



- ◆ Trabajo realizado por la Biblioteca Digital de la Universidad CEU-San Pablo
- ◆ Me comprometo a utilizar esta copia privada sin finalidad lucrativa, para fines de investigación y docencia, de acuerdo con el art. 37 de la M.T.R.L.P.I. (Modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual del 7 julio del 2006)

ARTÍCULO 48. Efectos sobre el deudor persona jurídica

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

2. *Sin perjuicio del ejercicio de las acciones de responsabilidad, que, conforme a lo establecido en otras leyes, asistan a la persona jurídica deudora contra sus administradores, auditores o liquidadores, estarán también legitimados para ejercitar esas acciones los administradores concursales sin necesidad de previo acuerdo de la junta o asamblea de socios.*

Corresponderá al juez del concurso la competencia para conocer de las acciones a que se refiere el párrafo anterior.

La formación de la sección de calificación no afectará a las acciones de responsabilidad que se hubieran ejercitado.

3. *Desde la declaración de concurso de persona jurídica, el juez del concurso, de oficio o a solicitud razonada de la administración concursal, podrá ordenar el embargo de bienes y derechos de sus administradores o liquidadores de derecho o de hecho, 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 el concurso se califique como culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas. El embargo se acordará por la cuantía que el juez estime bastante y podrá ser sustituida, a solicitud del interesado, por aval de entidad de crédito.*

4. *Corresponderá exclusivamente a la administración concursal la reclamación, en el momento y cuantía que estime conveniente, del desembolso de las aportaciones sociales que hubiesen sido diferidas, cualquiera que fuese el plazo fijado en la escritura o en los estatutos, y de las prestaciones accesorias pendientes de cumplimiento.*

5. *De igual manera, durante la tramitación del concurso de la sociedad, la acción contra el socio o los socios subsidiariamente responsables de las deudas de ésta anteriores a la declaración de concurso corresponderá a la administración concursal y, subsidiariamente, en el supuesto previsto en el apartado 4 del artículo 54, a los acreedores, no pudiendo ejercitarla hasta la aprobación del convenio o la liquidación del patrimonio social. El juez, de oficio, o a instancia de la administración concursal, podrá ordenar el embargo de bienes y derechos de los referidos socios en la cuantía que estime bastante, cuando de lo actuado resul-*

te fundada la posibilidad de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas, pudiendo, a solicitud del interesado, acordarse la sustitución del embargo por aval de entidad crédito ().*

(*) En el Derecho derogado la regulación de la quiebra se realizaba con referencia al empresario individual. Aunque esa disciplina había de considerarse aplicable con carácter general también a las sociedades mercantiles, que se incluyen en los términos «comerciante» o «quebrado» (arts. 1-2.º y 874 CCom.), existían normas tan íntimamente ligadas a las personas naturales que su traslación a las personas jurídicas se hacía sumamente complicada. Así sucedía, por ejemplo, con los efectos tradicionalmente predicados respecto del quebrado persona física, y, en particular, con el arresto (arts. 1044-3.º CCom. de 1829 y 1335 y 1336 LEC) y con las prohibiciones de ejercer el comercio y de tener cargo o intervención directa administrativa o económica en compañías mercantiles o industriales (art. 13-2.º CCom.). Además, en la Sección séptima del Título primero del Libro IV del Código de Comercio (arts. 923 a 929) se dictaban algunas normas destinadas a regular las especialidades de la quiebra de las sociedades mercantiles, bajo la peculiar rúbrica de «Disposiciones generales relativas a la quiebra de las sociedades mercantiles en general». En ellas se marcaban diferencias entre las sociedades de personas y las de capital que no incidían sólo sobre algo tan obvio como la responsabilidad de los socios por las obligaciones sociales, sino que afectaban también, al menos en principio, al convenio y a la representación de la sociedad. En efecto, de un lado, se regulaba la extensión de la quiebra de las sociedades de personas a sus socios ilimitadamente responsables (art. 923), a la par que se declaraba que la quiebra de esos socios no implicaba la de sociedad (art. 924), y se establecía la posición jurídica de los acreedores particulares de esos socios (art. 927). Se referían a las sociedades anónimas y, por extensión, a las sociedades comanditarias por acciones (v. art. 152 CCom.) los preceptos sobre reclamación de dividendos pasivos por los síndicos (art. 925), sobre compensación de créditos contra la sociedad con deudas por dividendos pasivos (art. 926), sobre contenido específico del convenio con los acreedores sociales (art. 928) y sobre representación de las sociedades durante la quiebra y tramitación del convenio con los acreedores (art. 929), lo que, a su vez, obligaba a tener en cuenta la Sección octava del propio Código (art. 930 ss.), sobre suspensión de pagos y quiebras de las compañías de ferrocarriles y demás obras públicas.

