratoria provisional “[...] hasta que las publicaciones finalicen”. De esta manera, parece sostener el autor que al finalizar las publicaciones el deudor quedaría al amparo de una moratoria provisional en los términos del artículo 225.3 y 225.4 de la LCRE. (MARTÍNEZ BLANCO, C., “Manual del nuevo...”, *op. cit.*, p. 409).



la categoría de créditos quirografarios con derecho a voto solo existe en el marco de un concurso. La masa pasiva del deudor está compuesta solo y exclusivamente por créditos concursales, esto es, créditos devengados con anterioridad a la fecha de declaración de concurso. De acuerdo al artículo 108 de la LCRE, los créditos que componen la masa pasiva del deudor se clasifican en créditos privilegiados (especiales o generales, éstos últimos de primero, segundo y tercer orden), créditos quirografarios o comunes (con o sin derecho de voto) y créditos subordinados (de primero y segundo orden).

Por tanto, solo los créditos concursales tienen la clasificación recién referida. Es más, para determinar la categorización del crédito dentro de las clases de créditos concursales que la Ley prevé, no solo debe ser analizado el mismo como tal, sino que necesariamente debe considerarse quién es el titular de dicho crédito, así como otras circunstancias. Esto, ya sea tanto para conocer si el titular tiene algún vínculo con el deudor, para así clasificarlo como subordinado de segundo orden (art. 112.2, LCRE), donde pierde el derecho a voto (art. 126.1, LCRE), como para analizar si el crédito se encuentra adecuadamente garantizado, si fue adquirido por acto inter vivos después de la declaración judicial de concurso, o si se encuentra en situación de conflicto de intereses, y así determinar, si contará o no con derecho a voto (arts. 126.2, 126.3 y 126.4, LCRE).

Para poder quedar un crédito comprendido dentro de cualquiera de las clases de créditos concursales (entre ellos, los quirografarios con derecho a voto, categoría de créditos referida en el artículo 214 de la LCRE), es necesario: en primer lugar, la declaración de un concurso; en segundo lugar, que el crédito se haya devengado con anterioridad a la declaración del referido concurso; en tercer lugar, que el titular de dicho crédito se haya presentado a verificar (arts. 94 y 95 LCRE), o que su provenga de un reconocimiento por sentencia judicial o laudo arbitral firme, y su titular lo haya denunciado en el plazo establecido para las solicitudes de verificación (art. 100, LCRE); en cuarto lugar, que el crédito haya sido verificado y que con la

mencionada verificación se haya establecido la categoría del mismo, o en supuestos de créditos reconocidos por sentencias judiciales o laudos arbitrales, se los haya clasificado, en ambos supuestos, con la inclusión correspondiente en la lista de acreedores (art. 101, LCRE); en quinto lugar, y para la hipótesis exclusiva de créditos quirografarios, que al haber sido verificado o aceptado como tal, no se le haya quitado o retirado el derecho a voto (art. 126, LCRE); y en sexto lugar, que integre la lista de acreedores aprobada (u obtenga con posterioridad a la verificación o clasificación - según corresponda - la incorporación a la misma, o dicho de otra forma, a la masa pasiva).

Consecuencia de lo anteriormente señalado, es que sin declaración de concurso y sin cumplir con los demás requisitos explicitados, es imposible la aceptar la existencia de créditos quirografarios con derecho a voto (pasivo quirografario con derecho a voto).

Es imprescindible distinguir entre aquellos acreedores titulares de un crédito contra el deudor concursado y de aquellos acreedores titulares de un crédito contra un deudor no concursado. Dentro de los primeros, podemos clasificar a aquellos créditos que, pese a su existencia, no integrarán la masa pasiva al no haberse presentado nunca a su verificación, o al no haberlo comunicado en caso de que el mismo provenga de sentencia judicial o laudo arbitral firmes, a efectos de su incorporación a la lista de acreedores. Una segunda categoría, está compuesta por aquellos créditos contra el deudor concursado que se devengaron con posterioridad a la declaración de concurso. Estos créditos no son pasibles de verificación y los mismos, denominados contra la masa, se pagarán con cargo a los bienes de la masa activa, a medida que vengzan y fuera del procedimiento de concurso (arts. 91 y 92, LCRE). Los créditos contra la masa entonces, no son verificados ni clasificados, y no forman parte de las clases de créditos que componen la masa pasiva del deudor. No serán privilegiados, quirografarios o subordinados.

El crédito contra el deudor que no ha sido declarado en concurso, tendrá la categoría o clasificación que le corresponda, pero nunca la categorización que solo es otorgada por el hecho de ser créditos concursales y cumplir con los requisitos ya referidos.

En efecto, los acreedores tienen interés directo, personal y legítimo porque ostentan la calidad de tales, aún antes de la declaración del concurso. La Ley concursal N° 18.387 distingue a los acreedores (titulares de créditos) de los acreedores con créditos incorporados a la lista de acreedores aprobada. El hecho de no haberse aprobado la lista de acreedores y que los créditos no hayan sido verificados, no implica la inexistencia de créditos y por consiguiente de acreedores contra el concursado, incluso antes de que se lo declare como tal<sup>613</sup>.

La Ley concursal reconoce la existencia de créditos y acreedores tanto con anterioridad a la declaración de concurso, como con posterioridad a la misma. Así, entre otras disposiciones normativas, es posible citar: a).- el presupuesto objetivo de la declaración de concurso, consiste en encontrarse en estado de insolvencia, esto es, no poder cumplir con sus obligaciones, “independientemente de la existencia de pluralidad de acreedores” (art. 1, LCRE); b).- dentro de las presunciones absolutas de insolvencia, se encuentra la del deudor que solicita su propio concurso (art. 5.1, LCRE), circunstancia que inexorablemente implica el reconocimiento de la existencia de al menos un acreedor; c).- dentro de las presunciones relativas de insolvencia, surge el supuesto de la existencia de un pasivo superior al activo, existencia de “dos o más embargos...”, omisión de pago de obligaciones tributarias, entre otras (arts. 4.1, 4.2, 4.3 y 4.4, LCRE); d).- “cualquier acreedor, tenga o no su crédito vencido” se encuentra legitimado para solicitar la declaración de concurso (art. 6.2, LCRE); e).- en caso de solicitud de concurso por el propio deudor (si existe un deudor, es porque existe a su vez, al menos un acreedor), debe acompañar “relación de los acreedores por orden alfabético (...)

---

<sup>613</sup> En ese sentido, Sentencia de la Suprema Corte de Justicia N.º 528 de 07/11/2013. Ver <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=8727>.

monto y fecha de vencimiento de sus créditos...” (art. 7.3, LCRE); f).- los acreedores están legitimados activamente para pedir medidas cautelares antes de la declaración de concurso (art. 18, LCRE); g).- “todos los acreedores del deudor, cualquiera sea su naturaleza, nacionalidad o domicilio, quedarán comprendidos en la masa pasiva del concurso...” (art. 55, LCRE); h).- “los acreedores del deudor por créditos anteriores a la fecha de la declaración...” del concurso, salvo las excepciones legales, “no podrán promover contra el deudor procedimientos judiciales o arbitrales de ningún tipo” (art. 56 LCRE); i).- sin necesidad de verificación, existiendo recursos líquidos suficientes o bienes fácilmente liquidables, se puede disponer el pago anticipado de los créditos laborales (art. 62, LCRE, redacción dada por el art. 1º de la Ley 18.593); j).- reconocimiento expreso de la calidad de acreedor antes de la presentación de la solicitud de verificación de créditos (art. 68 LCRE, interpretado por artículo único de la Ley 18.937); k).- notificación a los acreedores por el Síndico, dentro de los quince (15) días siguientes a su designación (art. 93, LCRE); l).- a los efectos de la verificación de sus créditos, los acreedores deberán presentarse en el Juzgado en escrito dirigido al Síndico (art. 94, LCRE).

Entonces, la Ley concursal uruguaya expresamente reconoce la existencia de acreedores antes de la verificación de los créditos y de la aprobación de la lista de acreedores. La verificación de los créditos y la aprobación de la lista de acreedores es relevante, pero no para adquirir la calidad de acreedor del deudor concursado. Es relevante, entre otras cosas, para la clasificación, graduación y determinación de la cuantía del crédito (arts. 101 y ss. y 108 y ss., LCRE). Es relevante asimismo, para designar una Comisión de Acreedores, ya que la LCRE exige para dicha designación, una mayoría del pasivo quirografario con derecho a voto y no será posible saber quiénes son los acreedores quirografarios con derecho a voto hasta no haberse verificado los créditos y aprobado la lista de acreedores (art. 50, LCRE). Es relevante, en forma similar, para la designación de un administrador del patrimonio y del giro del deudor durante el concurso (art. 50, LCRE). Y, es relevante a su vez, para poder celebrar la Junta

de Acreedores, ya que el Secretario (Actuario) no puede cumplir con el deber de confeccionar la lista de asistentes, donde deberá hacer constar la identidad de los mismos, así como el importe y calificación de los créditos de los que fueran titulares los mismos, sin haberse aprobado la lista de acreedores. Adicionalmente, es relevante cuando *“acreedores que representen la mayoría de los créditos quirografarios con derecho a voto”*, soliciten la liquidación de la masa activa (art. 168.5, LCRE).

Algunas normas de la LCRE, exigen mayorías en Junta o fuera de la misma. Pese a que el artículo 115 del referido cuerpo normativo indica la excepcionalidad de las prórrogas de las Juntas de Acreedores, los Jueces de Concursos -acertadamente - han prorrogado las mencionadas Juntas si a la fecha originalmente fijada para su celebración, todavía no se hubiese aprobado la lista de acreedores. De acuerdo al artículo 121 de la LCRE, el Secretario (Actuario), no puede cumplir con el deber de confeccionar la lista de asistentes, donde deberá hacer constar la identidad de los mismos, así como el importe y calificación de los créditos de que fueran titulares los mismos, sin haberse aprobado la lista de acreedores.

De la misma forma que es entendible (como sucede en la práctica judicial) que el Juez prorrogue la fecha de convocatoria de la Junta de Acreedores hasta que no se apruebe la lista de acreedores, ya que sin la misma no es posible por parte del Secretario, confeccionar la lista de asistentes con la identidad de los mismos, el importe y la calificación de los créditos de que fuera titular<sup>614</sup>, cuando la Ley

---

<sup>614</sup> Providencia N.º 1941 de 24/10/2012, Juzgado Letrado de Primera Instancia de Concursos de 2º Turno, IUE 2-11362/2012: *“Atento al estado de estas actuaciones, en la que no se han aprobado la lista de acreedores y el inventario formulados en autos, tratándose de un requisito de admisibilidad para la constitución de la Junta de Acreedores y para que la misma sea válida, el haberse cumplido con las etapas previas que la Ley N° 18.387 prevé, en particular para estar en condiciones de procederse a la adopción de resoluciones, requiriéndose el voto de determinadas mayorías de acreedores en relación al pasivo del deudor, o considerar y votar eventuales propuestas o convenios presentados por el deudor, habiéndose además deducido impugnaciones a la lista de acreedores, las que se encuentran en trámite y*

concurstal hace referencia a la exigencia de una mayoría determinada de acreedores quirografarios para resolver la designación de un administrador o de una comisión de acreedores, o solicitar la liquidación del deudor concursado, aún cuando señale que puede hacerse en cualquier estado de los procedimientos, ello no será posible hasta tanto no se sepa cómo está conformado el pasivo quirografario, circunstancia apreciable solamente luego de la aprobación por parte del Juez, de la lista de acreedores.

Entonces, al aprobarse la lista quedan verificados los créditos en la forma y clases según lo indicado por la Sindicatura, la Intervención, o el Juez en caso de oposiciones. Recién allí es posible saber a ese momento, qué créditos son privilegiados (especiales o generales de primero, segundo o tercer orden), quirografarios (con o sin derecho a voto) o subordinados (de primero y segundo orden)<sup>615</sup>.

La Ley de concursos uruguayo no exige para la suscripción de un acuerdo privado de reorganización, a una mayoría de créditos contra el deudor. Tampoco exige que no se tuviera en consideración algunos créditos cuya clasificación no responde a la categorización de los créditos concursales, por ejemplo, créditos con garantía real. La

---

*sin resolver, es pertinente la suspensión de la Junta por la ausencia de un presupuesto de admisibilidad procesal para su realización, el que será relevado de oficio en virtud de lo dispuesto por el artículo 24 del Código General del Proceso. Por los fundamentos expuestos y disposiciones legales citadas, déjase sin efecto la Junta de Acreedores convocada". Ver en [www.expedientesjudiciales.gub.uy](http://www.expedientesjudiciales.gub.uy).*

<sup>615</sup> V.gr.: un crédito con garantía hipotecaria o prendaria sería en principio, si fuese concursal, un crédito con privilegio especial. Sin embargo, hasta no estar incorporado a la lista de acreedores aprobada, no es posible conocer con certeza qué categoría de créditos concursales le corresponderá. Así, créditos con garantía hipotecaria y prendaria cuyo titular fuere una persona especialmente relacionada con el deudor, deberá ser clasificado como crédito subordinado de segundo orden. Esto es aceptado por los tribunales. Ver, en este sentido: Sentencia N.º 39/2014, de 14/05/2014, Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Segundo Turno, IUE 41-55/2011, en <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=8800>.

Ley concursal uruguaya exige como requisito o presupuesto de admisibilidad para el acuerdo privado de reorganización a una mayoría de créditos de naturaleza quirografaria sin derecho a voto. Y ese requerimiento, constituye un supuesto de imposible concreción, en la medida que esa clase de crédito existe solo en el marco de un concurso y luego de aprobada la lista de acreedores, mientras que el acuerdo privado de reorganización intenta prevenir el concurso, o sea, se concreta solo si no existe concurso.

Por tanto, más allá del esfuerzo hermenéutico necesario para tratar de otorgar una interpretación que otorgue viabilidad a la norma, en la forma que está instrumentada por la Ley concursal uruguaya, no es posible considerar al instituto del acuerdo privado de reorganización, porque el requisito de admisibilidad (mayoría de acreedores quirografarios con derecho a voto) no existe fuera del marco de un concurso.





## ***Capítulo Segundo: Acuerdos de refinanciación y restructuración***

### **I.- Régimen jurídico español**

#### **A.- Comunicación de negociaciones. Artículo 5 bis**

El artículo 5 de la Ley concursal implanta la obligación para el deudor de solicitar la declaración de su propio concurso cuando conozca su estado de insolvencia. El cumplimiento de esta obligación dentro del período de dos meses desde que el deudor conoció estar incurso en el estado de insolvencia actual definido por la Ley (o desde el momento en que la Ley presume tal conocimiento por haberse verificado alguno de los supuestos que, definidos en el artículo 2.4, permiten fundar la declaración de concurso necesario por legitimados distintos del deudor), permite al juez que conozca del concurso - salvo que circunstancias especiales aconsejen lo contrario - decretar con carácter general, el más benigno régimen de intervención del ejercicio de las facultades patrimoniales del deudor y permitir la continuidad de la actividad de éste.

Incumplida la obligación anterior, las consecuencias, como se ha tratado ya, pueden ser graves, tanto para el deudor como, en el caso de que se trate de una persona jurídica, para los integrantes de su órgano de administración o liquidación.

No obstante, a este régimen binario en el que el deudor persona jurídica sólo tenía frente a sí dos opciones: la solicitud de concurso o el incumplimiento del mandato legal, la reforma operada en la norma concursal por la Ley 38/2011, introduce una alternativa a la solicitud de concurso que no implica el incumplimiento y, a la vez, no excluye instar del juez la declaración: la comunicación al juez competente para conocer de su concurso, del inicio de negociaciones con los acreedores encaminadas a la consecución de un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio (art. 5 bis.1, LC). En este capítulo nos referiremos

especialmente a las negociaciones dirigidas a la concreción de un acuerdo de refinanciación.

En efecto, el artículo 5 *bis.1* de la Ley concursal faculta al deudor a poner en conocimiento del Juez “[...] *que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 71 bis.1 y en la Disposición adicional cuarta o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio en los términos previstos en esta Ley*”. Comunicado el inicio de negociaciones dirigido a la consecución de un acuerdo de refinanciación, la Ley concursal otorga a las mismas, entre otros, el efecto de no hacer “[...] *exigible el deber de solicitar la declaración de concurso voluntario*”, siempre y cuando la misma se realice antes de transcurrido el plazo de dos meses que para ello se concede al deudor (art. 5 *bis.2*, LC).

La Ley refiere *específicamente* a la comunicación de negociaciones por el deudor en estado de insolvencia, y vincula sus efectos a la verificación de que la misma, se ha producido dentro del plazo de dos meses señalado para la solicitud del concurso voluntario por insolvencia actual. No obstante, no se descarta, en nuestra opinión, que la comunicación la realice el deudor incurso en estado de insolvencia inminente. De hecho, tendrá mucho más sentido y la oferta negociadora del deudor, mucha más credibilidad, si la misma se produce, no ya cuando éste se encuentre efectivamente impedido de cumplir regular y puntualmente sus obligaciones exigibles, sino cuando prevea que, pese a no estarlo actualmente, de no renegociarse las condiciones y plazos en que debe satisfacer sus compromisos futuros, con gran probabilidad, será incapaz de honrarlos. En este escenario, ante la ausencia de prohibición legal expresa y en atención al espíritu de la norma, creemos deberá entenderse posible la comunicación, sea el estado de insolvencia actual o inminente.

Ahora bien, de forma diferente a cómo se prevé para el caso de la solicitud del nombramiento de un mediador para el inicio de negociaciones tendentes a la obtención de un acuerdo extrajudicial de

pagos (arts. 232.1, párrafo primero, LC), o de la propia solicitud de declaración de concurso voluntario (art. 3.1, párrafo segundo, LC), en la hipótesis de dirigirse las negociaciones a la consecución de un acuerdo de refinanciación o reestructuración de la deuda, vaya a ser este homologado judicialmente (DA cuarta, LC) o no (art. 71 *bis*, LC), nada se menciona respecto al órgano de la persona jurídica deudora con competencia para decidir la realización de la comunicación al juzgado, o sobre el inicio mismo de las negociaciones<sup>616</sup>.

En la hipótesis de la comunicación al juzgado de negociaciones con los acreedores para reestructurar o refinanciar deudas, deberemos, aquí decantarnos de nuevo a favor de la tesis que atribuye tal competencia, en todo caso al órgano de administración de la deudora, y limitar los efectos del actuar de dicho órgano que transgreda las normas legales o previsiones estatutarias, al ámbito interno de la persona jurídica.