Pese a constituir formalmente un desarrollo pro-

cesal del Código de Comercio, la Ley de Suspensión de Pagos aludía específicamente a las sociedades mercantiles entre los beneficiarios del expediente (arts. 1 y 2) y dictaba normas aplicables sólo a (determinadas) sociedades mercantiles: solicitud de suspensión de pagos por una sociedad anónima (art. 2-I-5.º) y previsión expresa de la aplicabilidad de medidas cautelares a los gerentes y administradores (art. 6-I). En fin, el Reglamento del Registro Mercantil regulaba la inscripción de las suspensiones de pagos y de las quiebras con múltiples referencias a las sociedades (arts. 284-289).

Las evidentes lagunas de la disciplina no se colmaban con las normas en materia de sociedades: el Código de Comercio se limitaba a establecer que las sociedades se disolverán por quiebra (art. 221-3.º) y las Leyes de Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada matizaban que la declaración de quiebra de la sociedad sólo determinaría su disolución cuando se acordase expresamente por la junta general (arts. 260.2 LSA y 105.2 LSRL), añadiendo que en caso de insolvencia de la sociedad en liquidación, los liquidadores deberían solicitar, en un plazo de diez días, la declaración de suspensión de pagos o la de quiebra (arts. 281 LSA y 124 LSRL).

El Anteproyecto de Ley Concursal de 1959 mantenía la técnica del Código de Comercio: tras señalar que podían ser declarados en concurso «los deudores de cualquier clase, lo mismo si son personas físicas que si son personas jurídicas» (art. 6), remitía la regulación del concurso de sociedades a las normas especiales del Título VII de la Parte Primera (arts. 121 a 129), en las que se contemplaban —a veces con diferente solución— los mismos problemas que en el Código de Comercio. El Anteproyecto de Ley concursal de 1983 modificó la técnica, pasando a contemplar los problemas específicos del concurso de sociedades en cada una de las materias, aunque sólo prestó especial atención a los efectos del concurso sobre el deudor, que se declaraban de aplicación a los administradores de las personas jurídicas (art. 149), y, sobre todo, a la extensión del concurso (arts. 150 ss.), que no se limitaba a los socios de las sociedades de personas, sino que se predicaba también para las sociedades dominantes. La Propuesta de Anteproyecto de 1995 constataría que la actividad económica se desarrolla normalmente bajo la forma de sociedad, de modo que preveía muchas disposiciones para las personas jurídicas; pero esa línea no fue final-

mente seguida por el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001, que contiene normas fragmentarias, entre las que destaca, sin duda, la que comentamos, relativa a los efectos del concurso sobre la persona jurídica, que se inspira en los artículos 54 a 57 de la citada Propuesta de 1995. Una diferencia significativa de la Ley respecto a sus precedentes es la aplicación de la regulación especial a todas las personas jurídicas y no sólo a las sociedades.

En realidad, el precepto acumula, al menos, tres materias que, probablemente, hubieran requerido de otros tantos artículos independientes (la enmienda núm. 276 en el Congreso, presentada por el Grupo Socialista, proponía hasta cinco preceptos separados redactados con mejor técnica y con mayor precisión).

A) Los tres primeros apartados establecen, aunque sea de forma incompleta y algo deslavazada, los efectos de la declaración de concurso sobre los órganos de la persona jurídica. a) El apartado primero acumula dos normas: que la declaración de concurso no provoca la desaparición de los órganos de la persona jurídica, sin perjuicio de los efectos que sobre ellos produzcan las limitaciones de las facultades patrimoniales del concursado (v. arts. 54 y 55 PALC), y que los administradores concursales tienen derecho de asistencia y de voz en los órganos colegiados de la persona jurídica concursada. Sin embargo, calla acerca de los efectos del concurso sobre la propia persona jurídica, que han de deducirse de otras normas, y en particular de la relativa a los efectos de la apertura de la fase de liquidación (art. 145.3). b) El apartado segundo se refiere, de forma bastante confusa, al ejercicio durante el procedimiento concursal de la acción social de responsabilidad contra administradores, liquidadores y auditores (v. art. 57 PALC); pero calla acerca de la especial sanción que puede imponerse en determinados casos a los administradores sociales consistente en la asunción de responsabilidad por las deudas sociales, cuyas relaciones con el concurso son muy estrechas, lo que origina problemas muy importantes de coordinación normativa. Esos problemas se evitaban en la Propuesta de 1995 (art. 57.2), que integraba esa sanción en el concurso, mediante la concesión de legitimación para la realización de las reclamaciones a la administración concursal (art. 57.2) y la atribución de la competencia al juez del concurso (art. 57.3). c) El apartado tercero se refiere a la facultad del juez de ordenar, en determinadas circunstancias, el embargo de bienes y derechos de administradores y liquidadores (v. art. 25 PALC). Una de las enmiendas del Congreso (la núm. 16, presentada por el Grupo Mixto), proponía la supresión de esa

facultad, o, al menos, que el embargo se permitiese sólo con un carácter marcadamente excepcional pero no fue aceptada. No se corrigió tampoco la errata deslizada desde los primeros textos en el inciso final del apartado tercero, de que el embargo podrá ser «sustituida» (*sic*) por un aval.

B) El apartado cuarto disciplina, de forma conjunta, los efectos del concurso sobre la obligación de aportar que hubiese quedado diferida y sobre las eventuales prestaciones accesorias. El precepto sigue también el camino marcado por la Propuesta de 1995, que, sin embargo, distinguía con mayor claridad entre una y otra obligación y, además, separaba con nitidez las dos normas dedicadas a la materia: la que atribuye en exclusiva la legitimación para su reclamación durante el concurso a los administradores concursales (art. 56.3) y la relativa al momento de su exigibilidad (art. 56.4).

C) El apartado quinto regula los efectos del concurso sobre los socios que asumen responsabilidad ilimitada por las deudas sociales, y lo hace partiendo de la desaparición de la tradicional *quiebra por extensión* (art. 923 CCom.). La Propuesta de 1995 contenía dos previsiones al respecto. La primera se limitaba a señalar que durante la tramitación del concurso de la sociedad la acción contra el socio o socios responsables de las deudas sociales no correspondería a los acreedores sociales, sino exclusivamente a los administradores concursales (art. 56.1). En la Ley se ha completado tanto por lo que se refiere al momento de ejercicio de la acción, que sólo procederá tras la aprobación del convenio o la apertura de la fase de liquidación, como en lo relativo a la atribución de legitimación subsidiaria a los acreedores. Con la segunda se optaba por no imputar a los socios la responsabilidad por las deudas sociales que se contraerán —como deudas de la masa— durante el concurso (art. 56.2). Esa disposición no ha pasado a la Ley, lo que origina una importante duda interpretativa.