Así, cabrá a los legitimados para impugnar el acuerdo del órgano de administración hacerlo, cuando consideren que dicho órgano usurpó ilegítimamente la competencia decisoria que conforme a la Ley o al estatuto correspondía a otro distinto, o incluso que correspondiendo la decisión al órgano de administración, éste se extralimitó en sus atribuciones. Del mismo modo cabrá a los legitimados para ello exigir a los integrantes del órgano de administración y representación, la responsabilidad en que hayan eventualmente incurrido, ya sea frente a la propia persona jurídica, ya

---

<sup>616</sup> Y, como ya se ha mencionado con anterioridad, ni la previsión del artículo 3.1, ni tampoco la mucho más categórica del 232.1, LC, zanján la polémica sobre en qué casos cabe atribuir a qué órgano competencia para decidir sobre las respectivas solicitudes. Esta dificultad, también se produce cuando la comunicación de negociaciones tendientes a la obtención de una refinanciación o reestructuración de deuda, se vincula con la desconexión entre los preceptos concursales y los que regulan las diferentes formas que las personas jurídicas adoptan. Debe no obstante volver a aclararse, que la competencia para decidir sobre si se negocia, y en cuáles términos, una reestructuración de la deuda de la persona jurídica concursada, no se relaciona con la atribución de la conducción y dirección de las negociaciones.

frente a terceros, por los daños y perjuicios que el obrar de los administradores haya podido causar.

Pero, es ahí donde termina el posible alcance de la vulneración de las normas legales o internas de atribución de competencia a los órganos de la persona jurídica. Piénsese además que, ni en el supuesto de la solicitud de declaración de concurso, ni mucho menos en el de la comunicación del inicio de negociaciones, ninguna de estas actuaciones, en sí mismas supondrán la disolución y liquidación de la persona jurídica, decisión que, en la regulación de la mayoría de las persona jurídicas existentes, se reserva al órgano deliberativo, uno de los argumentos que con más frecuencia se emplean a la hora de abogar por la competencia decisoria de este órgano<sup>617</sup>.

De cualquier forma, la opción por el reconocimiento de la competencia para realizar la comunicación de negociaciones del órgano de administración de la persona jurídica deudora, no debe llevar a la errónea conclusión de que una renegociación o reestructuración que impliquen una modificación estatutaria, o que exijan, de acuerdo a las normas que regulen la concreta forma jurídica, la adopción de acuerdos por el órgano deliberativo para su efectivo cumplimiento, puede desconocer tales preceptos o previsiones. Y dicho lo anterior, habrá de considerarse, no obstante, que serán muy extrañas las ocasiones en que tales decisiones del órgano deliberativo deberán adoptarse *con antelación* a la conclusión del acuerdo de refinanciación con los acreedores.

Podría propugnarse la necesidad de convocar al órgano deliberativo, con anterioridad al inicio de negociaciones, con un orden del día que, no ya someta a su aprobación una medida concreta, sino una autorización, necesariamente general, para que la administración del deudor pueda negociar acuerdos con los acreedores, cuando los mismos pudieran suponer la necesaria adopción de posteriores acuerdos ratificatorios por el órgano de deliberación, o la fijación por

---

<sup>617</sup> Refiriéndose a las sociedades de capital, ver MORENO SERRANO, E., “Solicitud de concurso...”, *op. cit.*

la asamblea, reunión o junta, de un margen dentro del cual la propuesta que se haga a los acreedores, se presentara con la autorización del órgano deliberativo. También podría solicitarse del órgano deliberativo, la adopción de acuerdos necesarios para el cumplimiento del acuerdo, sometidas a la condición de que el mismo se alcance. Esto es posible, ya que la ley, al contrario de lo preceptuado respecto de las propuestas de convenio concursal, no prohíbe que las de acuerdo de reestructuración sean condicionales. Empero, en cualquiera de estos casos, la utilidad de tales acuerdos será limitada en la mesa de negociación.

En parte, porque, como la propia norma contenida en el artículo 5 bis. 3, reconoce implícitamente, la confidencialidad de las negociaciones hasta ultimado el acuerdo, constituye condición necesaria para que fructifiquen muchos pactos renegociatorios. Por ello, se autoriza al deudor a, como veremos, solicitar el “[...] *carácter reservado de la comunicación de inicio de negociaciones*” (art. 5 bis.3, LC).

Adviértase que, mal se condice con la necesidad de discreción, la convocatoria del órgano deliberativo, normalmente sometida a importantes requisitos de publicidad.

Pero además, los acreedores de la persona jurídica confiarán más el cumplimiento del acuerdo de reestructuración, en la credibilidad de los representantes del deudor, lo que de suyo implicará la presunción de que las medidas que estos ofrezcan y que supongan la necesaria intervención de otros órganos, concitarán las mayorías aprobatorias que eventualmente se requieran. Cualquier duda a este respecto, será muy difícilmente salvable pues, en tal caso, poco sentido tendrá la aceptación de cualquier acuerdo, condicional o no, siendo en tal hipótesis, mucho más seguro dar por concluidas las negociaciones e instar en la primera oportunidad que se presente el concurso, siempre que el deudor se halle incurso en estado de insolvencia actual.

En cuanto al contenido de la comunicación efectuada por el deudor, en ella se expresarán, además de sus datos identificativos imprescindibles, “[...] *las ejecuciones que se sigan contra su patrimonio [...]*” con mención de las que recaigan sobre bienes que, a juicio de la persona jurídica deudora, “[...] *sean necesarios [...] para la continuidad de su actividad profesional o empresarial*”. Si el secretario judicial discrepara respecto a la relación de bienes considerados por el deudor como necesarios para la continuidad de su actividad, tanto el deudor como aquél podrán instar al juez que resuelva (art. 5 bis.4, párrafo segundo, LC). A instancia del secretario o de oficio, el juez podrá levantar las medidas limitativas cuando considere el bien no necesario, debiendo por el contrario ordenarlo cuando se produzca alguna de las hipótesis del artículo 5 bis 4, párrafo primero y, en cualquier caso, transcurrido el plazo de tres meses señalado en el numeral 5 del mismo precepto 5 bis.

Presentada la comunicación, el secretario judicial ordenará publicar en el Registro Público Concursal el extracto de la resolución por la que se deje constancia de la comunicación presentada por el deudor, siempre y cuando éste no solicite expresamente “[...] *el carácter reservado de la comunicación de negociaciones*” (art. 5 bis.3, LC).

Con independencia de la publicación referida, y desde que recibida la comunicación, el párrafo primero del artículo 5 bis.4 de la Ley dispone que no podrán iniciarse ejecuciones, ya sean éstas, judiciales o extrajudiciales de bienes o derechos que, conforme a la comunicación del deudor, resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, suspendiéndose las que se encuentren en tramitación, así como las “[...] *promovidas por los acreedores de pasivos financieros a los que se refiere la disposición adicional cuarta sobre cualesquiera otros bienes o derechos del patrimonio del deudor siempre que se acredite documentalmente que un porcentaje no inferior al 51 por ciento de pasivos financieros han apoyado expresamente el inicio de las negociaciones encaminadas a la suscripción del acuerdo de*

*refinanciación, comprometiéndose a no iniciar o continuar ejecuciones individuales frente al deudor en tanto se negocia*”(art. 5 bis.4 párrafo cuarto, LC).

Dicha prohibición regirá hasta tanto formalizado el acuerdo de refinanciación, cuando el mismo no sea homologado judicialmente [art. 5 bis.4, párrafo primero, a), LC]; o su homologación, en caso de serlo [art. 5 bis.4, párrafo primero, b), LC]; o se produzca la declaración de concurso [art. 5 bis.4, párrafo primero, e), LC], declaración que devendrá obligatoria para el deudor que, en cualquier caso, transcurridos tres meses desde la comunicación al juzgado, continúe o se encuentre en estado de insolvencia (art. 5 bis.5, LC].

Se exceptúa de la prohibición de iniciar acciones a la acción real de los acreedores que dispongan de la misma frente a bienes o derechos del deudor

### **B.- Régimen especial de determinados acuerdos de refinanciación. Artículo 71 bis**

El artículo 71 de la Ley concursal, bajo el epígrafe “*acciones de reintegración*”, regula la rescisión de actos perjudiciales para la masa activa “[...] realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta” (art. 71.1, LC).

Frente al régimen general determinado por la disposición anterior, el artículo 71 bis, introduce un régimen especial dirigido a incentivar la consecución de determinados acuerdos pre concursales de refinanciación, celebrados entre el deudor y sus acreedores<sup>618</sup>. El

---

<sup>618</sup> Para RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES “[...] se consideran acuerdos de refinanciación aquellos por lo que el deudor adquiere una ampliación significativa del crédito disponible o la modificación de sus obligaciones, bien mediante la prórroga de su plazo de vencimiento, bien mediante el establecimiento de otras contraidas en sustitución de aquéllas, y que responden, en todo caso, a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad del deudor en el corto

precepto distingue dos tipos de estos acuerdos a los que dedica, respectivamente, sus numerales 1 y 2. La protección adicional que la Ley ofrece a los acreedores que se avengan a suscribir estos acuerdos se basa en la inaplicabilidad a los mismos de las normas relativas a la rescisión de acuerdos perjudiciales para la masa activa.

Es así que el artículo 71 *bis*.1, refiere a la imposibilidad de rescindir “[...] los acuerdos de refinanciación alcanzados por el deudor, así como los negocios, actos y pagos, cualquiera que sea la naturaleza y la forma en que se hubieren realizado, y las garantías constituidas en ejecución de los mismos [...]”. Al respecto, desarrolla en sus apartados a) y b), los requisitos exigidos para otorgarles tal inmunidad.

En efecto, en su letra a), el artículo 71 *bis*.1, regula los acuerdos suscritos, por los que se amplíe de forma significativa el crédito disponible, o se modifiquen o extingan sus obligaciones, lo que será posible, ya prorrogando los vencimientos de las mismas, ya extinguiéndolas mediante su sustitución por otras nuevas. No obstante, las prórrogas o novaciones en que consista el acuerdo refinanciador, deberán, para merecer la protección que concede la Ley frente a su rescisión concursal, insertarse como parte integrante de un “[...] plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad [...]” profesional o empresarial del deudor en el corto o mediano plazo [art.71 *bis*.1.a)]. Vemos así como el carácter no rescindible de los acuerdos contemplados en este numeral 1, se supedita en la Ley, primero y antes de nada, a que los mismos se orienten a una finalidad extremadamente específica: la continuidad del emprendimiento viable.

Los acuerdos anteriores deberán alcanzarse, obviamente, antes de ser declarado el concurso, siendo preciso además, que los mismos conciten la adhesión de un número significativo de los acreedores. De esta manera y a continuación, el artículo 71 *bis*. letra b), en su ordinal primero, párrafo primero, se ocupa de relacionar los porcentajes

---

*y en el medio plazo*”, RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A., “El Derecho preconcursal...”, *op. cit.*,p. 88.



mínimos del pasivo del deudor afectados por el acuerdo y así, se exige que el mismo sea suscrito por “[...] acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación”.

Para el cómputo de la mayoría del pasivo, cuando los acuerdos se sujeten a un pacto de sindicación, establece la Ley que se tenga por adheridos a la totalidad de los créditos sindicados, cuando suscriban el acuerdo acreedores que representen el porcentaje del pasivo sindicado que establezca la norma que regule la sindicación y, en defecto de tal previsión, lo hagan al menos acreedores titulares del setenta y cinco por ciento de dicho pasivo.

Además, y cuando el pasivo objeto de negociación corresponda a entidades que conformen un grupo, el párrafo segundo del artículo 71 bis.b).1º, toma el recaudo de exigir que las mayorías que se establecen para la renegociación del pasivo de la persona jurídica individualmente considerada, se conciten en cada una de las integrantes del grupo, y de forma consolidada, excluyéndose expresamente de dicho cómputo los créditos que los integrantes del grupo se concedan entre sí.

El ordinal 2º de la letra b) de la norma que tratamos, exige además que la estimación de las mayorías de pasivo exigidas, venga respaldada por la correspondiente certificación del auditor de cuentas del deudor individual o tratándose de un grupo, de la sociedad dominante. De no existir auditor nombrado, la Ley prevé que el mismo podrá serlo por el registrador mercantil del domicilio del deudor y, entendemos, en el caso de que dicho deudor sea una persona jurídica, a instancia de su órgano de administración.

Adicionalmente, la Ley somete la no rescindibilidad, del acuerdo, a que las partes que los adopten lo eleven a instrumento público “[...] al que se habrán unido todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores” [art. 71 bis.1.b).3º].

Por otra parte, en su numeral 2, párrafo primero, el artículo 71 *bis*, extiende el beneficio de la no rescindibilidad concursal, también a otros actos realizados con anterioridad a la declaración de concurso, siempre que no se subsuman en la categoría, ni reúnan los requisitos de los referidos en el numeral 1, y cumplan con las condiciones que el mismo precepto señala. Dichos requisitos, que han de darse acumulativamente son los siguientes:

Los primeros dos requisitos que la Ley establece son que, por una parte, el acto de que se trate incremente la proporción de activo sobre pasivo previa [71 *bis*.2.a), LC]. Además, el activo corriente resultante debe ser igual o superior al pasivo corriente [71 *bis*.2.b), LC]. En la verificación de estos extremos, la Ley indica que se deberá tener en cuenta “[...] *todas las consecuencias de índole patrimonial o financiera, incluidas las fiscales, las cláusulas de vencimiento anticipado, u otras similares, derivadas de los actos que se lleven a cabo, aun cuando se produzcan con respecto a acreedores no intervinientes*” (art. 71 *bis*.2, párrafo segundo, LC).

A las condiciones anteriores se suma la que requiere “*que el valor de las garantías resultantes a favor de los acreedores intervinientes no exceda de los nueve décimos del valor de la deuda pendiente a favor de los mismos, ni de la proporción de garantías sobre deuda pendiente que tuviesen con anterioridad al acuerdo*” [art. 71 *bis*.2.c), LC]. A los efectos de determinar el valor de las garantías, la norma se remite expresamente al significado dado al término en el apartado 2 de la Disposición adicional cuarta. En el mismo, se define el valor de la garantía, referido a su valor razonable, que la Ley precisa de forma diferente en función de la diferente clase de bien de que se trate. Así, tratándose de valores mobiliarios, que coticen en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado o de instrumentos del mercado monetario, su valor razonable será “[...] *el precio medio ponderado al que hubieran sido negociados en uno o varios mercados regulados en el último trimestre anterior a la fecha de inicio de las negociaciones para alcanzar el acuerdo de*

*refinanciación, de conformidad con la certificación emitida por la sociedad rectora del mercado secundario oficial o del mercado regulado de que se trate*” [DA cuarta.2.párrafo segundo.a), LC]. Siendo inmuebles los bienes, se tendrá por el valor razonable de los mismos “[...] *el resultante de informe emitido por una sociedad de tasación homologada e inscrita en el Registro Especial del Banco de España*” [DA cuarta.2.párrafo segundo.b), LC]. Finalmente, cuando los bienes cuyo valor razonable deba establecerse no sean subsumibles en ninguna de las categorías anteriores, dicho valor lo fijará en su informe un “*experto independiente de conformidad con los principios y las normas de valoración generalmente reconocidos para esos bienes*” [DA cuarta.2.párrafo segundo.c), LC].

El cuarto requisito se regula en la letra c) del artículo 71 bis.2 y consiste en que “[...] *el tipo de interés aplicable a la deuda subsistente o resultante del acuerdo de refinanciación a favor del o de los acreedores intervinientes no exceda en más de un tercio al aplicable a la deuda previa*”.

Por último, a las anteriores, la Ley añade la condición de que el acuerdo, al igual que los regulados en el numeral 1 del mismo precepto “[...] *haya sido formalizado en instrumento público otorgado por todas las partes intervinientes en el mismo [...]*”, exigiéndose la constancia expresa de las razones que justifican, desde el punto de vista económico, los diversos actos y negocios realizados entre el deudor y los acreedores intervinientes, con especial mención de las condiciones que se acaban de reseñar [art.71.2.e), LC].

El artículo 71 bis, brinda, en su numeral 4, tanto al deudor como a los acreedores, la posibilidad de instar del registrador mercantil del domicilio del deudor, el nombramiento de un “[...] *experto independiente para que informe sobre el carácter razonable y realizable del plan de viabilidad, sobre la proporcionalidad de las garantías conforme a condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo, así como las demás menciones que, en su caso, prevea la normativa aplicable*”.

## **C.- Homologación de los acuerdos de refinanciación. Disposición Adicional cuarta**

La Disposición Adicional cuarta de la Ley permite homologar judicialmente “[...] *el acuerdo de refinanciación que habiendo sido suscrito por acreedores que representen al menos el 51 por ciento de los pasivos financieros, reúna en el momento de su adopción, las condiciones previstas en la letra a) y en los números 2.º y 3.º de la letra b) del apartado 1 del artículo 71 bis.*”<sup>619</sup>, cuando se conciten las mayorías que en la misma Disposición Adicional se relacionan. La

---

<sup>619</sup> El porcentaje mínimo de adhesiones requerido para posibilitar la homologación judicial ha sido objeto de sucesivas modificaciones. Así, en la redacción dada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que modificaba la Disposición Adicional cuarta de la Ley concursal e introducía la posibilidad de homologar judicialmente los acuerdos de refinanciación, se exigía la adhesión de acreedores que representaran al menos el 75 por ciento del pasivo cuyos titulares fueran entidades financieras. Dicho porcentaje se vio reducido sustancialmente por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre. En concreto, tras la entrada en vigor de la norma, el porcentaje de adhesiones requerido pasa a ser el 55 por ciento. Esta reducción, orientada a potenciar el empleo del instrumento de la homologación judicial fue criticada por alguna doctrina por considerar demasiado exigua la mayoría, sobre todo considerando la extensión de sus efectos a los acreedores de la minoría no adherente (RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A., “El Derecho preconcursal...”, *op. cit.*, p. 93). El régimen de homologación judicial es objeto de una profunda revisión en la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial. En la norma se prevé una reducción aún mayor del porcentaje del total de pasivos financieros cuyos titulares deben adherir al acuerdo de refinanciación para que éste sea homologable, pasando a ser el 51 por ciento, permitiéndose la extensión “[...] *a los acreedores disidentes o no participantes no solo de las esperas, sino también, mediante un porcentaje de pasivo superior, de otras medidas acordadas en el seno del acuerdo de refinanciación, como es el caso de las quitas, capitalización de deuda y cesión de bienes en pago o para pago*” (Preámbulo, IV, Ley 17/2014, de 30 de septiembre), e incluso a los acreedores cuya deuda esté cubierta por garantía real, “*siempre que el acuerdo mayoritario se adopte en este caso con mayorías cualificadas aún más elevadas pero computadas sobre el total de las garantías, es decir, por titulares de deuda garantizada que se encuentren en una situación similar a la del disidente o no participante en el acuerdo*” (Preámbulo, IV, Ley 17/2014, de 30 de septiembre).

protección que tal homologación concede se indica en el numeral 13: “No podrán ser objeto de acciones de rescisión los acuerdos de refinanciación homologados judicialmente. El ejercicio de las demás acciones de impugnación se someterá a lo dispuesto por el artículo 72.2.”.

La deuda refinanciada debe ser financiera (DA cuarta.1, párrafo tercero, LC)<sup>620</sup>, esto es, contraída frente a “acreedores profesionales”<sup>621</sup> titulares de cualquier endeudamiento financiero, sin que tenga relevancia el que tales financiadores se encuentren sometidos o no a supervisión financiera. Se excluyen expresamente, los acreedores por créditos laborales, los acreedores por operaciones comerciales y los acreedores de pasivos de derecho público. Nada impide que acreedores que no lo sean de pasivos financieros o de pasivos de derecho público se adhieran voluntariamente al acuerdo de refinanciación homologado. Empero, estas adhesiones no se tendrán en cuenta para el computo de las mayorías necesarias exigidas para homologar judicialmente el acuerdo de refinanciación o para extender sus efectos (DA cuarta.1, párrafo quinto, LC). De forma parecida, tampoco podrán computarse a estos efectos los pasivos financieros cuyos titulares tengan la consideración de persona especialmente relacionada conforme al apartado 2 del artículo 93 de la Ley,

---

<sup>620</sup> Efectivamente, la introducción mediante la reforma de la norma concursal operada por el Real Decreto-ley 3/2009 de estos acuerdos de refinanciación, recogía las reivindicaciones de las entidades de crédito que demandaban un mecanismo jurídico que sirviera al fin de impedir que los acuerdos de refinanciación pudieran ser objeto de rescisión ya que, la posterior apertura del concurso, argumentaban, les situaba en una situación de inseguridad, al permitir que en el citado procedimiento se declarase la ineficacia de los citados acuerdos. BATALLER GRAU, J., “La reforma concursal: primeras reflexiones sobre el real decreto-ley 3/2009”, en LÓPEZ GANDÍA, J. Y BLASCO PELLICER, A. (Coord.), *Crisis de Empresa y Derecho del Trabajo. IV Jornadas universitarias valencianas de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 53 a 66. Consultado en <http://tirant.com>, el 30 de julio de 2015.

<sup>621</sup> RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A., “El Derecho preconcursal...”, *op. cit.*, pp. 92 y 93.

pudiendo, pese a ello, quedar dichos pasivos afectados por el acuerdo homologado, ya sea por adherirse al mismo sus titulares o por serles extensibles algunos de sus efectos cuando la Ley así lo dispone, con independencia de la oposición o no participación de los acreedores especialmente relacionados con el deudor (*Cfr* .DA cuarta.1, párrafo segundo, LC).

Conforme estipula el artículo 71 *bis*.1. en su letra a), al que se remite la Disposición Adicional cuarta, el acuerdo de refinanciación homologable debe, en primer lugar, tener como finalidad la conservación del emprendimiento y la continuidad de la actividad del deudor en el corto y medio plazo. Presupone, en fin, que el acuerdo refinanciador se integre en un plan que contemple no solo la satisfacción de los pasivos financieros del deudor, sino que, mediante “[...] *la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación o extinción de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas*” [art. 71 *bis*.1.a), inciso primero], procure asegurar la conservación de la empresa o actividad viables.

El artículo 71 *bis*.1.b).2º, requiere que, para ser homologado, el acuerdo deba acompañarse de certificación del auditor de cuentas del deudor sobre la suficiencia del pasivo que se exige para adoptar el acuerdo. Además, para su homologación, el acuerdo habrá de ser elevado a instrumento público [[art. 71 *bis*.1.b).3º].

Aún reuniendo los requisitos anteriores, el acuerdo de reestructuración solo será homologable judicialmente cuando concite el apoyo de al menos, acreedores titulares del 51 por ciento de los pasivos financieros. Sin embargo, la extensión a los acreedores disidentes o no participantes de los efectos del acuerdo, requerirá de la obtención de mayorías aún más amplias, en función de la naturaleza de la medida que se pretende extender, y de que los pasivos se encuentren o no respaldados con garantía real. Así, el numeral 3 de la Disposición Adicional cuarta extiende a los pasivos financieros cuyos titulares no hayan suscrito o se hayan opuesto al acuerdo, alguno de

sus efectos. Tratándose de pasivos que no cuenten con garantía real o por la parte no cubierta por el valor de la garantía (calculada conforme a las reglas establecidas por el numeral 2 de la Disposición Adicional), si el acuerdo fue suscrito por acreedores que representen el 60 por ciento de los pasivos financieros computables, les serán extensibles “[...] *las esperas, ya sean de principal, de intereses o de cualquier otra cantidad adeudada, con un plazo no superior a cinco años, o la conversión de deuda en préstamos participativos durante el mismo plazo*” [DA cuarta, 3.a), LC]. Si las adhesiones alcanzan el 75 por ciento, les serán extensibles las esperas con un plazo de cinco años o más, pero en ningún caso superior a diez [DA cuarta, 3.b). 1º, LC], las quitas [DA cuarta, 3.b). 2º, LC], la conversión de deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora [DA cuarta, 3.b). 3º, LC], la conversión de deuda en préstamos participativos por un plazo de cinco años o más, pero en ningún caso superior a diez, en obligaciones convertibles o préstamos subordinados, en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original [DA cuarta, 3.b). 4º, LC], y la cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago de la totalidad o parte de la deuda [DA cuarta, 3.b). 5º, LC].

Para que la extensión afecte a los pasivos que cuenten con garantía real, o la parte de estos cubierta por el valor de la garantía, la ley exige mayorías cualificadas incrementadas en un 5 por ciento respecto de las expuestas. De tal forma, los efectos previstos en la Disposición Adicional cuarta, 3.a), requerirán de una mayoría del 65 por ciento y los de la Disposición Adicional cuarta, 3.b), de una del 80 por ciento (DA cuarta, 4, LC).

## **II.- Régimen jurídico uruguayo. Acuerdos puramente privados con oposición. Acuerdos sometidos a homologación judicial**

### **A.- Acuerdos puramente privados con oposición**

Si el deudor opta por la celebración de un acuerdo puramente privado, se debe notificar a los acreedores no adherentes a la propuesta de acuerdo, por intermedio de escribano público.

En caso de mediar oposición al acuerdo celebrado, el acreedor no adherente debe notificarlo fehacientemente al deudor. Las causas de oposición, son las siguientes: que el contenido del acuerdo sea contrario a la ley; que las firmas de acreedores por créditos que resulten determinantes para constituir las mayorías requeridas por la LCRE no correspondan a los titulares reales del crédito o hayan sido obtenidas mediante maniobras que afectaren o pudieren afectar la paridad de trato entre los acreedores quirografarios; que el cumplimiento del convenio sea objetivamente inviable; y que exista ocultación o exageración fraudulenta del activo o del pasivo (art. 220, LCRE).

Una vez que el acreedor que no adhirió a la propuesta notifique su oposición al deudor, éste contará con un plazo de diez días (hábiles) para presentar al juez competente<sup>622</sup> la documentación relativa al acuerdo, a fin de que resuelva la oposición presentada y dicte la homologación judicial pertinente. El juez debe notificar de inmediato (la LCRE no prevé un plazo específico) a los acreedores disidentes, quienes ratificarán su oposición dentro del plazo de seis días (hábiles). Si el deudor no se presenta al juzgado en el plazo de diez días poniendo en conocimiento la oposición al acuerdo, *“cualquier acreedor podrá solicitar la declaración del concurso al Juez, quien la decretará sin más trámite”* (art. 220, LCRE).

El juez deberá homologar el acuerdo privado de reorganización el primer día hábil siguiente a que hubieren transcurrido los seis días

---

<sup>622</sup> El juez competente para conocer en la oposición al acuerdo privado de reorganización y en su homologación judicial, será el mismo que resulte competente para declarar el concurso. En tanto, si hay una solicitud de concurso previa, el acuerdo privado de reorganización debe presentarse ante el juez que conozca en dicho procedimiento (art. 220 *in fine*, LCRE).



(hábiles) de que disponía el acreedor no adherente y opositor a la propuesta, para ratificar judicialmente su oposición (art. 227, LCRE).

Si se ratificare la oposición al acuerdo privado de reorganización, mientras se diligencia la controversia, el juez debe designar un interventor. Éste, tendrá las mismas facultades de control que el juez sobre el deudor en materia de efectos de la inscripción y publicación del auto de admisión en caso de acuerdo privado sometido a homologación<sup>623</sup>. Tramitado el incidente de oposición, el juez deberá dictar sentencia “*homologando o rechazando el acuerdo, sin que (...) pueda modificarlo*” (art. 228, LCRE).

Una vez que haya pasado en autorizada de cosa juzgada la sentencia que hubiere homologado el acuerdo, el mismo producirá los efectos previstos en los artículos 158 a 161 para el caso de convenio (art. 230, LCRE), y la referida sentencia será publicada en el Diario Oficial, por el plazo de tres días (art. 229, LCRE).

En cambio, si el juez rechazare el acuerdo, dispondrá - en el mismo auto - la declaración de concurso del deudor, el que será considerado como voluntario (art. 231, LCRE).

Cuando el acuerdo privado de reorganización fuere cumplido íntegramente por el deudor, éste solicitará al juez que así lo declare. En caso de existir un concurso en trámite, requerirá al juez que declare la conclusión del mismo (art. 233, LCRE). Por su parte, si el deudor incumpliere el acuerdo privado alcanzado, cualquier acreedor estará facultado para solicitar al juez la declaración de concurso (art. 234, LCRE), y el juez así lo hará si considera acreditado el mencionado incumplimiento. Como consecuencia de la declaración judicial de

---

<sup>623</sup> Esta cuestión es tratada en el apartado próximo. Empero, cabe consignar que estas facultades son similares a las previstas en el artículo 47.1 de la LCRE cuando se declara el concurso del deudor y se dispone la limitación de la legitimación para disponer y obligar la masa del concurso, con designación de un interventor.

incumplimiento del acuerdo privado de reorganización y declarado el concurso, el deudor se verá impedido de presentar una propuesta de convenio, procediéndose “a la liquidación de la masa activa” y a la suspensión de “la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso” (art. 235, LCRE).

## **B.- Acuerdos sometidos a homologación judicial**

El deudor puede optar por promover un acuerdo privado de reorganización bajo la modalidad de acuerdo sometido a homologación judicial. En tal escenario, el acuerdo al que se haya arribado con los acreedores, se presenta ante el Juzgado competente<sup>624</sup>, acompañando los documentos exigidos por el artículo 7 de la Ley concursal para la solicitud de concurso por parte del deudor. Además, se debe adjuntar la propuesta de acuerdo privado de reorganización con el contenido previsto en los artículos 138 y 139 del mismo cuerpo normativo, la que deberá estar firmada por acreedores que representen el 75% (setenta y cinco por ciento) del pasivo quirografario del deudor con derecho a voto. Asimismo, deberá indicarse el nombre del acreedor firmante, el monto de su crédito quirografario y la fecha de la firma. Si se tratare de personas jurídicas, también deberá indicarse el nombre del representante, así como el documento o acto del cual surgen sus facultades de representación. Toda la documentación del deudor persona jurídica, debe estar suscrita por todos los administradores o liquidadores. Si faltare alguna firma, deberá indicarse el motivo. Al no estar en concurso, el deudor debe acreditar que ha depositado a la orden del Juzgado, fondos para atender las erogaciones que supongan la inscripción y publicación de

---

<sup>624</sup> El artículo 12 de la LCRE, determina la competencia para conocer concursos, así como en los acuerdos privados de reorganización: “*Los Juzgados de Concursos conocerán en primera instancia en todos los procedimientos concursales cuya competencia corresponda al departamento de Montevideo. También conocerán en los procedimientos concursales originados fuera del departamento de Montevideo cuyo pasivo sea superior a 35.000.000 UI (treinta y cinco millones de unidades indexadas). En los demás procedimientos concursales fuera del departamento de Montevideo, serán competentes los Tribunales que determine la legislación procesal vigente*”.

la resolución judicial que, eventualmente, admita el acuerdo (arts. 217 y 221, LCRE).

La Ley no indica expresamente cuál es el órgano de la persona jurídica competente para promover la solicitud de homologación. Sin embargo, de acuerdo a la remisión realizada por el artículo 221 de la LCRE, que a su vez se remite al artículo 217 de la misma Ley, corresponde acompañar a la solicitud, al igual que en caso de pedir su propio concurso, “*testimonio notarial de la resolución del órgano de administración aprobando la presentación*” (art. 7.6, LCRE).

De la misma manera que manifestamos en oportunidad de referir a la documentación a presentar por el deudor cuando solicita el concurso voluntario, entendemos que las exigencias que plantea al acuerdo privado de reorganización para su homologación judicial, no son consistentes con la voluntad manifestada en la Exposición de Motivos. Si uno de los pilares orientadores de la reforma del sistema concursal lo constituye el estímulo de acceso al concurso o a las vías privadas de solución de crisis empresariales, su contracara vuelve a quedar plasmada en los requerimientos documentales exigidos legalmente para someter a homologación judicial un acuerdo privado de reorganización.

Presentada la solicitud de homologación judicial del acuerdo privado de reorganización, el juez contará con el plazo de dos días hábiles para dictar resolución, con el siguiente contenido: admisión de la propuesta presentada, suspensión del procedimiento de concurso (en caso de haberse solicitado), inscripción de la providencia en el Registro Nacional de Actos Personales, Sección Interdicciones<sup>625</sup>, y publicación<sup>626</sup> del auto de admisión y de un extracto del acuerdo

---

<sup>625</sup> La inscripción del auto de admisión del acuerdo privado de reorganización debe comunicarse por el juzgado al RNAP, en el plazo de veinticuatro horas de dictado el mismo y, si no se realizara la inscripción referida, cualquier acreedor podría requerir al juez que declare el concurso, debiendo decretarse, sin más trámite (art. 23, LCRE).

privado en el Diario Oficial, con la convocatoria a los acreedores por tres días, a efectos de que pudieran promover eventuales oposiciones, contando para ello con el plazo de veinte días <sup>627</sup> a partir de la última publicación (art. 222, LCRE).

Una vez que se haya cumplido con la inscripción y publicación, el auto de admisión del acuerdo privado de reorganización producirá varios efectos. En primer lugar, el deudor necesitará autorización judicial para contraer, modificar o extinguir obligaciones, para conferir, modificar o revocar poderes, así como para la realización de actos jurídicos sobre bienes que integran su patrimonio (en especial, deberá obtener autorización del juez para realizar actos relativos a bienes registrales, para vender o arrendar la casa de comercio y para emitir obligaciones negociables). La Ley excluye expresamente del requisito de la autorización a las operaciones ordinarias del giro del deudor (art. 255.1, LCRE).

Como se puede apreciar, las consecuencias del auto de admisión del acuerdo debidamente inscripto y publicado, son similares a las previstas en el artículo 47.1 de la LCRE cuando se declara el concurso del deudor y se dispone la limitación de la legitimación para disponer y obligar la masa del concurso, designándose un interventor. La diferencia más notoria, es que en la admisión del acuerdo privado de reorganización la autorización para realizar actos previstos en la Ley es otorgada por el juez y no por el interventor.

Adicionalmente, con redacción casi idéntica a la del artículo 47.2 de la Ley concursal uruguaya, se excluye de la autorización a las operaciones ordinarias del giro del deudor. En el concurso voluntario

---

<sup>626</sup> Según el artículo 224 de la LCRE, la publicación se tramita directamente por el Juzgado, dentro de las veinticuatro horas de dictado el auto de admisión de la propuesta.

<sup>627</sup> El plazo de veinte días referido debe computarse en días corridos ya que, por la remisión del artículo 253 de la LCRE al Código General del Proceso, *“los plazos cuya duración no exceda de quince días y los que se cuentan por horas (...) solamente se computarán los días hábiles”* (art. 94, CGP).

con designación de interventor, éste controla al deudor. En cambio, admitido el acuerdo privado de reorganización, la LCRE no se pronuncia con relación a control alguno por parte del juez.

En segundo lugar, otro de los efectos previstos en la legislación, refiere a que el auto de admisión del acuerdo inscripto y publicado impide la declaración judicial del concurso del deudor, a no ser que el propio deudor lo solicite. Si existieren solicitudes de concurso en trámite, las mismas quedan automáticamente suspendidas (art. 225.2, LCRE).

En tercer término, la normativa confiere al deudor la moratoria provisional, la que no podrá extenderse por más de un año. Se dispone que los acreedores no podrán promover ejecuciones contra el deudor por créditos anteriores a la presentación de la propuesta de acuerdo, y las ejecuciones que estuvieren en trámite. Los embargos trabados sobre los bienes del deudor, quedan en suspenso (art. 225.3, LCRE).

Si bien, aceptado un acuerdo privado de reorganización, la regulación relativa a la moratoria provisional es genérica y menos minuciosa que en el marco de la declaración judicial de concurso, la misma no deja de tener aspectos análogos a la prevista en los artículos 56 y siguientes de la LCRE, en particular, en el artículo 60 de dicho cuerpo normativo.

Adviértase, que nada se prevé respecto a la imposibilidad de promover nuevos juicios de conocimiento, ya que el impedimento se encuentra regulado únicamente en materia de ejecuciones por créditos anteriores a la declaración del concurso. No obstante, se determina la competencia del juez que admitió el acuerdo privado de reorganización para conocer en materia de ejecuciones, así como para imponer medidas cautelares sobre los bienes que integran el activo del deudor (art. 225.5, LCRE)<sup>628</sup>.

---

<sup>628</sup> En el mismo sentido, artículo 59, párrafo primero, LCRE.

Por otra parte, de existir créditos prendarios e hipotecarios, no podrán promoverse ejecuciones por un plazo de ciento veinte días a contar del auto de admisión. Se suspenden por el mismo término, las ejecuciones en trámite (art. 225.4, LCRE). Este efecto particular del auto de admisión del acuerdo privado de reorganización con la inscripción y publicaciones de estilo, es idéntico en su contenido al previsto en el artículo 61 de la LCRE, en sede de efectos de la declaración de concurso sobre los acreedores.