El apartado quinto es el único de este precepto que sufrió modificaciones durante la tramitación parlamentaria a pesar de las insuficiencias de algunos otros. La modificación se produjo a su paso por el Congreso (aunque no se presentó enmienda escrita) y se limitó a la adición de la expresión «de igual manera» con la que se inicia dicho apartado y a la atribución de legitimación supletoria para el ejercicio de la acción a los acreedores concursales, con una remisión interna (al art. 54.4). La modificación, aunque irrelevante y acertada en el fondo, se basa en un flagrante error de perspectiva, porque, a diferencia de lo que sucede con la acción para la reclamación de la obligación de aportar o de la obligación de realizar prestaciones accesorias

COMENTARIO

SUMARIO: I. LOS EFECTOS DEL CONCURSO SOBRE LA PERSONA JURÍDICA: 1. *Consideración general*. 2. *Curso y disolución, liquidación y extinción de la persona jurídica*.—**II. LOS EFECTOS DEL CONCURSO SOBRE LOS ÓRGANOS DE LA PERSONA JURÍDICA:** 1. *La continuación de los órganos. Los efectos de la limitación de las facultades patrimoniales*. 2. *Los derechos de asistencia y voz de los administradores concursales*. 3. *La acción social de responsabilidad frente a los administradores, los auditores y los liquidadores*: 3.1. *Delimitación del supuesto. La subsistencia durante el concurso de la acción individual de responsabilidad y de la sanción consistente en la imputación de la responsabilidad por las deudas sociales*. 3.2. *El régimen de la acción social de responsabilidad durante el concurso*. 3.3. *La competencia del juez del concurso*. 3.4. *La indiferencia de la formación de la sección de calificación sobre las acciones que se hubieran ejercitado*. 4. *El embargo de bienes de los administradores y liquidadores*: 4.1. *Los presupuestos del embargo*. 4.2. *El ámbito del embargo*: 4.2.1. *Ámbito temporal*. 4.2.2. *Ámbito subjetivo*. 4.2.3. *Ámbito objetivo*. 4.3. *La sustitución del embargo*.—**III. LOS EFECTOS DEL CONCURSO SOBRE LOS SOCIOS:** 1. *Los efectos del concurso sobre la obligación de aportar*. 1.1. *Consideración general*. 1.2. *El régimen jurídico de la obligación de aportar durante el concurso*: 1.1.1. *Las especialidades derivadas del concurso*. 1.1.2. *La aplicación de las normas generales*. 2. *Los efectos del concurso sobre la obligación de realizar prestaciones accesorias*. 3. *Los efectos del concurso sobre los socios responsables de las deudas sociales*: 3.1. *La modificación de la responsabilidad de los socios*: 3.1.1. *Consideración general*. 3.1.2. *El régimen jurídico de la responsabilidad*. 3.1.3. *El embargo de bienes y derechos de los socios*. 3.2. *El problema de las deudas sociales contraídas durante el concurso*.

I. Los efectos del concurso sobre la persona jurídica

1. Consideración general

Bajo el epígrafe de «efectos sobre el deudor persona jurídica», el precepto contempla en realidad una variada gama de temas cuyo denominador común es ciertamente la circunstancia de ir referidos al concurso de una persona jurídica, aunque se trate más bien de efectos sobre sus órganos y sobre sus socios. En primer lugar, determina los *efectos del concurso sobre los órganos de la persona jurídica* y, en especial, sobre los administradores, lo que constituye el núcleo del precepto (apartados primero a tercero), que, sin embargo, se preocupa casi en exclusiva del ejercicio durante el concurso de la llamada acción social de responsabilidad; y, en segundo lugar, se contemplan los *efectos del concurso sobre los socios* de la persona jurídica sociedad, distinguiendo entre la obligación de aportar que hubiera quedado diferida y la obligación de prestaciones accesorias, de un lado (apartado cuarto), y la posición jurídica de los socios responsables de las deudas sociales, de otro (apartado quinto).