Finalmente, se intenta proteger a los acreedores atribuyendo al juez de oficio o a instancia de cualquier interesado, la posibilidad de disponer medidas cautelares sobre los bienes que conforman el patrimonio del deudor (art. 225.6, LCRE).

A partir de la última publicación del auto de admisión del acuerdo privado de reorganización, “*los acreedores quirografarios o subordinados del deudor*”, excepto, lo que parece razonable, aquellos que hayan suscrito el acuerdo, tendrán un plazo de veinte días para formular oposiciones a la aprobación del judicial del acuerdo, siendo “*causas de oposición las establecidas en el artículo 220*” (art. 226, LCRE).

El juez deberá homologar el acuerdo privado de reorganización el primer día hábil siguiente luego de transcurrido los veinte días siguientes a partir de la última publicación del auto de admisión del acuerdo (art. 227, LCRE).

De existir oposición, mientras se diligencia la controversia, el juez debe designar un interventor. Éste dispone de las facultades de control que tiene el Juez respecto del deudor, con relación a los efectos de la inscripción y publicación del auto de admisión. Finalizado el incidente, el juez no puede modificar el acuerdo, limitándose a homologar o rechazar el mismo (art. 228, LCRE).

Los efectos de la sentencia firme de homologación, son los indicados en los artículos 158 a 161 sobre convenio (art. 230, LCRE). Se debe publicar la sentencia en el Diario Oficial, por el plazo de tres días (art. 229, LCRE).

Si, por el contrario, el juez rechaza el acuerdo, debe declarar el concurso del deudor, el que será considerado como voluntario, en el mismo auto (art. 231, LCRE).

Cumplido en su totalidad el acuerdo privado de reorganización, el deudor pedirá al juez que así lo declare. Si además, hubiere una solicitud de concurso en trámite, requerirá al juez que declare la conclusión del mismo (art. 233, LCRE). Por el contrario, si el acuerdo fuese incumplido, todo acreedor estará legitimado para pedirle al juez la declaración de concurso (art. 234, LCRE). La declaración judicial de incumplimiento del acuerdo privado de reorganización y de concurso, implica el impedimento respecto del deudor a presentar una propuesta de convenio. En esa hipótesis se procede a suspender al deudor su legitimación para disponer y a liquidar la masa activa (art. 235, LCRE).

Finalmente, cabe concluir que tanto el acuerdo privado con o sin oposiciones, como el acuerdo sometido a homologación judicial, exigen idénticos requisitos de admisibilidad (mayoría especial de pasivo quirografario con derecho a voto). Por consiguiente, es de aplicación también para esta modalidad, lo argumentado respecto a la imposibilidad de concreción del instituto, ya que solo es posible concebir la categoría de créditos quirografarios en el marco de un procedimiento concursal en el que haya sido aprobada la lista de acreedores.





## CONCLUSIONES

**Primera: El principio de unidad de disciplina. Su consagración en el Derecho español y su no recepción en el Derecho uruguayo pese a lo expresado en la Exposición de Motivos de su Ley concursal.**

La Ley concursal prevé un procedimiento unitario, de aplicación a todo deudor (civil o mercantil), cuya oportunidad el legislador justifica en la existencia de una tendencia a simplificar el procedimiento. Existen dos excepciones a lo expresado. La primera, comprende a la categoría de personas jurídicas que no pueden ser declaradas en concurso por formar parte de la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público. La segunda, consiste en la posibilidad de declarar en concurso a entes que carecen de personalidad jurídica, admitiéndose el concurso de la herencia no aceptada pura y simplemente.

El ordenamiento jurídico reconoce la existencia jurídica y económica de los grupos de sociedades. Incluso, prevé la declaración o acumulación conjunta de concursos de varias sociedades ligadas por especiales relaciones de jerarquía y subordinación, así como su tramitación coordinada por un mismo órgano jurisdiccional. Sin embargo, al no ser el grupo sujeto de derecho, ha optado por impedir el concurso del mismo.

En Uruguay, por su parte, sin perjuicio de lo expresado en la Exposición de Motivos de la Ley concursal, lamentablemente no existe consagración legal del principio de unidad de disciplina, pues no todo deudor es concursable bajo el régimen de dicha Ley. Pueden concursar, el deudor persona jurídica, civil o comercial y el deudor persona física que realice actividad empresarial. No es posible la el concurso de grupo, sino únicamente la tramitación de varios concursos de forma simultánea y coordinada, respecto a los integrantes de un mismo grupo. Asimismo, se admite el concurso de la herencia aceptada a beneficio de inventario, y cuando declarado en concurso, el

deudor fallece durante su tramitación. No admite, en cambio, el concurso de la herencia aceptada pura y simple, ni de la herencia yacente.

**Segunda: La Ley concursal española, al flexibilizar el presupuesto objetivo, configura otros. En Uruguay, el *estado de insolvencia* se verifica con independencia de la pluralidad de acreedores y las presunciones absolutas no son extensiones conceptuales del *estado de insolvencia*, sino otros presupuestos objetivos.**

La Ley concursal ofrece tres conceptos de “insolvencia” o, lo que es lo mismo, tres distintos presupuestos objetivos: el “estado de insolvencia actual”, el “estado de insolvencia inminente” y el “estado de insolvencia agravada”.

En el supuesto de concurso voluntario, el juez analizará la existencia de insolvencia actual o, en su caso, la probabilidad cierta de un estado de insolvencia próxima (insolvencia inminente). En el caso de concurso necesario, lo que debe probarse es la ocurrencia de alguno de los hechos reveladores de insolvencia cualificada. La ley concursal más allá de declarar un presupuesto objetivo único, al flexibilizar el mismo en determinadas circunstancias, termina configurando nuevos presupuestos objetivos.

En el ordenamiento jurídico uruguayo, procede la declaración judicial de concurso respecto del deudor que se encuentre en *estado de insolvencia*, definido por la Ley como la imposibilidad de de cumplir con sus obligaciones, con independencia de la existencia de pluralidad de acreedores.

A diferencia del régimen jurídico español, el legislador uruguayo admite el estado de insolvencia (presupuesto objetivo), con independencia de la pluralidad de acreedores. Tampoco refiere expresamente ni a la insolvencia actual, ni a la insolvencia inminente, ni a la insolvencia agravada.

Si el concurso es voluntario, alcanza con que el deudor agregue la documentación requerida sin necesidad de acreditar la imposibilidad de cumplir con sus obligaciones. La sola solicitud de concurso por parte del deudor, importa una presunción absoluta del estado de insolvencia, más allá que pueda o no cumplir con sus obligaciones. Si el concurso es necesario, y el legitimado acredita una presunción absoluta, el Juez debe declarar el concurso, con independencia de que el deudor pueda o no cumplir con sus obligaciones.

En nuestra opinión, las presunciones absolutas no configuran extensiones conceptuales del *estado de insolvencia*, sino claramente otros presupuestos objetivos del concurso.

**Tercera: En España, el órgano con facultades de administración es quien tiene competencia para solicitar el concurso, no siendo necesario recabar la opinión del órgano de deliberación. En Uruguay, el órgano de administración decide la solicitud de concurso. Según cuál persona jurídica sea, el órgano de administración o el de representación, pedirá la declaración de concurso.**

El órgano de persona jurídica que tiene atribuida la competencia para cumplir con el deber de solicitar el concurso será el que, en la regulación aplicable a la forma jurídica que la persona jurídica adopte, tenga atribuida legalmente las facultades de administración.

El deudor, junto con la solicitud de concurso puede pedir la liquidación. Ello no implica la necesidad que la voluntad del órgano de administración resulte complementada con una resolución del órgano deliberativo.

Tampoco es impedimento para admitir la solicitud de concurso, cuando se prescinde del acuerdo del órgano deliberativo, en caso que

la norma reguladora de la específica forma que adopte la persona jurídica así lo establezca.

Conocido el estado de insolvencia, procede la solicitud de concurso, la que debe realizarse por quien la Ley señala como obligado (el órgano de administración) y en el plazo que para ello la Ley concede.

Según la Ley concursal uruguaya, el deudor persona jurídica debe presentar la solicitud de concurso por medio de sus órganos con facultades de representación o a través de apoderado con facultades expresas y específicas para ello.

El órgano competente decidir la presentación a concurso en el caso de las personas jurídicas, es el órgano de administración. Por ello, la LCRE determina que habrá de presentarse - entre otros recaudos - testimonio notarial de la resolución del referido órgano, aprobando la presentación.

Por otra parte, los administradores, liquidadores o integrantes del órgano de control interno, tienen el deber de solicitar el concurso de la persona jurídica dentro de los treinta días siguientes a que hubieran conocido o debido conocer el estado de insolvencia. En nuestra opinión, la LCRE debió establecer, más que el deber de cada uno de los integrantes de los órganos referidos, la responsabilidad de los integrantes del órgano de administración (o de liquidación) por no promover la adopción de decisiones orgánicas, o por votar en contra en las mismas.

La idea de fácil acceso al concurso tiene su contracara en el requerimiento al deudor de una serie de recaudos que en la práctica han llevado a entretener y dificultar el ingreso al procedimiento.

**Cuarta: La declaración de concurso implica el surgimiento de una esfera de competencias desenvuelta en el ámbito del ejercicio de las funciones y facultades para la defensa de los**

**intereses de la persona jurídica en el concurso, y en el cumplimiento de deberes que la Ley concursal impone a los órganos de las personas jurídicas en atención a los intereses del concurso.**

Más allá de la expresa voluntad legislativa de prestar especial atención a los supuestos de concurso de las personas jurídicas y, en particular, a los efectos de la declaración del mismo respecto al funcionamiento y ejercicio de facultades del órgano de administración y representación, la redacción original de la Ley concursal resultó ser insuficiente. Aun con las modificaciones posteriores, no se logró solventar los inconvenientes que la aplicación de la Ley en su redacción original planteaba.

La declaración de concurso implica el surgimiento de un ámbito de competencias que cabe desarrollar a los órganos de la persona jurídica y que se desenvuelve en dos ámbitos: por un lado, en el ejercicio de las funciones y facultades para la defensa de los intereses de la persona jurídica en el concurso, y por otro, en el cumplimiento de deberes que la Ley concursal impone a los órganos de las personas jurídicas en atención a los intereses del concurso.

Junto al interés social o fundacional, según corresponda, emerge la defensa del interés de la persona jurídica en el concurso, generando un nuevo ámbito competencial que persigue la “subsistencia” de la persona jurídica cuando la solución que se siga sea la obtención de un convenio o, en su caso, la protección de los intereses sociales durante la liquidación.

Por otra parte, es posible identificar un ámbito de competencia no afectado por la declaración de concurso, compuesto por un conjunto de facultades cuyo ejercicio por los órganos de la persona jurídica es compatible con las limitaciones impuestas por las normas reguladoras del concurso y que son ajenas al ámbito correspondiente a la administración y disposición del patrimonio concursal (v.gr.:

adopción de acuerdos por los que se deciden modificaciones estatutarias, nombramiento o remoción de administradores, otorgamiento o revocación de poderes).

La Ley concursal no orienta el procedimiento exclusivamente a la satisfacción de los acreedores, aun cuando sea éste, el interés primordial. Otros intereses eventualmente presentes en el concurso (como el de los trabajadores y los generales de la economía) serán atendidos en tanto sean compatibles con la maximización de la satisfacción de los acreedores.

Se le confiere a la administración concursal un margen de discrecionalidad para solicitar, y al juez del concurso para conceder, la autorización para el ejercicio de derechos políticos, sólo limitada a la presencia de una afectación de los intereses patrimoniales de la masa del concurso.

En el ordenamiento jurídico uruguayo, la regla general es la continuación de la actividad del deudor, priorizada frente a otras alternativas legales.

Declarado el concurso, junto a la consecución del interés social o fundacional de la persona jurídica concursada, emergen aquellos intereses propios del procedimiento concursal. El principal, pero no único fin del concurso, es la satisfacción de los acreedores.

Durante el procedimiento, subsisten los órganos de la persona jurídica. Incluso, en la hipótesis de suspensión de la legitimación de la concursada en el ejercicio de sus facultades de administración y disposición. Es ineludible la formación de la voluntad orgánica de la persona jurídica, tanto para la oposición a la declaración de concurso, a todas las resoluciones judiciales y actuaciones de la sindicatura o intervención concursal, a la presentación de un proyecto de convenio y a la actuación en el marco del incidente de calificación.

**Quinta: Incompatibilidad de la calidad de integrante del órgano de administración de la persona jurídica y de la de personal laboral especial de alta dirección, al faltar el elemento ajenidad. El trabajador *ordinario* puede ser designado como administrador o consejero, subsistiendo ambos vínculos.**

No es posible, en nuestra opinión, que el órgano de administración pueda contratar como personal de alta dirección, a quien sea su integrante. Cuando tal órgano se encuentra integrado por la misma persona que pretende ser considerado alto directivo, la confusión entre quien imparte las instrucciones y organiza el trabajo, y quien se somete en el ámbito de la relación laboral a tal autoridad, además de resultar una paradoja, impide considerar la relación como laboral al faltar uno de sus elementos más esenciales: la ajenidad. Esto no aplica a la validez del doble vínculo orgánico y laboral *ordinario* (la designación como administrador o consejero de un trabajador *ordinario* de la sociedad, constituye una de las formas de participación en la empresa de los trabajadores).

La Ley acierta al otorgar al órgano jurisdiccional un amplio margen para apreciar las circunstancias concretas, cuidándose de atar la moderación retributiva al régimen de limitación del ejercicio de facultades patrimoniales del deudor o a la eventual calificación de la insolvencia.

En Uruguay, en la hipótesis de suspensión de la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso, el síndico ejercerá las facultades atribuidas legal y contractualmente a los administradores o liquidadores, quienes perderán el derecho a percibir retribuciones.

En caso de limitación de la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso, la normativa concursal no hace referencia alguna respecto a la posibilidad de recibir remuneración por parte de los miembros de los distintos órganos de la persona jurídica concursada, por la función que despliegan. Por tanto,

nada impide al administrador o integrantes del órgano de administración, a continuar percibiendo la remuneración establecida.

**Sexta: Se mantienen todas las facultades que no han sido expresamente quitadas o restringidas (temporalmente) a los órganos, por efecto de la declaración de concurso.**

El concurso de la persona jurídica, produce los efectos que sobre la estructura, la composición y el funcionamiento del órgano de administración derivan del régimen de intervención o suspensión de facultades de administración y disposición.

Sin embargo, resultan de aplicación las normas legales, estatutarias o reglamentarias que regulan la estructura del órgano de administración y representación de la deudora por fuera de las limitaciones impuestas por la Ley concursal. Solo una disposición legal explícita permitiría apartarse del régimen aplicable a la forma jurídica concreta que la persona jurídica adopte. Todas las facultades que no han sido expresamente quitadas o restringidas (temporalmente) a los órganos por efecto de la declaración de concurso, se mantienen intactas.

Por carecer de consecuencias directas para la masa activa del concurso y no tratándose de actos que constituyan ejercicio de facultades patrimoniales, la persona jurídica concursada conserva, dentro de los márgenes legales, estatutarios o reglamentarios, sus facultades para nombrar y separar de sus cargos a quienes integren su órgano de administración (competencia de naturaleza orgánica).

Solo la inhabilitación de administradores, consejeros o liquidadores de una persona jurídica que impida el funcionamiento del órgano, autoriza a la administración concursal a convocar al órgano de deliberación para que nombre los sustitutos.

Es desacertada la previsión legal relativa al cese de los administradores de la persona jurídica concursada cuando se procede a



la apertura de su liquidación. Hubiese alcanzado, en nuestra opinión, con declarar la improcedencia de la designación de liquidadores y suspender el ejercicio de las facultades de administración y disposición de la concursada en el proceso de liquidación, hasta la conclusión del concurso, atribuyéndose las mismas a la administración concursal.

En el Derecho uruguayo, si se declara el concurso de una persona jurídica, las normas legales o contractuales que regulan la estructura y funcionamiento de los órganos de administración y representación de la concursada que no refieran a las restricciones relativas a la legitimación para disponer y obligar a la masa del concurso, seguirían rigiendo para los mencionados órganos, sin restricciones.

Empero, en el marco del concurso, podrían emerger ciertas dificultades en cuanto al funcionamiento de los órganos de la persona jurídica, tanto en lo relativo a la formación de la voluntad orgánica, como en lo que respecta a la adopción de decisiones con eficacia para modificar la estructura, composición y funcionamiento de los órganos de administración y representación.

Carece de sentido, la exigencia legal de convocatoria al órgano deliberativo para nombrar administradores, en caso de aprobación de una propuesta de convenio, ya que al alcanzar firmeza la resolución judicial de aprobación del convenio, cesa automáticamente la suspensión o la limitación de la legitimación del deudor para disponer y obligar a la masa del concurso y recupera la totalidad de sus funciones el órgano de administración de la persona jurídica. El desacierto aparece de transpolar disposiciones relativas al Anteproyecto de Ley concursal de 1995, que retiraba en bloque las funciones del órgano de administración, a un texto normativo que consagra un régimen diverso.

**Séptima: El efecto que el concurso tenga sobre el ejercicio de las facultades delegadas fija el alcance de los poderes otorgados por la persona jurídica deudora.**

En lo relativo a los efectos del concurso sobre los poderes otorgados por la persona jurídica deudora, habrá de estarse en todo, al efecto que el concurso tenga sobre el ejercicio de las facultades delegadas. Ni al apoderado, ni al órgano de administración poderdante, les será posible efectuar actos en contravención del régimen de intervención o suspensión impuesto por el juez del concurso. De hacerlo, se aplicará el régimen general de impugnabilidad que la Ley legitima de forma exclusiva a instar a la administración concursal.

Tras la declaración de concurso subsisten los poderes, así como la legitimación del órgano de administración de la deudora para revocarlos. Esta facultad se mantiene, aun estando la persona jurídica intervenida en el ejercicio de sus facultades de administración y disposición.

En el régimen jurídico uruguayo, la declaración de concurso de la persona jurídica no supone la suspensión ni la restricción de las facultades de los apoderados en la hipótesis de limitación de la legitimación para disponer, aunque se exige autorización del interventor para otorgar nuevos poderes, o para modificar o revocar los vigentes.