El epígrafe del precepto queda igualmente desmentido por la circunstancia de que no es esta la única norma dedicada a los efectos del concurso sobre la persona jurídica. Así, en primer lugar, la Ley prevé en el título I la posibilidad de *acumulación* de los concursos de los socios personalmente responsables de las deudas

o incluso de la acción social de responsabilidad, la acción contra los socios no se encuentra, en rigor, en el patrimonio de la sociedad, por lo que no debió utilizarse la expresión «de igual manera» y, lo que es más importante, no debió realizarse la

referida remisión, ya que el precepto aludido (art. 54.4) se refiere, precisamente, a acciones que se encuentran en el patrimonio del concursado. En el Senado no se presentó ninguna enmienda.

sociales al concurso de la sociedad y de los concursos de las sociedades dominadas al concurso de la sociedad dominante (art. 25.1). En segundo lugar, el título III se remite a la Ley Orgánica para la Reforma Concursal respecto a los efectos de la declaración de concurso sobre los derechos y libertades del deudor en materia de correspondencia, residencia y libre circulación (art. 41), estableciéndose en esa Ley que, en caso de concurso de persona jurídica, las posibles limitaciones de derechos fundamentales (intervención de las comunicaciones, deber de residencia y registro domiciliario) podrán recaer también sobre todos o algunos de sus administradores o liquidadores que lo sean en el momento de la solicitud del concurso o que lo hubieran sido dentro de los dos años anteriores (art. 1.2). En tercer lugar, en el mismo título III se establece que los deberes de comparecencia, colaboración e información impuestos al concursado incumbirán en caso de concurso de persona jurídica a sus administradores o liquidadores y a quienes hubieran desempeñado estos cargos dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso (art. 42.1 *in fine*) y que la *auditoría* de las cuentas anuales de las sociedades se sustituirá, en su caso, por el informe de la administración concursal (art. 46). En cuarto lugar, se determinan las personas especialmente relacionadas con la persona jurídica concursada (art. 93.2). En quinto lugar, dentro del título IV, se establece que la apertura de la fase de liquidación en el concurso determinará la disolución de la sociedad y el cese de los administradores o de los liquidadores (art. 145.3). En fin, los efectos del concurso sobre las personas jurídicas se completan en los títulos VI, relativo a la *calificación del concurso*, en cuanto que los administradores o liquidadores podrán verse afectados por la calificación (art. 172), y VII, relativo a la *conclusión del concurso*, ya que se prevé que la resolución judicial que declare la conclusión del concurso de una persona jurídica por inexistencia de bienes y derechos «acordará su *extinción* y dispondrá el cierre de su hoja de inscripción en los Registros Públicos» (art. 178.3), limitándose la eventual reapertura a la fase de liquidación de los bienes y derechos aparecidos (art. 179.2).

Los efectos del concurso sobre la persona jurídica a los que se refiere este precepto tienen un *límite temporal*. Se mantienen sólo hasta la resolución de aprobación judicial del convenio o hasta la resolución judicial de apertura de la fase de liquidación. En efecto, desde la apertura de la fase de convenio y durante su tramitación, es decir, hasta que se produzca la aprobación judicial, seguirán siendo aplicables las normas establecidas para la fase común del concurso en el título III de esta Ley (art. 112), pero con la eficacia del convenio cesarán los efectos de la declaración de concurso, que serán sustituidos por los que, en su caso, se establezcan en el propio convenio (art. 133.2-I; v. comentario al art. 133). En cuanto a la liquidación, algunos de los efectos del concurso sobre las personas jurídicas se mantendrán, como consecuencia de la regla de continuidad legalmente prevista (art. 147); pero la resolución judicial que abra la fase de liquidación contendrá la declaración de disolución —si no estuviese ya acordada— y el cese de los administradores o liquidadores, que serán sustituidos por la administración concursal (art. 145.3). Además, la atribución a la administración concursal y, subsidiariamente, a los acreedores de legitimación para exigir a los socios la responsabilidad por las deudas sociales (apartado quinto) no constituye en realidad un «efecto del concurso» sino un efecto de la aprobación del convenio o de la apertura de la fase de liquidación, ya que la

acción no podrá ejercitarse hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la fase de liquidación.