La extinción de los poderes como consecuencia de la declaración judicial de liquidación de la masa activa del concurso, resulta incompatible con la facultad del deudor concursado de oponerse al informe de calificación del concurso presentado por el síndico, o incluso, de impugnar la sentencia de calificación. En caso de aceptarse la extinción de poderes abierta la etapa de liquidación, ello provocaría una hipótesis de indefensión en la persona jurídica concursada.

**Octava: El factor de atribución de responsabilidad para los administradores concursales y para los miembros de órganos de la persona jurídica concursada es siempre subjetivo (culpa o dolo), personal e individual, excepto que la Ley disponga otra cosa, requiriéndose además el daño.**

El deudor persona jurídica, a través de su órgano de administración, se encuentra legitimado tanto para instar la aplicación del régimen de tramitación abreviada, como para solicitar la transformación del trámite del concurso. También tiene legitimación para instar la impugnación, tanto de la lista de bienes y derechos a integrar en la masa activa, como de la nómina de acreedores, elaboradas por la administración concursal, así como para decidir sobre la propuesta de convenio o la propuesta anticipada de convenio. Adicionalmente, la Ley concursal atribuye al deudor la facultad -deber de solicitar al juez del concurso la liquidación de la masa activa, en cualquier momento.

Ni la infracción de un precepto legal, ni el actuar negligente o desleal, generan, en sí mismos la responsabilidad del administrador concursal. Es necesario, que se verifique la causación de un daño efectivo a la masa del concurso, así como el nexo causal entre la acción u omisión que constituye el actuar antijurídico o culpable. Tampoco responderá el administrador concursal por los daños y perjuicios que su actuar genere en la masa o en el patrimonio de los legitimados a instar acción individual de responsabilidad, cuando sus actos cuenten con la previa autorización del juez del concurso. Ello resultará por faltar, normalmente, en ese caso, el requisito de la culpa o el dolo. De esta manera, la responsabilidad por los actos y omisiones lesivos, sólo cabe le sea imputada al administrador concursal o auxiliar responsable por el comportamiento antijurídico, negligente o desleal.

El principio general es la atribución personal e individual de la responsabilidad, al sujeto que con su actuar culpable o doloso provoca un daño, excepto que la ley disponga lo contrario (v.gr.: la

responsabilidad solidaria de los administradores concursales por los daños y perjuicios causados por actos y omisiones lesivos realizados por los auxiliares delegados).

La “justa causa” de separación es un concepto indeterminado cuya concurrencia habrá de justificar el Auto de separación. La apreciación de la “justicia” de la causa de separación alegada, debe ponderar todos los intereses afectados por la medida. Su indeterminación, no alcanza a permitir la separación arbitraria. La Ley introduce dos presunciones de la existencia de justa causa: verificación de un incumplimiento grave de las funciones de administrador, y la resolución de impugnaciones a la lista de acreedores o al inventario, incluidos en el informe de la administración concursal, a favor de los demandantes por encima de determinados porcentajes respecto del valor total de la masa activa o pasiva.

La consecuencia de concurrir causa de recusación o de separación es idéntica: el cese del administrador concursal.

Por su parte, el deber de colaboración está dirigido a la mejor protección del interés del concurso e implica la exigencia de un actuar activo por parte del órgano de administración, sus integrantes y ex-integrantes, así como las personas y órganos en que el órgano ejecutivo delegó el ejercicio de facultades o las que aquel otorgó poderes. Cesa el deber de colaboración tras la resolución judicial que pone fin al procedimiento.

La Ley concursal uruguaya exceptúa del régimen de suspensión o limitación de la legitimación del deudor para disponer, la presentación de propuestas de convenio y la impugnación o interposición de recursos contra la actuación del síndico o del interventor y contra las resoluciones que emita el juez del concurso.

A diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos, la propuesta de convenio puede acompañarse de un plan de

continuación, o de un plan de liquidación. En este último supuesto, hubiese sido más coherente, en nuestra opinión, decretar la liquidación, habilitando así al síndico y no al propio deudor a cumplir con las importantes funciones que le corresponden a la administración concursal en esa fase del procedimiento. Lo llamativo es que no es considerada causal de liquidación de la masa activa, la aprobación de la propuesta de convenio que contiene un plan de liquidación.

La LCRE confiere al deudor concursado, aún en la fase de liquidación, algunos derechos de suma importancia, como ser: la posibilidad de oponerse a la decisión del síndico de resolver contratos del cual deriven obligaciones pendientes de ejecución, así como al decreto judicial que fije los daños y perjuicios ocasionados por la resolución del negocio jurídico; la facultad de oponerse a la calificación, o incluso, de impugnar la sentencia de calificación de concurso.

El cese y desplazamiento de los miembros del órgano de administración de la persona jurídica concursada, dispuesto en la resolución que ordena la liquidación, es incompatible con el ejercicio de los derechos mencionados. Es razonable abonar una solución de primacía de las disposiciones normativas que amparan el ejercicio de derechos fundamentales por parte de la persona jurídica concursada, como el derecho de defensa (de raigambre constitucional), en desmedro de las previsiones legales concursales restrictivas de la referida potestad.

En el Derecho uruguayo, para que se configure la responsabilidad del síndico o del interventor, así como de sus auxiliares, es necesario que su actuación u omisión ocasionen un daño efectivo a la masa del concurso, no siendo bastante la conducta negligente o la infracción a una disposición normativa sin más. No serán responsables el síndico, el interventor, ni sus respectivos auxiliares cuando sus actos cuenten con la autorización previa del juez del concurso.

A diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos, en Uruguay no se prevé la responsabilidad solidaria del síndico ni del interventor, por los daños y perjuicios ocasionados por la acción u omisión de sus auxiliares durante la tramitación del procedimiento concursal y sus incidencias. Cada sujeto debe responder personalmente por su conducta activa o remisa. La responsabilidad solidaria es un instituto de excepción, ya que no se presume y debe estar prevista a texto expreso.

El deudor, así como los administradores y liquidadores de la persona jurídica y los que lo hubieran sido en los dos años anteriores a la declaración de concurso, están alcanzados por el deber de colaboración e información. La falta de colaboración puede tener consecuencias tanto penales como civiles.

Para que el incumplimiento del deber de colaboración importe la calificación de un concurso como culpable, se debe acreditar la falta de cooperación del deudor (y en caso de ser persona jurídica, la de sus administradores, de hecho o de derecho), la producción o agravación de la insolvencia y el nexo causal o relación de causalidad existente entre la falta de colaboración (presunción relativa de culpabilidad) y la agravación de la insolvencia.

En Uruguay no existe previsión legal que imponga al deudor concursado solicitar la apertura de la liquidación cuando, una vez aprobada la propuesta de convenio y durante la vigencia del mismo, tenga conocimiento de la imposibilidad de dar cumplimiento a los pagos a los que se ha obligado. Empero, y más allá de la aceptación por algún juez, la no desaparición del estado de insolvencia durante el concurso, impide que, hasta la conclusión del mismo, el deudor concursado promueva la declaración de un nuevo concurso. En nuestra opinión, el deber de pedir su propio concurso (*concurso en el concurso*), no se aplica cuando estando el deudor concursado, no le sea posible honrar obligaciones derivadas de créditos contra la masa o de un convenio aprobado.

**Novena: Régimen jurídico, respecto al concursado persona jurídica, tanto en caso de intervención como de suspensión.**

En el lapso durante el cual, la actividad desarrollada por el deudor concursado ya se encuentra sujeta a las limitaciones legales derivadas del auto de declaración del concurso, pero sin una administración concursal que autorice o dé su conformidad, según corresponda, la Ley concursal intenta prevenir eventuales perjuicios que pueda sufrir la masa, autorizando al deudor a realizar durante ese período, actos de su giro o tráfico, imprescindibles para la continuación de su actividad que se ajusten a las condiciones normales del mercado. Todo, sin perjuicio de la imposición por parte del juez del concurso de medidas cautelares tendientes a asegurar la integridad del patrimonio del deudor concursado, hasta tanto la administración concursal no acepte el cargo.

En el supuesto de intervención, el deudor dispone de iniciativa para requerir judicialmente la resolución de determinados vínculos contractuales, sin requerir la autorización previa o conformidad posterior de la administración concursal.

Las medidas colectivas que puedan adoptarse en el marco del procedimiento concursal con relación a los contratos de trabajo, no pueden ser aplicadas de oficio por el juez del concurso, sino a instancia de los sujetos legitimados: la administración concursal, el deudor concursado, o los trabajadores del deudor concursado a través de sus representantes.

El deber de formulación de cuentas permanece inalterado durante todo el trámite del procedimiento concursal, subsistiendo en todas sus fases.

La administración concursal, en el ejercicio de las facultades de administración y disposición, deberá conservar la masa activa del modo más conveniente para los intereses del concurso teniendo a su cargo la adopción de las medidas necesarias tendientes a la

continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor. Sin perjuicio de ello, el órgano de administración de la persona jurídica podrá continuar realizando aquellas actividades relativas a su giro o tráfico que no impliquen afectación del ejercicio de sus facultades patrimoniales.

En el supuesto de suspensión, la administración concursal, por sí, o instada por el órgano de administración de la concursada, podría requerir al juez, en interés del concurso, la resolución de determinados vínculos contractuales con obligaciones pendientes de ejecución en los que el deudor sea parte.

En Uruguay, la LCRE no contiene previsión alguna con relación al período comprendido entre la declaración de concurso y la aceptación del cargo por parte del síndico o del interventor, circunstancia que podría ocasionar daños irreparables a la masa concursal. Entendemos que en escenario de intervención, los actos relativos a las operaciones ordinarias del giro del deudor, podrán ser celebrados por éste y una vez que el interventor acepte el cargo, asumirá el control de dichos actos.

La administración de la masa activa del modo más conveniente para la satisfacción de los acreedores, está atribuida al síndico o al deudor, con autorización del interventor. Para enajenar o establecer gravámenes sobre bienes, si se supera el 5% del valor total de la masa activa, se necesitará recabar la previa autorización del juez.

La Ley uruguaya faculta al síndico (tanto en fase de convenio como en la de liquidación, y en este supuesto, con el único límite temporal de la conclusión del concurso), o al deudor con autorización del interventor (en fase de convenio), a rescindir o resolver contratos con obligaciones pendientes de ejecución, sin requerir solicitud al juez del concurso ni autorización de éste. Para la resolución en fase de convenio, se otorga un plazo de sesenta días desde la fecha de declaración de concurso. La rescisión también se puede realizar convencionalmente. El juez del concurso fijará el monto de la



indemnización de daños y perjuicios que ocasione la resolución, crédito que tendrá la consideración de concursal, (excepción a la regla que determina que los créditos nacidos después de la declaración de concurso tendrán la consideración de créditos contra la masa). El contratante *in bonis* puede exigir al síndico o al deudor y al interventor, emitir pronunciamiento respecto a la voluntad o no de resolver determinado contrato del cual deriven obligaciones del deudor pendientes de ejecución.

La LCRE dispone una modificación al régimen general en materia de limitación de la legitimación del deudor para disponer, pues el ejercicio de la facultad de reclamar aportes comprometidos y prestaciones accesorias pendientes de cumplimiento, está conferido únicamente al interventor, y no al órgano de administración. En escenario de suspensión, la facultad referida es ejercida por el síndico.

**Décima: Actuación orgánica: El ejercicio de los derechos políticos de la concursada es de competencia orgánica. La previsión en el ordenamiento jurídico español, a diferencia del uruguayo, respecto a la convocatoria a Junta o Asamblea a la administración concursal.**

En lo que respecta a las eventuales interferencias del régimen concursal en el ejercicio de las competencias de administración “orgánicas” de la persona jurídica, cabe consignar que el órgano deliberativo podrá ser convocado, sesionar y adoptar decisiones válidas durante todo el trámite del concurso. Por reconocerlo así, es que la Ley dispone el derecho de asistencia y voz de la administración concursal en las Juntas generales. A tal efecto, la administración concursal deberá ser convocada en la misma forma y con la misma antelación que los demás legitimados a participar.

La Ley concursal señala igualmente, entre las funciones de la administración concursal, las de asistir a los órganos colegiados de la persona jurídica concursada y convocar a la junta o asamblea de socios para el nombramiento de quienes hayan de cubrir las vacantes

de los inhabilitados. En nuestra opinión, la convocatoria al órgano de deliberación por parte de la administración concursal, no corresponde en supuestos de incapacidad, ausencia o muerte de algunos o todos los integrantes del órgano.

Creemos que, cuando la obligación de convocatoria y celebración tiene su origen en un mandato de la Ley, como por ejemplo ocurre respecto de la aprobación de cuentas del deudor, la administración concursal tendrá el deber de autorizar los gastos necesarios para que el órgano deliberativo de la persona jurídica concursada sea convocado y sesione.

El ejercicio de los derechos políticos de la concursada, y con él, la representación de la deudora en el procedimiento y sus incidentes, la competencia para la convocatoria de junta o asamblea, la custodia y llevanza de libros y actas de la entidad y, en general, el resto de facultades carentes de naturaleza patrimonial, es competencia de su órgano de administración hasta tanto el juez del concurso no resuelva autorizar a la administración concursal a que asuma tal facultad.

En el ordenamiento jurídico uruguayo, fuera de las prescripciones en lo relativo a las limitaciones en el funcionamiento del órgano de administración de la persona jurídica, aquél conservará las atribuciones que no han sido expresa y específicamente restringidas por efecto de la declaración judicial de concurso.

En consecuencia, en caso de suspensión de la legitimación para disponer y obligar a la masa del concurso, queda suspendida la obligación legal o estatutaria de convocar a reuniones o asambleas de socios o accionistas. Empero, el órgano de deliberación puede ser convocado por el órgano de administración y en tal caso, cualquier resolución que se adopte, requerirá para su validez, ratificación por parte de la sindicatura. Por su parte, en el supuesto de limitación de la legitimación para disponer, también el órgano de administración podrá convocar a reunión de socios o accionistas, mediando autorización del interventor.

Al presentar el deudor una propuesta de convenio, se exige acompañar la resolución social aprobando la presentación de la propuesta. En nuestra opinión, “*resolución social*” no corresponde únicamente a una decisión adoptada a través del órgano de deliberación, sino a una decisión de la propia persona jurídica, mediante la actuación del órgano pertinente, según sus competencias y funciones. Por consiguiente, la resolución social aprobando la presentación de la propuesta, debería provenir del órgano de administración

La Ley de concursos uruguaya no exige, tampoco regula, ni siquiera prevé la asistencia del síndico o del administrador concursal a la sesión del órgano de deliberación de la persona jurídica concursada. Solo requiere, por parte del síndico la ratificación de las resoluciones adoptadas, y por parte del interventor, la autorización para convocarla.

**Undécima: La experiencia española de los acuerdos extrajudiciales de pago y de los acuerdos pre concursales de refinanciación. El defectuoso e inconsistente régimen de los acuerdos privados de refinanciación en Uruguay.**

Acompañando la tendencia europea desplegada en este siglo, el legislador español en los últimos años incorpora una serie de instrumentos paliatorios de las crisis empresariales, como ser los acuerdos extrajudiciales de pago y los acuerdos de refinanciación y restructuración.

El acuerdo extrajudicial de pago se incorpora a la Ley concursal como parte del conjunto de medidas con las que la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Intenta enfrentar los estragos de la crisis económica en el tejido empresarial y productivo español. Se consideró adecuado arbitrar cauces más flexibles que los hasta entonces disponibles en la Ley concursal, a través de los que el deudor y los diferentes agentes e intereses afectados por su insolvencia, pudieran

alcanzar un acuerdo. Así, la reforma de 2013 incorpora un nuevo Título X dedicado al acuerdo extrajudicial de pagos, que es objeto de una considerable revisión por la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.

Se incorpora al acuerdo extrajudicial de pago la figura del mediador concursal, quien debe revisar los datos y documentación suministrada por el deudor y elaborar una propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos que sirva de base a las negociaciones entre el deudor y sus acreedores.

La Ley introduce un régimen especial dirigido a incentivar la consecución de determinados acuerdos pre concursales de refinanciación, celebrados entre el deudor y sus acreedores. La protección adicional que la Ley ofrece a los acreedores que se avengan a suscribir estos acuerdos se basa en la inaplicabilidad a los mismos de las normas relativas a la rescisión de acuerdos perjudiciales para la masa activa. Asimismo, no pueden ser objeto de acciones de rescisión los acuerdos de refinanciación homologados judicialmente.

La situación en Uruguay, respecto a acuerdos pre concursales, de naturaleza privada, es fácticamente inexistente y jurídicamente defectuosa. Pese a contar con antecedentes en la materia (concordato privado desde el año 1926), la solución definitivamente consagrada en la LCRE respecto de acuerdos extrajudiciales adolece de múltiples defectos e inconsistencias. De acuerdo a la forma que está regulado por la LCRE en sus diferentes modalidades, el acuerdo privado de reorganización, no es realizable, ya que el presupuesto o requisito de admisibilidad, es de imposible concreción.

Algunas de las inconsistencias de la Ley son: no se exige que el deudor que promueva un acuerdo privado de reorganización, se encuentre en estado de insolvencia; el requisito de mayorías superiores a las previstas en sede de convenio, no facilita la presentación del deudor de propuestas de acuerdos privados de

reorganización; no es de aplicación moratoria alguna; no se prevé la exigencia de verificación o control de la existencia, cuantía, naturaleza y calidad de los créditos.

La Ley concursal uruguaya exige como requisito o presupuesto de admisibilidad para el acuerdo privado de reorganización a una mayoría de créditos de naturaleza quirografaria sin derecho a voto. Y ese requerimiento, constituye un supuesto de imposible concreción, en la medida que esa clase de crédito existe solo en el marco de un concurso y luego de aprobada la lista de acreedores, mientras que el acuerdo privado de reorganización intenta prevenir el concurso, o sea, se concreta solo si no existe concurso.

Por tanto, más allá del esfuerzo hermenéutico necesario para tratar de otorgar una interpretación que otorgue viabilidad a la norma, en la forma que está instrumentada por la Ley concursal uruguaya, no es posible considerar al instituto del acuerdo privado de reorganización, porque el requisito de admisibilidad (mayoría de acreedores quirografarios con derecho a voto) no existe fuera del marco de un concurso.



## BIBLIOGRAFÍA CITADA

AGUILAR RUBIO, M., “La Hacienda Pública en la génesis del procedimiento concursal”, en Crédito tributario y concurso de acreedores, La Ley, Madrid, 2009, Referencia LA LEY 9127/2010.

ALFARO, J. y PUCEIRO, D., “Los órganos societarios y los límites a las medidas cautelares pre-concursales”, en *Hacia un nuevo Derecho comercial, Semana Académica del Instituto de Derecho Comercial*, 1ª ed., F.C.U., Montevideo, 2012.