2. Concurso y disolución, liquidación y extinción de la persona jurídica

Como ya se ha señalado, el precepto alude sólo de forma indirecta a los efectos del concurso sobre la propia persona jurídica, algo que obliga a analizar las relaciones entre el concurso de acreedores y la extinción de la persona jurídica. Como es sabido, la extinción de una persona jurídica —a diferencia de lo que sucede con la persona natural— sólo tiene lugar cuando haya puesto fin a las relaciones jurídicas que hubiera entablado con los terceros y, en el caso de sociedades, con los propios socios. La eliminación de esas relaciones jurídicas puede producirse de forma instantánea mediante la *fusión* o la *escisión total* , es decir, a través de la transmisión universal de patrimonios y el traspaso de socios a otras sociedades de nueva creación o ya existentes, o bien de forma gradual a través de la *disolución* y la consiguiente *liquidación* . En el primer caso, no se plantea problema alguno con el concurso de acreedores: una persona jurídica puede participar en una operación de fusión o de escisión aunque se encuentre sometida a concurso y así lo prevé la Ley Concursal al permitir expresamente como contenido del convenio «la posibilidad de fusión o escisión de la persona jurídica concursada» (art. 100.3 *in fine*). Por el contrario, cuando la extinción de la persona jurídica no se produzca de forma instantánea a través de la fusión o la escisión, es necesario distinguir los conceptos de *disolución* , *liquidación* y *extinción* en sentido estricto. La *disolución* no es más que el momento inicial del proceso extintivo, que abre automáticamente el período de *liquidación* . Durante ese período, la persona jurídica, que sufre importantes modificaciones, debe poner fin a sus relaciones con terceros (*liquidación en sentido estricto*) y, en su caso, con los propios socios (*división del patrimonio resultante*). La liquidación culminará con la *extinción* (definitiva) de la persona jurídica, íntimamente vinculada a la cancelación de sus asientos registrales.

Pues bien, las relaciones entre la extinción y la declaración de concurso de una persona jurídica han de afrontarse partiendo de esos conceptos y atendiendo a la diferente función que cumplen la disolución y el concurso. Mientras la *disolución* es el presupuesto jurídico para la extinción de la persona jurídica a través de su liquidación, que, evidentemente, puede tener lugar con o sin declaración de concurso, el concurso de acreedores es un procedimiento previsto para satisfacer los derechos de los acreedores en caso de insolvencia del deudor, procedimiento que, de forma igualmente evidente, puede tener lugar tanto en una persona jurídica disuelta como en una no disuelta, de modo que su declaración no tiene por qué incidir necesariamente sobre la continuación o no de la persona jurídica. En rigor, pues, nos encontramos ante *instituciones autónomas* : una persona jurídica puede disolverse con independencia de que se encuentre o no en situación de concurso (art. 145.3) y, del mismo modo, una persona jurídica puede ser declarada en concurso tanto durante el período de explotación como durante el período de liquidación (arg. *ex art. 3.1-II*) o incluso aunque ya hubiera sido cancelada del Registro público en que figurara inscrita (v. *supra* comentario al art. 1).