AZNAR GINER, E., “El presupuesto objetivo. Hechos externos acreditativos de la insolvencia (IV)”, en *El procedimiento de declaración del concurso necesario del deudor. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 85-144, Referencia <http://www.tirantonline.com>. TOL1.869.059, consultada el 24/03/2015.

BACCHI, A., Síndicos e interventores en la Ley N° 18.387, F.C.U., 1ª. Ed., Montevideo., 2009.

BADO, V. y LÓPEZ, C., “Presupuestos del Concurso”, en LÓPEZ, C., (Director), BADO, V., y ROMANG, C., (Coautoras), *Ley de declaración judicial del concurso y reorganización empresarial, Análisis exegetico*, Tomo I, La Ley Uruguay, Montevideo, 2012.

BADO, V., y LÓPEZ, C., “Reintegración de la masa activa”, en LÓPEZ, C. (Dir.), BADO, V., y ROMANG, C. (Coautoras), *Ley de Declaración Judicial del Concurso y Reorganización Empresarial. Análisis Exegetico*, Tomo I, La Ley, Uruguay, Montevideo, 2012.

BADO, V., LÓPEZ, C. y ROMANG, C., “Efectos sobre el deudor”, en LÓPEZ, C. (Dir.), BADO, V., y ROMANG, C. (Coautoras), *Ley de Declaración Judicial del Concurso y Reorganización Empresarial. Análisis Exegetico*, Tomo I, La Ley, Uruguay, Montevideo, 2012.

BATALLER GRAU, J., "La reforma concursal: primeras reflexiones sobre el real decreto-ley 3/2009", en LÓPEZ GANDÍA, J. Y BLASCO PELLICER, A. (Coord.), *Crisis de Empresa y Derecho del Trabajo. IV Jornadas universitarias valencianas de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 53 a 66. Consultado en <http://tirant.com>, el 30 de julio de 2015.

BELLIDO, R. "Acumulación de concursos y grupos de sociedades" en *Revista General del Derecho Procesal*, versión electrónica, en [www.iustel.com](http://www.iustel.com) consultada el 24/02/2015, septiembre 2014, nº 34.

BELLIDO, R., "Acumulación de concursos" (art. 25), en ROJO Á., BELTRÁN SÁNCHEZ, E., (Dir.), *Comentario de la Ley concursal*, Tomo I, 1ª edición, 2ª reimpresión, Editorial Civitas, Madrid, 2004.

BELTRÁN SÁNCHEZ, E., "Cuentas anuales del deudor (Art. 46)", en ROJO, Á., y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *Comentario de la Ley concursal*. Tomo I, 1ª edición, 2ª reimpresión, Editorial Civitas, Madrid, 2004.

BELTRÁN SÁNCHEZ, E., "Efectos sobre el deudor persona jurídica (art.48)", en ROJO, Á. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., (Dir.), *Comentario de la Ley concursal*, Tomo I, 1ª edición, 2ª reimpresión, Editorial Civitas, Madrid, 2004.

BELTRÁN SÁNCHEZ E., "Apertura de la Liquidación a solicitud del deudor o de acreedor (Art. 142)" en ROJO, A., y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *Comentario de la Ley concursal*, Tomo II, 1ª edición, 2ª reimpresión, Editorial Civitas, Madrid, 2004.

BELTRÁN SÁNCHEZ, E., "Reforma de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (Disposición Final vigésima primera)", en ROJO Á. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., (Dir.), *Comentario de la Ley concursal*, Tomo II, 1ª edición, 2ª reimpresión, Editorial Civitas, Madrid, 2004.

BELTRÁN SÁNCHEZ, E., y MARTÍNEZ FLÓREZ, A., "Efectos de la conclusión del concurso (artículo 178)", en ROJO, Á.,



y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *Comentario de la Ley concursal*, Tomo II, 1ª edición, 2ª reimpresión, Editorial Civitas, Madrid, 2004.

BELTRÁN SÁNCHEZ E., Y MARTÍNEZ FLOREZ A., “Efectos sobre el concursado (art. 145)”, en ROJO A., y BELTRÁN, E., *Comentario de la Ley concursal*, Tomo II, 1ª edición, 2ª reimpresión, Editorial Civitas, Madrid, 2004.

BELTRÁN SÁNCHEZ, E., y MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “Efectos de la conclusión del concurso (artículo 178)”, en ROJO, Á., y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *Comentario de la Ley concursal*, Tomo II, 1ª edición, 2ª reimpresión, Editorial Civitas, Madrid, 2004.

BELTRÁN SÁNCHEZ, E. y MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “Reforma del Código de Comercio (Disposición Final 2ª)”, en ROJO, Á., y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *Comentario de la Ley concursal*, Tomo II, 1ª edición, 2ª reimpresión, Editorial Civitas, Madrid, 2004.

BLASCO GASCÓ F. de P., "Declaración en concurso y contratos. Resolución sin incumplimiento e incumplimiento sin resolución", Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 37 a 84. Versión electrónica consultada en <http://tirant.com>, el 15 de julio de 2015

BLASCO GASCÓ, F. de P., “La impugnación de acuerdos por defectos formales”, en *Estudio de derecho judicial*, N.º 107 (Ejemplar dedicado a la impugnación de acuerdos sociales y del Consejo de Administración. Actuación en nombre de otro), Madrid. 2006.

BUGALLO, B., “Sociedades de responsabilidad limitada en el Derecho uruguayo”, FCU, 2ª. edición, Montevideo, 2007.

CALDERÓN CUADRADO, M. P., “Perspectiva procesal del concurso necesario (Tres cuestiones en torno a su tramitación)”, en *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, N.º 11, 2004, pp. 35-52. Referencia <http://www.tirantonline.com> TOL446.294, consultada el 24/03/2015.

CARLÓN RUIZ, M., “La falta de capacidad concursal de las administraciones públicas (art. 1)”, en ROJO Á., BELTRÁN E. M.

(Dir.), *Comentario de la Ley concursal*, vol. 1, 1ª edición, Editorial Civitas, Madrid, 2004.

CHALAR, L., “La obligación del administrador de solicitar el concurso de la entidad en la Ley 18.387”, en *Evaluación de la ley de sociedades comerciales a los 20 años de su promulgación*, Semana Académica del Instituto de Derecho Comercial, 1ª ed., F.C.U., Montevideo, 2009.

CHALAR, L. y GRAZIOLI, L., “Concurso en el concurso. Nueva insolvencia del deudor con convenio vigente”, en *Panorama de Derecho concursal - Estudios sobre la Ley N° 18.387*, Olivera, R., (Dir.), F.C.U., 1ª Ed., Mdeo., 2015.

COHEN, M., “Cargos gerenciales. ¿Qué tanto les impacta la declaración de concurso de la sociedad en la que se desempeñan?”, en *Sociedades y concursos en un mundo de cambios*, Semana Académica del Instituto de Derecho Comercial, 1ª edición, F.C.U., Montevideo, 2010.

CONDES FUENTES, J., “Los sujetos en el procedimiento concursal”, Tesis doctoral, Universidad de Almería, Almería, 2014.

CREIMER, I., *Concursos. Ley N° 18.387 de 23 de octubre de 2008*, Montevideo, 2009.

CREIMER, I. y GERMÁN, D., “Inoponibilidad de la personalidad jurídica en caso de concurso o quiebra”, en *III Congreso Argentino de Derecho Concursal y I Congreso Iberoamericano sobre la insolvencia*, Mar del Plata, 1997.

CUÑAT EDO, V., “Reseña de jurisprudencia mercantil del Tribunal Supremo (julio-diciembre 2001)”, UCE, Jesús Olavarría Iglesias, en *Revista de Derecho mercantil*, N.º 244, Madrid, 2002.

DASSO, A., “Derecho concursal comparado!, Tomo II, Ed. Legis, Buenos Aires, 2009.

DELPIAZZO, C. E., Derecho Administrativo Especial, A.M.F., Vol. 1, 2ª edición., Montevideo, marzo 2009.

DELPIAZZO, C. E., Estudios sobre Responsabilidad de la Administración, Ed. UM, Montevideo, 2009.

DÍAZ ECHEGARAY, J. L., “El acuerdo extrajudicial de pagos”, 1ª edición, Cívitas, Cizur Menor, 2014.

DOMÍNGUEZ CABRERA, M. del P., “La cooperativa de consumidores y usuarios en concurso”, en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, N.º 54, 2010, 260, fecha de consulta 16 diciembre 2014, en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3621415>.

DUPUY LÓPEZ, A., “Las obligaciones tributarias ante el concurso de acreedores”, en *Revista Impuestos*, vol. I, N.º 5, 2010, La Ley, p. 8.

ESPINÓS BORRÁS DE CUADRAS. “Artículo 48”, en SAGRERA, J. M<sup>a</sup>, SALA, A. y FERRER, A., (coords.), *Comentarios a la Ley concursal*, 1ª ed., Barcelona, 2004.

FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, Á., “Algunas cuestiones sobre la apertura del concurso”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, N.º 18; 2003, disponible en [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es).

FERNÁNDEZ SEIJO, J. M<sup>a</sup>, “El procedimiento abreviado tras la reforma de la Ley concursal (Ley 38/2011, de 10 de octubre), en MARÍN MOLINA, P. B., y del CARRE DÍAZ-GALVEZ, J. M.<sup>a</sup>, *Una revisión de la Ley concursal y su jurisprudencia. Dada por especialistas*. Dykinson, Madrid, 2013.

FRAU I GAIÀ, S., “La cláusula general, los sujetos pasivos de la declaración de culpabilidad y las presunciones”, en *La calificación*

en el concurso de acreedores. Una visión crítica, TOL4.368.9, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, en [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com).

FUENTES DEVESA, R., “Cuestiones procesales de la resolución de los contratos en el concurso”, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, N.º 10, 2009.

GARCÍA ÁLVAREZ, B., “La retribución de los miembros del consejo rector o de los administradores en las sociedades cooperativas”, *REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos*, vol. 119, 2015, fecha de consulta, 1/6/2015 en <http://revistas.ucm.es/index.php/REVE/article/view/49065/45763>.

GALLEGO SÁNCHEZ. E. "Calificación del concurso", en HERNÁNDEZ MARTÍ, J. (Coord.), *Concurso e insolvencia punible*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 487 a 509. Versión electrónica consultada en <http://tirant.com>, el 15 de julio de 2015.

GALLEGO SÁNCHEZ. E. y ALTÉS TÁRREGA, J., "Efectos de la declaración del concurso: efectos sobre el concursado", en HERNÁNDEZ MARTÍ, J. (Coord.), *Concurso e insolvencia punible*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 179-207. Versión electrónica consultada en <http://tirant.com>, el 15 de julio de 2015.

GARCÍA-CRUCES, J. A., “Concurso culpable (art. 164)”, en ROJO Á. y BELTRÁN SÁNCHEZ E., (Dir.) *Comentario de la Ley concursal*, Tomo II, 1ª edición, 2ª reimpresión, Editorial Civitas, Madrid, 2004.

GARCÍA-CRUCES, J. A., “Presunciones de dolo o culpa grave (art. 165)”, en ROJO Á., Y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *Comentario de la Ley concursal*, Tomo II, 1ª edición, 2ª reimpresión, Editorial Civitas, Madrid, 2004.

GARCÍA-CRUCES, J. A., “Sustitución de los inhabilitados (art.173)”, en ROJO, Á., y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *Comentario de la Ley concursal*, Tomo II, 1ª edición, 2ª reimpresión, Editorial Civitas, Madrid, 2004.

GARCÍA-CRUCES, J. A., “Declaración de concurso y administradores de la persona jurídica concursada”, en AAVV, *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, vol. I, Murcia, 2004.

GARCÍA-CRUCES, J. A. y LÓPEZ SÁNCHEZ, J., en *La Reforma de la Ley concursal (Una primera lectura del Real Decreto Ley 3/2009)*, Aranzadi, Pamplona, 2009.

GARRIDO, J. M<sup>a</sup>, “Impugnación del inventario y de la lista de acreedores (Art. 96)”, en ROJO, Á., y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *Comentario de la Ley concursal*”, Tomo I, 1<sup>a</sup> edición, 2<sup>a</sup> reimpresión, Editorial Civitas, Madrid, 2004.

GERMÁN, D., “Impugnación y nulidad de resoluciones de asambleas por contrarias a la ley y al orden público. Análisis comparativo de las legislaciones española y uruguaya”, FCU, Montevideo, 2010.

GÓMEZ SOLER, E., “Concurso culpable: concepto general y supuestos de culpabilidad”, en DÍAZ MARTÍNEZ, M., (Coord.) y GÓMEZ SOLER, E., *La calificación del concurso de acreedores*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, en [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com), Referencia TOL1.493.823.

GONZÁLEZ NAVARRO, B., “Los presupuestos del Concurso”, en *Diario La Ley*, No 6250, Sección Doctrina, 11 de Mayo 2005, p. 13.

GRAZIOLI, L., “Deber de cooperación e información de directores y administradores cuando el concurso provoca su sustitución”, en *Panorama de Derecho concursal - Estudios sobre la Ley N° 18.387*, Olivera, R. (Dir.), F.C.U., 1<sup>a</sup> Ed., Mdeo., 2015.

GRAZIOLI, L., “Deber de cooperación e información de directores y administradores cuando el concurso provoca su

sustitución”, en *Sociedades y concursos en un mundo de cambios*, Semana Académica del Instituto de Derecho Comercial, 1ª ed., F.C.U., Montevideo, 2010.

HERNANDO CEBRIÁ, L. H., “Reflexiones en torno al concurso de la fundación-empresa mercantil” en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, N.º 13, Editorial la Ley 2010. Versión electrónica en el portal de revistas de [www.laley.es](http://www.laley.es).

HERNANDO CEBRIÁ, L. “Reflexiones en torno al concurso de la fundación-empresa mercantil”, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Sección Varia, Segundo semestre de 2010, N.º 13, La Ley, 2010.

HERRERA CUEVAS, E., “Algunas cuestiones del estatuto de la administración concursal”, *Diario La Ley*, N° 6437, Sección Doctrina, marzo de 2006, [www.laleydigital.laley.es](http://www.laleydigital.laley.es), LA LEY 224/2006.

HEUER, F. y RODRÍGUEZ MASCARDI, T., “Las Pericias en Materia Concursal”, Ediciones Idea, 1ª edición, Montevideo, 2012.

HIGUERA GARRIDO, A., “Altos directivos y administradores: estado de la cuestión” en *Actualidad Jurídica Uria Menéndez*, N.º 24, Dykinson, Madrid, 2009.

HOLZ, E., “Obligaciones de los administradores de sociedades en vías de insolvencia”, en *25 años de la Ley de sociedades comerciales. Necesidad de su reforma. Homenaje al Profesor Dr. Siegbert Rippe*, FAFCEA, Primera edición, Montevideo, 2014.

HOLZ, E. y RIPPE, S., *Reorganización Empresarial y Concursos*, Ley 18.387, F.C.U., 1ª edición, Montevideo, 2009.

JUAN y MATEU, F., “Ejercicio del cargo (Artículo 35)”, en ROJO A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *Comentario de la Ley concursal*, Tomo I, Editorial Civitas, 1ª edición, 2ª reimpresión, Madrid, 2004.

JUAN y MATEU, F., “Responsabilidad (Artículo 36)”, en ROJO A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *Comentario de la Ley concursal*, Tomo I, Editorial Civitas, 1ª edición, 2ª reimpresión, Madrid, 2004.

JUAN y MATEU, F., “Rendición de cuentas (Art. 181)”, en ROJO A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *Comentario de la Ley concursal*, Tomo II, Editorial Civitas, 1ª edición, 2ª reimpresión, Madrid, 2004.

LA CASA GARCÍA, R., “Apuntes sobre el concurso de las fundaciones”, en *V Congreso de la Asociación Sainz de Andino de Profesores de Derecho Mercantil*, Jaén, 17 de junio de 2005.

LA CASA GARCÍA, R., “Apuntes sobre el concurso de las fundaciones”, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, N.º 5, La Ley, 2006.

LEÓN SANZ, F. J., “La previsión en los Estatutos de la Retribución de los Administradores de las Sociedades Anónimas. El Estado de la cuestión en la Doctrina Española”, en MASSAGUER FUENTES, J. SOLER, L. A., DÍAZ MORENO, A., ARRIBAS HERNANDEZ, A., RAMÓN SALELLES, J., GUERRERO, M<sup>A</sup> J., y otros (eds.), en *I Foro de encuentro de jueces y profesores de derecho mercantil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, Documento TOL1.783.114, en <http://www.tirantonline.com>.

LÓPEZ, C., “Efectos sobre los contratos”, en LÓPEZ, C. (Dir.), BADO, V., y ROMANG, C., *Ley de Declaración Judicial del Concurso y Reorganización Empresarial. Análisis Exegético*, Tomo I, La Ley Uruguay, Montevideo, 2012.

LÓPEZ, C., BADO, V. y ROMANG, C., “Efectos sobre el deudor”, en LÓPEZ, C. (Dir.), BADO, V. y ROMANG, C. (Coautoras), *Ley de Declaración Judicial del Concurso y Reorganización Empresarial. Análisis Exegético*, Tomo I, La Ley, Uruguay, Montevideo, 2012.

MAGRO SERVET, V., “Ley concursal. La competencia y responsabilidad de la Administración Concursal en la Ley 22/2003”, Diario La Ley, N.º 6177, 2004.

MARIÑO PRADO, F., “C.1.2. Actuación del deudor. Efectos del concurso sobre los poderes”, publicado en <http://www.iurisprudente.com/2014/07/disposicion-de-bienes-del-concursado.html>.

MARTÍN A., SACRISTÁN BERGIA F. y MUÑOZ GARCÍA, A. “La relación entre el concurso y la situación de pérdidas patrimoniales graves como causa disolutoria en la sociedad anónima”, en *Diario La Ley*, N.º 6610, Sección Doctrina, 15 Dic. 2006, Año XXVII, Ref. D-272, Editorial LA LEY LA LEY 4327/2006.

MARTÍNEZ BLANCO, C., “Manual del nuevo Derecho concursal. De los orígenes de las crisis empresariales a la Ley N.º 18.387 de 23/10/2008”, FCU, 1ª edición, Montevideo, 2009.

MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “La junta general de la sociedad concursada”, 1ª edición, Cívitas, Cizur Menor, 2012.

MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “Conservación y administración de la masa activa (Art. 43)” en ROJO, Á. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (Dir.), *Comentario de la Ley concursal*, Tomo I, 1ª edición, 2ª reimpresión, Editorial Cívitas, Madrid, 2004.

MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “Continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial. (Art. 44)”, en ROJO, Á., y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *Comentario de la Ley concursal*. Tomo I, 1ª edición, 2ª reimpresión, Editorial Cívitas, Madrid, 2004.

MARTÍNEZ FLÓREZ, A., “Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas (Art. 61)”, en ROJO, Á., y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *Comentario de la Ley concursal*. Tomo I, 1ª edición, 2ª reimpresión, Editorial Cívitas, Madrid, 2004.

MERCADER, J., y ALAMEDA, Mª T., “Contratos de trabajo. Art. 64”, en ROJO, Á., y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *Comentario de la*



*Ley concursal*. Tomo I, 1ª edición, 2ª reimpresión, Editorial Cívitas, Madrid, 2004.

MEZZERA, R., “Curso de Derecho Comercial”, actualizado y ampliado por RIPPE, S., Tomo I, 7ª edición actualizada, FCU, 1997.

MEZZERA, R. y FERRO, J., “Curso de derecho comercial”, actualizado y ampliado por RIPPE, S., Tomo VI, Concordatos, 5ª edición actualizada, FCU, Montevideo, 2001.

MILLER, A., “Acuerdo privado de reorganización”, en *Tres Pilares del Moderno Derecho Comercial, Sociedades – Contratos – Concursos*, Semana Académica del Instituto de Derecho Comercial, 1ª edición, F.C.U., Montevideo, 2011.

MILLER, A., “La actuación del síndico como administrador”, en *Tribuna del Abogado*, N° 163, Montevideo., 2009.

MILLER, A., “Sociedades Anónimas. Directorio – Síndico”, 1ª. Edición, Amalio M. Fernández, Montevideo, 2005.

MIRABELL GUERIN, L., “Otra vez la responsabilidad concursal de los administradores: resurge en parte la polémica. Comentario a la STS 21 de mayo de 2012”, *Diario La Ley*, Sección Tribuna, N.º 7998, en [www.laleydigital.laley.es](http://www.laleydigital.laley.es), referencia 19433/2012.

MIRANDA DE LAS HERAS, Mª J., “El acuerdo judicial de pagos desde la perspectiva del registrador”, en MARTÍN MOLINA, P. B., del CARRE DÍAZ-LÓPEZ, J. M. y LOPO LÓPEZ, Mª A., *La Ley concursal y la Mediación Concursal: Un estudio conjunto realizado por especialistas*. 1ª ed., Dykinson, Madrid, 2014.

MORA BENAVENTE, M. J., “Concurso voluntario y concurso necesario”, en FERNÁNDEZ DE LA GRANDA. L., y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.M. (Coord.), *Comentarios a la Ley concursal*, 1º ed., Marcial Pons, Madrid, 2004.

MORENO SERRANO, E., “El órgano de administración de una sociedad de capital en concurso”, 1ª edición, La Ley, Las Rozas, 2014.

MORENO SERRANO, E., “Solicitud de concurso y refinanciación de deuda en sociedades de capital: órgano legitimado”, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, La Ley, N.º 18, 2013, <http://laleydigital.laley.es>.

MORENO SERRANO, E., Tesis doctoral “La posición jurídica del órgano de administración de las sociedades de capital en concurso”, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2012.

MORILLAS JARILLO, Mª. J., “Las sociedades cooperativas, estatales y autonómicas, frente a la Ley concursal”, en *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal: Libro Homenaje al Profesor Rafael García Villaverde*, vol. 3, 1, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2007, en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3178858>.

MORILLAS JARILLO, Mª. J., “Deber de solicitar la declaración de concurso (Art. 5)”, en ROJO Á., BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M. (Dir.), *Comentario de la Ley concursal*, vol. 1, 1ª edición, Madrid, 2004.

MORILLAS JARILLO, Mª. J., “Las sociedades cooperativas, estatales y autonómicas, frente a la Ley concursal”, en *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho Concursal: Libro Homenaje al Profesor Rafael García Villaverde*, vol. 3, 1, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2007.

MORILLAS JARILLO, Mª. J., *El concurso de las sociedades*, 1ª edición, Portal Derecho S.A. (IUSTEL), Madrid, 2004.

MORILLAS JARILLO, Mª J. “El concurso de las sociedades”. Iustel, Paracuellos del Jarama, 2004.

MUÑOZ DE BENAVIDES, C., “La responsabilidad de los administradores concursales”, en *Diario La Ley*, N.º 7522, Sección Tribuna, diciembre de 2010, en [www.laleydigital.laley.es](http://www.laleydigital.laley.es), LA LEY 13773/2010.

OLIVENCIA, M., “El presupuesto objetivo”, en Antonio Fernández Rodríguez, José Antonio Rodríguez, Rafael Sebastián (eds.) *La Ley concursal y su aplicación, Fundación de Estudios Financieros*, 2009, p. 91, fecha de consulta 15 enero 2015, en [http://fef.es/new/publicaciones/papeles-de-la-fundacion/item/download/452\\_556a05f4826c85b11b64d1a713fc1c01.html](http://fef.es/new/publicaciones/papeles-de-la-fundacion/item/download/452_556a05f4826c85b11b64d1a713fc1c01.html).

OLIVERA AMATO, J. M., “La retribución de los directores de sociedades anónimas en el marco de las prácticas del buen gobierno corporativo”, en *Dinamismo y desafíos del Derecho Comercial, Sociedades Comerciales – Contratos Comerciales – Concursos*, Semana Académica del Instituto de Derecho Comercial, 1ª edición, F.C.U., Montevideo, 2013.

OLIVERA GARCÍA, R., “Acuerdos Privados y Concursabilidad, Una visión desde el derecho uruguayo”, en *Panorama de Derecho concursal - Estudios sobre la Ley N° 18.387*, Olivera, R., (Dir.), F.C.U., 1ª Ed., Montevideo., 2015.

OLIVERA GARCÍA, R., “Lealtad: 12 – Diligencia: 3”, en *Tres Pilares del Moderno Derecho Comercial, Sociedades – Contratos – Concursos*, Semana Académica del Instituto de Derecho Comercial, 1ª edición, F.C.U., Montevideo, 2011.

OLIVERA GARCÍA, R., “La Insolvencia como presupuesto del Concurso”, en *Tres Pilares del Moderno Derecho Comercial, Sociedades – Contratos – Concursos*, Semana Académica del Instituto de Derecho Comercial, 1ª edición, F.C.U., Montevideo, 2011.

OLIVERA GARCÍA., “Principios y bases de la nueva Ley de Concursos y Reorganización Empresarial”, FCU, 1ª edición, Montevideo, 2008.

OLIVERA GARCÍA, R., “Autoconvocatoria de asambleas de sociedades anónimas”, en *Anuario de Derecho Comercial*, Tomo 10, F.C.U., Mdeo., 2004.

ORTIZ HERNÁNDEZ, A., “Mediación concursal, una visión positiva”, en *Estrategia Financiera*, N.º 329, Estrategia Financiera,

N.º 329, Sección Artículos/Riesgos, Julio 2015, WoltersKluwer, en <http://laleydigital.laley.es>.

PARRA LUCÁN, M., “Las limitaciones patrimoniales del concursado como instrumento de protección de la masa en el concurso de acreedores” en *Estudios sobre invalidez e ineficacia*, vol. 01169, N.º 1, 2009, disponible en, <http://www.codigocivil.info/nulidad/lodel/docannexe.php?id=673>

PÉREZ - RAMOS, G., “Acuerdo Privado de Reorganización”, en AAVV, *Curso de Derecho Comercial*, 2ª edición actualizada, A.M.F., Montevideo, 2013.

PLEITEADO MARISCAL, P., “La declaración de concurso”, 1ª edición, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2005.

PULGAR EZQUERRA, J., “Acuerdos extrajudiciales de pagos, PYMES y mecanismos de segunda oportunidad”, *Diario La Ley*, N.º 8538, Wolters Kluwer, 2015, en <http://laleydigital.laley.es>.

PULGAR EZQUERRA J., “La declaración del concurso de acreedores”, 1ª edición, Madrid 2005.

PULGAR EZQUERRA, J., “Las soluciones al concurso de acreedores: el convenio y la liquidación”, en A.A.V.V., *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la Reforma Concursal*, en García Villaverde, Alfonso Ureba, Pulgar Ezquerro, Madrid, 2003.

PULGAR EZQUERRA, J. y MONTESINOS, A., *Aspectos laborales de la Ley concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004. Documento TOL449.384, [www.tirantloblanch.com](http://www.tirantloblanch.com).

RIPPE, S., “Aproximación crítica al presupuesto objetivo del “estado de insolvencia” y de sus manifestaciones y efectos de la normativa concursal”, en *Anuario de Derecho Comercial*, Tomo 14, FCU, Montevideo, 2012.

RIPPE, S. y GERMÁN, D., “Concursos de conjuntos económicos”, en *Revista de la Facultad de Derecho* N.º 14, UDELAR, FCU, Montevideo, 1999.

RIPPE, S. y GERMÁN D., “Aplicabilidad de las soluciones concursales a los grupos económicos en el marco de la legislación uruguaya”, en *VII Congreso Argentino de Derecho Societario y III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, La sociedad comercial ante el Tercer Milenio*, UADE, Lara Producciones Editoriales, Tomo II, Buenos Aires, 1998.

RODRIGUEZ CONDE, C., “Los presupuestos del acuerdo extrajudicial de pagos”, en RODRÍGUEZ CONDE, C. (Coord.) y ESMERATS RAURELL, I., *Administración concursal, Mediación y acuerdo extrajudicial de pagos*, 1ª edición, Bosch, l’Hospitalet de Llobregat, 2014.

RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A., “El Derecho preconcursal. Los acuerdos preconcursales con trascendencia concursal (Capítulo 2)”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, J., y DÍAZ MORENO, A., (Coord.), *Derecho Mercantil. Volumen 10º. Derecho Concursal*, 15ª ed. Marcial Pons, Madrid, 2014.

RODRÍGUEZ MASCARDI, T. y FERRER, A., *¿Retribución de directores o dividendos impropios?*, en *Consolidación y cambios: el fecundo panorama del Derecho comercial*, Semana Académica del Instituto de Derecho Comercial, 1ª edición, F.C.U., Montevideo, 2014.

RODRÍGUEZ MASCARDI, T., CARRAU, M. y HERDT, C. (Colaboradoras), “Cuadernos de Derecho concursal”, FCU, segunda edición, Montevideo, 2011.

RODRÍGUEZ OLIVERA, N., “Manual de Derecho Comercial Uruguayo”, vol. 6, (Derecho concursal), F.C.U., 1ª edición, Montevideo, 2009.

ROJO, A., “Concurso de acreedores”, en BELTRÁN, E., y GARCÍA-CRUCES, J.A. (Dir.), ÁVILA DE LA TORRE, A., y CAMPUZANO, A.B., *Enciclopedia de Derecho concursal*, Tomo 1º, 1ª edición, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

ROJO Á., “De los presupuestos del concurso (art.1)”, en ROJO Á., BELTRÁN SÁNCHEZ, E., (Dir.), *Comentario de la Ley concursal*, Tomo I, 1ª edición, 2ª reimpresión, Editorial Civitas, Madrid, 2004.

ROJO, Á., “Presupuesto objetivo (art. 2)” en ROJO, Á., BELTRÁN SÁNCHEZ, E., (Dir.), *Comentario de la Ley concursal*, Tomo I, 1ª edición, 2ª reimpresión, Editorial Civitas, Madrid, 2004.

ROJO, Á., “Legitimación (art. 3)”, en ROJO, Á., BELTRÁN SÁNCHEZ, E., (Dir.), *Comentario de la Ley concursal*, Tomo I, 1ª edición, 2ª reimpresión, Editorial Civitas, Madrid, 2004.

ROJO Á., “Solicitud del deudor (art. 6)”, en ROJO Á., BELTRÁN SÁNCHEZ, E., (Dir.) *Comentario de la Ley concursal*, Tomo I, 1ª edición, 2ª reimpresión, Editorial Civitas, Madrid, 2004.

ROJO, Á., “Prohibiciones (Art. 105)”, en ROJO, Á., y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *Comentario de la Ley concursal*”, Tomo II, 1ª edición, 2ª reimpresión, Editorial Civitas, Madrid, 2004.

ROJO, Á., y BELTRÁN, E., "Lección 43. El concurso de acreedores", en MENÉNDEZ, A., y ROJO, Á., (Dir.), APARICIO, Mª L., (Coord.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, Volumen II, 10ª edición, Civitas, Madrid, 2012, p. 424.

ROMANG, C. y BADO, V., “Rendición de cuentas”, en LÓPEZ, C. (Dir.), BADO, V., y ROMANG, C. (Coautoras), *Ley de Declaración Judicial del Concurso y Reorganización Empresarial. Análisis Exegético*, Tomo I, La Ley, Uruguay, Montevideo, 2012.

ROMANG C. y LÓPEZ, C., “Estatuto Jurídico”, en LÓPEZ, C. (Dir.), BADO, V., y ROMANG, C. (Coautoras), *Ley de Declaración Judicial del Concurso y Reorganización Empresarial. Análisis Exegético*, Tomo I, La Ley, Uruguay, Montevideo, 2012.

ROMANG, C. y LÓPEZ, C., en “Nombramiento”, en LÓPEZ, C., (Director), BADO, V., y ROMANG, C., (Coautoras), *Ley de*

*declaración judicial del concurso y reorganización empresarial, Análisis exegético*, Tomo I, LA LEY URUGUAY, Montevideo, 2012, p. 211.

SÁNCHEZ CALERO, F., “Los administradores en las sociedades de capital”, Cívitas, Madrid, 2005.

SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, J. “El acuerdo extrajudicial de pagos”, *Anuario de Derecho Concursal* N.º 32, 2014.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “La convocatoria de la junta general ante la suspensión de los administradores sociales: (comentario al Auto número 106/2007 del Juzgado de lo Mercantil número 7 de Madrid, de 29 de marzo de 2007)”, en *Anuario de Derecho Concursal*, N.º 12, 2007, en <http://eprints.ucm.es/7876/1/1>.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Algunas cuestiones concursales relativas a los grupos de sociedades” en *Anuario de Derecho Concursal*, N.º 5, 2005, Documento depositado en el *archivo institucional EPrints Complutense* <http://www.ucm.es/eprints>.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “La convocatoria de la junta general ante la suspensión de los administradores sociales: (comentario al Auto número 106/2007 del Juzgado de lo Mercantil número 7 de Madrid, de 29 de marzo de 2007)”, en *Anuario de Derecho concursal*, vol. 9, N.º 12, Madrid, 2007.

SÁNCHEZ CALERO, F., y SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, “Instituciones de Derecho Mercantil”, Vol. II, 35ª edición, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

SANCHO GARGALLO, I., “La responsabilidad de los administradores por las deudas de la sociedad, derivada del incumplimiento de los deberes legales de promover la disolución (artículos 262 TRLSA Y 105 LSRL)”, en GARRIDO ESPA, L. Y GIMENO BAYÓN COBOS, R. (Dir.), *Órganos de la Sociedad de Capital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

SANJUÁN Y MUÑOZ, E., “La naturaleza jurídica del mediador concursal: sistema alternativo de gestión de los supuestos de insolvencia”, en *Diario La Ley*, N.º 8230, WoltersKluwer, 2013, en <http://laleydigital.laley.es>.

SOTILLO MARTÍ, A., “Segunda oportunidad y Derecho concursal”, en *Seminario Interdisciplinar*, Facultad de Derecho, U.V., 30/10/2013, Valencia, 2013, f.c. 31/01/2015, [www.uv.es/seminaridret/sesiones2013/concursal/ponenciasotillo.pdf](http://www.uv.es/seminaridret/sesiones2013/concursal/ponenciasotillo.pdf).

SOTILLO MARTÍ, A., “Acuerdos impugnables de la Junta General y del Consejo de Administración. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre impugnación de acuerdos sociales”, en *La impugnación de acuerdos sociales y del Consejo de Administración. Actuación en nombre de otro*, CGPJ, Madrid, 2006.

TIRADO, I., “Recusación (Artículo 33)” en ROJO A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *Comentario de la Ley concursal*, Tomo I, Editorial Civitas, 1ª edición, 2ª reimpresión, Madrid, 2004.

TIRADO, I., “Separación (Artículo 37)”, en ROJO A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *Comentario de la Ley concursal*, Tomo I, Editorial Civitas, 1ª edición, 2ª reimpresión, Madrid, 2004.

TORIBIOS FUENTES, F., “Artículos 142 y 143”, en SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. y GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (Dir.), *Comentarios a la legislación concursal*, Volumen 3, Lex Nova, Valladolid, 1ª edición, 2004.

VAN HEMMEN ALMAZOR, E., *Estadística concursal. Anuario 2013*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España, Madrid, 2014.



## **JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA**

### **I.- TRIBUNAL SUPREMO**

Sala 1ª de lo Civil. Sentencia 259/2015, de 21 de mayo. Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi ref. 2015\1881.

Sala 1ª de lo Civil. Sentencia 275/2015, de 7 de mayo. Id Cendoj: 28079110012015100279.

Sala de lo Social. Auto de 30 de abril de 2015. Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi JUR\2015\159649.

Sala de lo Social. Auto de 16 de julio de 2014, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi JUR\2015\23312.

Sala 1ª de lo Civil. Sentencia 349/2014, de 3 de julio, Id Cendoj: 28079110012014100338.

Sala de lo Social. Auto de 22 de abril de 2014, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi JUR\2014\138012.

Sala de lo Social. Auto de 9 de abril de 2014, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi JUR\2015\159649.

Sala 1ª de lo Civil. Sentencia 1368/2014 de 1 de abril de 2014, Id Cendoj: 28079110012014100165, FD, 13º.

Sala 1ª de lo Civil. Sentencia 122/2014, de 1 de abril. Id Cendoj: 28079110012014100165.

Sala de lo Social. Auto de 9 de marzo de 2014, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi JUR\2014\132360.

Sala 1ª de lo Civil. Sentencia 772/2014, de 12 de enero. Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi ref. 2015\609.

Sala 2ª de lo Penal. Sentencia 5664/2013, de 28 de noviembre de 2013. Id. Cendoj: 28079120012013100876, FD 2º.

Sala 1ª de lo Civil. Sentencia 669/2013, de 11 de noviembre. FD. 10. Id Cendoj: 28079110012013100670.

Sala de lo Social. Sentencia de 20 de noviembre de 2012, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi RJ\2013\1073.

Sala 1ª de lo Civil. Sentencia 298/2012 de 21 de Mayo. La Ley 85895/2012. FD 6º.

Sala 1ª de lo Civil. Sentencia 258/2012 de 24 de abril. Referencia Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi RJ/2021/6099.

Sala 1ª de lo Civil. Auto de 22 de diciembre de 2011, Id Cendoj: 28079110012011203841, F de D, II 2º.

Sala 1ª de lo Civil. Sentencia 83/2011, de 1 de marzo, Id Cendoj: 28079110012011100082, FJ 2º.

Sala 1ª de lo Civil, Sentencia 244/2009, de 17 de abril, ID Cendoj 28079110012009100248. FD 2º.

Sala 1ª de lo Civil. Sentencia 553/2008, de 12 de junio. Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, referencia RJ2008\3221. FD 3º.

Sala de lo Social. Sección 1, Sentencia 1554/1994, de 22 de diciembre, Id Cendoj: 28079140011994100902.

Sala 1ª de lo Civil. Sentencia 310/1994, de 5 de abril, Id Cendoj: 28079110011994104527.

Sala 1ª de lo Civil. Sentencia 1158/1993 de 9 de diciembre, Id Cendoj: 28079110011993103393.

Sala 1ª de lo Civil. Sentencia 395/1992, de 15 de abril, Id Cendoj: 28079110011992104658.

Sala de lo Social. Sección 1, Sentencia 55/1992, de 27 de enero, Id Cendoj: 28079140011992100639.

Sala de lo Social, Sección 1, Sentencia 386/1991, de 3 de junio, Id Cendoj 28079140011991100175.

Sala de lo Social. Sección 1, Sentencia 1456/1988, de 29 de septiembre, Id Cendoj 28079140011988103376.

## **II.- TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA**

TSJ Madrid, Sección 3ª, de lo Social. Sentencia 1125/2014 de 1 de diciembre, FD 1º.

TSJ Galicia, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª. Sentencia 37/2014, de 24 de julio, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi RJ 2014\4335.

## **III.- AUDIENCIAS PROVINCIALES**

AP Zaragoza, Sección 5ª. Sentencia N.º 218/2015, de 15 de mayo. Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi referencia JUR\2015\143472. FD 3º.

AP Oviedo, Sección 1ª. Sentencia 127/2015, de 15 de mayo, Id Cendoj: 27028370012015100070.

AP Vizcaya, Sección 4ª. Sentencia 92/2015, de 20 febrero. Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, referencia JUR\2015\102352.

AP Lugo, Sala 1ª. Sentencia 71/2015 de 18 de febrero, Id Cendoj: 27028370012015100070, FD 2º.3.

AP Oviedo, Sección 2º. Sentencia 65/2015 de 12 de febrero, Id Cendoj: 33044370022015100052, FD 3º.

AP Granada, Sección 3ª. Sentencia 9/2015, de 23 de enero. FD 1º. Repertorio de jurisprudencia Aranzadi N.º JUR\2015\103334.

AP Palma de Mallorca, Sección 5ª. Sentencia 14/2015 de 22 de enero, Id Cendoj: 07040370052015100026, FD 4º.

AP Alicante, Sección 8ª. Sentencia N.º 166/2014, de 17 de julio. Referencia TOL4.521.850, consultada en [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com).

AP Barcelona, Sección 15ª. Sentencia 409/2012, de 17 de diciembre de 2014. Id Cendoj: 08019370152014100374. FJ 2º.

AP Madrid, Sección 28ª. Sentencia 152/2014, de 12 de mayo, Id Cendoj: 28079370282014100121, FD 4º.

AP Oviedo, Sección 1ª. Sentencia 114/2014 de 31 de marzo, Id Cendoj: 33044370012014100117, FJ 3º.

AP Alicante, Sección 8ª. Sentencia 55/2014, de 11 de marzo de 2014. LA LEY 47599/2014.

AP Almería, Sección 2ª. Sentencia 42/2014, de 25 de febrero, Referencia Thomson Reuters Aranzadi JUR\2014\128291, FJ 2º.

AP Girona, Sección 1ª. Sentencia N.º 462/2013, de 16 de diciembre, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi JUR 2014\90968.

AP Barcelona, Sección 15ª. Sentencia 244/2013, de 10 de junio, LA LEY 165581/2013.

AP Barcelona, Sección 15ª. Sentencia 202/2013, de 15 de mayo. FD 6º. 13. Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi N.º JUR\2013\343868.

AP Álava, Sección 1ª. Sentencia N.º 156/2013 de 27 marzo, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, ref. AC\2013\1210.

AP Barcelona, Sección 15ª. Auto 176/2010, de 20 de octubre, Id Cendoj: 08019370152010200092, FD 3º.

AP Madrid, Sección 28ª. Sentencia 181/2010, de 13 de julio de 2010, Id Cendoj: 28079370282010100181, FD 2º.

AP Madrid, Sección 28ª. Sentencia 63/2010, de 12 de marzo de 2010, Id Cendoj: 28079370282010100061.

AP Madrid, Sección 28ª. Sentencia 53/2010 de 5 marzo, JUR 2010\165596.

AP Madrid, Sección 28ª. Sentencia 48/2010, 5 de marzo de 2010, Id Cendoj: 28079370282010100038.

AP Illes Balears, Sección 5ª. Auto 7/2010, de 27 de enero, Id Cendoj: 07040370052010200003, FD 1º.

AP Barcelona, Sección 15ª. Sentencia 487/2008 de 30 de diciembre, La Ley 305184/2008, FD 3º.

AP Madrid, Sección 28ª. Sentencia N.º 279/2008, de 18 de noviembre, Id Cendoj: 28079370282008100244.

AP Madrid, Sección 28ª. Sentencia N.º 194/2008, de 17 de julio, Id Cendoj: 28079370282008100164.

AP Madrid, Sección 28ª. Auto 106/2008, de 27 de marzo, Id Cendoj: 28079370282008200086. FD 5º.

AP Barcelona, Sección 15ª. Auto N.º 129/2008, de 17 de Marzo, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi AC 2008\986.

AP Pontevedra, Sección 1ª. Auto 26/2008, de 11 de febrero, Id Cendoj: 36038370012008200010 RJ 2.

AP Madrid, Sección 28ª. Sentencia N.º 31/2008, de 5 de febrero, Id Cendoj: 28079370282008100034.

AP Madrid, Sección 28ª Sentencia N.º 175/2007, de 24 de septiembre, Id Cendoj: 28079370282007100200.

AP Barcelona, Sección 15ª. Auto 38/2006, de 27 de enero, Id Cendoj: 08019370152006200299.

AP Toledo, Sección 2ª. Sentencia 83/2003 de 14 de febrero, Id Cendoj: 45168370022003100244, FD 2º.

#### **IV.- JUZGADOS**

Juzgado de lo Mercantil N.º 1 de Madrid. Auto de 25 de marzo de 2015, Id Cendoj: 28079470012015200001, FD 6º, párrafo 2º.

Juzgado de lo Mercantil N.º 1 de Madrid. Auto de 25 de Marzo de 2015. Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi JUR 2015\119148, FD 7º.

Juzgado de lo Mercantil N.º 3 de Valencia. Auto de 11 de febrero de 2015. Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi JUR 2015\82113.

Juzgado de lo Mercantil N.º 1 de Palma de Mallorca. Auto de 16 de diciembre de 2014, Referencia Thomson Reuters Aranzadi JUR\2015\8273, FJ 2º, v.

Juzgado de lo Mercantil N.º 12 de Madrid. Sentencia de 24 de septiembre de 2014, Id Cendoj: 28079470122014100003.

Juzgado de lo Mercantil N.º 1 de Alicante. Auto 22/2014, de 20 de enero, Id Cendoj: 03014470012014200001, FJ 2º.

Juzgado de lo Mercantil N.º 2 de A Coruña. Auto de 26 de septiembre de 2013. Id Cendoj: 15030470022013200002. RJ 6º.

Juzgado de lo Mercantil N.º 2 de A Coruña. Sentencia 150/2013, de 13 de septiembre. Referencia repertorio de jurisprudencia Aranzadi N.º AC/2013/1581. FD 5º.

Juzgado de lo Mercantil de A Coruña. Auto de 28 de febrero de 2013.

Juzgado de lo Mercantil N.º 2 de Murcia. Auto de 25 de mayo de 2012, Id Cendoj: 30030470022012200001.

Juzgado de lo Mercantil N.º 7 de Madrid. Auto N.º 107/2012 de 22 de marzo, Id Cendoj: 28079470072012200001, FD 3º.

Juzgado de lo Mercantil N.º 1 de Santander. Auto de 6 de marzo de 2012. Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi JUR2012/47202.

Juzgado de lo Mercantil N.º 7 de Barcelona. Sentencia 363/2011 de 23 de diciembre, La Ley 322962/2011. FJ 1º.

Juzgado de lo Mercantil N.º 1 de Cádiz. Auto de 31 de octubre de 2011. Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi AC 2011\1600.

Juzgado de lo Mercantil N.º 3 de Vigo. Auto de 18 de julio de 2011, Id Cendoj: 36057470032011200003, FD 3º.

Juzgado de lo Mercantil N.º 3 de Vigo. Auto de 18 de julio de 2011, Id Cendoj: 36057470032011200003, FD 4º.

Juzgado de lo Mercantil N.º 1 de Almería. Auto de 22 de junio de 2011, Id Cendoj: 04013470012011200001, FD 11.

Juzgado de lo Mercantil N.º 1 de Cádiz. Auto de 15 de abril de 2011, Id Cendoj: 11012470012011200010, FD 4º.

Juzgado de lo Mercantil N.º 3 de Madrid. Auto de 20 julio de 2009. Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi AC 2009\1923.

Juzgado de lo Mercantil N.º de Bilbao. Auto 389/2009 de 5 de junio. Repertorio de jurisprudencia Aranzadi JUR 2009\331263.

Juzgado de lo Mercantil N.º 1 de Málaga. Auto de 13 de abril de 2009, Id Cendoj: 29067470012009200006, FD 2º.

Juzgado de lo Mercantil N.º 1 de Málaga. Auto de 25 de febrero de 2009. Referencia La Ley 46797/2009.

Juzgado de lo Mercantil N.º 3 de Barcelona. Auto de 3 de diciembre de 2008, Id Cendoj: 08019470032008200003, FD 4º.

Juzgado de lo Mercantil N.º 7 de Almería. Auto de 21 de octubre de 2008, Id. Cendoj 04013420072008200001, FD. 3.

Juzgado de lo Mercantil N.º 5 de Madrid. Auto de 8 de septiembre de 2008, Id. CENDOJ 28079470052008200002, RJ. 3º.

Juzgado de lo Mercantil N.º 5 de Barcelona. Auto de 25 de junio de 2008. Id Cendoj: 08019470052008200001, RJ 2º.

Juzgado de lo Mercantil N.º 5 de Barcelona. Auto de 25 de junio de 2008, Id Cendoj: 08019470052008200001, FD 5º.

Juzgado de lo Mercantil N.º 2 de Madrid. Auto de 18 de marzo de 2008, Referencia LA LEY 8220/2008.

Juzgado de lo Mercantil N.º 2 de Bilbao. Auto de 28 junio de 2007, LA LEY 344094/2007, FD 2º.

Juzgado de lo Mercantil N.º 7 de Madrid. Auto de 29 de marzo de 2007, Id Cendoj: 28079470072007200001.

Juzgado de lo Mercantil N.º 1 de Madrid. Auto de 13 Oct. 2006, LA LEY 207613/2006, FD 1º.3.

Juzgado de lo Mercantil N.º 1 de Alicante. Sentencia 130/2006, de 19 de junio de 2006, Id Cendoj: 03014470012006100003.

Juzgado de lo Mercantil N.º 2 de Bilbao. Auto de 17 de marzo de 2006, ref. LA LEY 497/2006, FD 3º.

Juzgado de lo Mercantil N.º 2 de Madrid. Auto de 23 de mayo de 2005, Id Cendoj: 28079470022005200003, RJ 1º.5.

## **RESOLUCIONES Y CONSULTAS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO Y DEL INSTITUTO DE CONTABILIDAD Y AUDITORÍA DE CUENTAS**

### **I.- DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO**

Resolución 9240/2014 de 24 de julio de 2014. Repertorio Aranzadi JUR\2014\223998.

Resolución de 18 de noviembre de 2013. BOE de 19 de diciembre de 2013.

Resolución 11658/2013 de 7 de octubre de 2013. Referencia Aranzadi RJ\2013\7846.

Resolución de 26 de mayo de 2009. BOE N° 155, Sección III, pp. 53.292 y ss. Repertorio Aranzadi RJ 2009\3009.

Resolución de 1 de febrero de 2008. BOE, 19 de febrero de 2008, N.º 43. Repertorio Aranzadi RJ 2008\632.

### **II.- INSTITUTO DE CONTABILIDAD Y AUDITORÍA DE CUENTAS**

Resolución de 18 de octubre de 2013. BOE de 25 de octubre de 2013.

Consulta N.º 2, BOICAC N° 12, Marzo de 1993, consultado en <http://www.icac.meh.es/Consultas/Boicac/ficha.aspx?hid=30>.





## **JURISPRUDENCIA URUGUAYA**

### **I.- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA**

Sentencia N.º 2492/2012, de 17/10/2012, <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=30929>.

Sentencia N.º 658, de 09/06/2015, IUE 40/37/2012, <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=29407>.

Sentencia N.º 94, de 23/04/2015, IUE 40-13/2012, <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=29407>.

Sentencia N.º 528 de 07/11/2013. Ver <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=8727>.

### **II.- TRIBUNALES DE APELACIONES**

TAC 2º Turno, IUE 25-4/2015. Sentencia de 17/06/2015, en [www.expedientes.poderjudicial.gub.uy](http://www.expedientes.poderjudicial.gub.uy).

TAC 2º Turno. Sentencia 39/2014, de 14/05/2014, <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=8800>.

TAC 2º Turno. Sentencia Nº 05/2014, en <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/hojaInsumo2.seam?cid=30265>

### **III.- JUZGADOS**

Juzgado Letrado de 1ª Instancia de Concursos de 1º Turno, IUE 2-101399/2011. Decreto 598/2015, de 16/04/2015, [www.expedientes.poderjudicial.gub.uy](http://www.expedientes.poderjudicial.gub.uy).

Juzgado Letrado de Primera Instancia de Concursos de 1º Turno, IUE 2-47653/2014. Decreto 2833 de 20/11/2014, [www.expedientes.poderjudicial.gub.uy](http://www.expedientes.poderjudicial.gub.uy).

Juzgado Letrado de 1ª Instancia de Concursos de 1º Turno, IUE 40-29/2012. Decreto 2603/2014, de 30/10/2014, en [www.expedientes.poderjudicial.gub.uy](http://www.expedientes.poderjudicial.gub.uy).

Juzgado Letrado de Primera Instancia de Concursos de 1º Turno, IUE 2-47653/2014. Decreto 2472 de 21/10/2014, [www.expedientes.poderjudicial.gub.uy](http://www.expedientes.poderjudicial.gub.uy).

Juzgado Letrado de 1ª Instancia de Concursos de 2º Turno, IUE 41-35/2013. Sentencia 1942/2014 de 16/10/2014, [www.expedientes.poderjudicial.gub.uy](http://www.expedientes.poderjudicial.gub.uy).

Juzgado Letrado de 1ª Instancia de Concursos de 1º Turno, IUE 2-101399/2011. Decreto 2086/2014, de 17/09/2014, [www.expedientes.poderjudicial.gub.uy](http://www.expedientes.poderjudicial.gub.uy).

Juzgado Letrado de 1ª Instancia de Concursos de 1º Turno, IUE 2-101399/2011. Decreto 1715/2014, de 18/08/2014, [www.expedientes.poderjudicial.gub.uy](http://www.expedientes.poderjudicial.gub.uy).

Juzgado Letrado de 1ª Instancia de Concursos de 1º Turno, IUE 2-27763/2012. Decreto 8/2014, de 03/02/ 2014, [www.expedientes.poderjudicial.gub.uy](http://www.expedientes.poderjudicial.gub.uy).

Juzgado Letrado de Primera Instancia de Concursos de 2º Turno, IUE 2-11362/2012. Providencia 1941 de 24/10/2012.

Juzgado Letrado de Libertad de 2º Turno (San José), IUE 371-671/2011. Decreto 4381 de 12/09/2012, [www.expedientes.poderjudicial.gub.uy](http://www.expedientes.poderjudicial.gub.uy).

Juzgado Letrado de 1ª Instancia de Concursos de 1º Turno, IUE 2-122811/2011. Decreto 1681/2012, de 24/08/2012, [www.expedientes.poderjudicial.gub.uy](http://www.expedientes.poderjudicial.gub.uy).

Juzgado Letrado de 1ª Instancia de Concursos de 1º Turno, IUE 2-27763/2012. Decreto 1262/2012, de 11/07/2012, [www.expedientes.poderjudicial.gub.uy](http://www.expedientes.poderjudicial.gub.uy).

Juzgado Letrado de 1ª Instancia de Concursos de 1º Turno, IUE 2-101399/2011. Decreto 788/2012, de 30/04/2012, [www.expedientes.poderjudicial.gub.uy](http://www.expedientes.poderjudicial.gub.uy).

Juzgado Letrado de 1ª Instancia de Concursos de 1º Turno, IUE 2-26424/2011. Decreto 627/2012 de 12/04/2012, [www.expedientes.poderjudicial.gub.uy](http://www.expedientes.poderjudicial.gub.uy).

Juzgado Letrado de Libertad de 2° Turno (San José), IUE 371-671/2011. Decreto 6271 de 20/12/2011, [www.expedientes.poderjudicial.gub.uy](http://www.expedientes.poderjudicial.gub.uy).

Juzgado Letrado de 1ª Instancia de Concursos de 1° Turno, IUE 2-101399/2011. Decreto 1630/2011, de 15/09/2011, [www.expedientes.poderjudicial.gub.uy](http://www.expedientes.poderjudicial.gub.uy).

Juzgado Letrado de Young (Río Negro), IUE 445-57/2010. Decreto 529 de 06/05/2010, [www.expedientes.poderjudicial.gub.uy](http://www.expedientes.poderjudicial.gub.uy).

Juzgado Letrado de Young (Río Negro), IUE 445-57/2010. Decreto 344 de 06/04/2010, [www.expedientes.poderjudicial.gub.uy](http://www.expedientes.poderjudicial.gub.uy).