Se explica así que la declaración de concurso no provoque la extinción de la persona jurídica y ni siquiera su disolución y que, en consecuencia, el precepto no se refiera a ello. La persona jurídica se mantiene, pues, durante el concurso, sin más efectos que los que se producen sobre cualquier sujeto concursado. Así, por ejemplo, la persona jurídica concursada podrá realizar durante el concurso cualesquiera modificaciones estructurales o de sus estatutos, siempre que no se traduzcan en una disposición de bienes de la masa activa (así, por ejemplo, la sociedad no podrá acordar una reducción de capital con devolución de aportaciones a los socios), y sin perjuicio, claro está, de que aquellas decisiones que supongan o requieran el ejercicio de las facultades de administrar y disponer de la masa activa queden sometidas a la limitación de esas facultades legalmente fijada (arts. 40 y 145; infra, II.1). Mas aún, en muchos casos dichas modificaciones, especialmente las estructurales y las relativas al capital social podrán ser la solución a la insolvencia y constituir cláusula del convenio que la sociedad concluya con sus acreedores (v. gr.: un aumento de capital por compensación de créditos o una reducción y aumento simultáneos del capital). Y del mismo modo, la persona jurídica concursada podrá acordar su disolución en cualquier momento del concurso, aplicándose las reglas propias de cada persona jurídica, disolución que producirá los efectos que le son propios, y, en particular, la apertura del período de liquidación.

Desde esa perspectiva, se explican igualmente las relaciones entre la liquidación de la persona jurídica (*liquidación social*) y la fase de liquidación del concurso de acreedores (*liquidación concursal*): la liquidación social es el procedimiento legalmente establecido para la extinción de la persona jurídica, es decir, para la eliminación de sus relaciones jurídicas con terceros —particularmente con los acreedores— y, en su caso, con los socios, que sigue necesariamente a la disolución; en cambio, la liquidación concursal es una fase del procedimiento concursal —alternativa al convenio— prevista exclusivamente para la satisfacción de los acreedores —y no, por tanto, para la extinción de la persona jurídica—. En principio, pues, resultarían aplicables las consideraciones realizadas para la disolución: la persona jurídica puede encontrarse en liquidación fuera del concurso de acreedores; a la inversa, podría abrirse la liquidación concursal sin que la persona jurídica estuviese disuelta y, en fin, podrían coexistir la liquidación social y la fase de liquidación del concurso. No obstante, la Ley Concursal establece, imperativamente, que la apertura de la fase de liquidación en el concurso de acreedores de la persona jurídica determina la disolución de la misma (art. 145.3), y, en consecuencia, su liquidación —social— (v. por ejemplo, art. 266 LSA), y, además, que esa liquidación —social— se llevará a cabo necesariamente por los administradores concursales («sin nombramiento de liquidadores» o con su cese cuando ya estuviesen nombrados) y «conforme a lo establecido en el capítulo II del título V de la Ley Concursal» (disp. finales 20.^a, 21.^a y 25.^a). Existe, pues, por imperativo legal, una íntima conexión entre liquidación social y liquidación concursal: si la persona jurídica se encuentra en estado de liquidación —social— por haberse abierto la fase de liquidación en el concurso de acreedores, se aplican las normas concursales en lugar de las sociales (así, en particular, no se nombrarán liquidadores; ni, por ejemplo, podrán ser designados interventores en las sociedades anónimas). En otros términos, la extinción de la persona jurídica a través de su liquidación, que implica la extinción de las relaciones jurídicas con

los terceros acreedores y, en su caso, con sus miembros, pasa a ser materia concursal (v. comentario al art. 145).

La vinculación entre el derecho concursal y el derecho de sociedades alcanzará por último a la *extinción* final de la persona jurídica. En efecto, dispone la Ley que la resolución judicial que declare la *conclusión del concurso* por inexistencia de bienes y derechos acordará la *extinción de la persona jurídica* y dispondrá la cancelación de sus asientos registrales (art. 178.3; v. comentario al art. 178).

II. Los efectos del concurso sobre los órganos de la persona jurídica

1. La continuación de los órganos. Los efectos de la limitación de las facultades patrimoniales

Si la apertura del concurso no significa que la persona jurídica se extinga y ni tan siquiera que haya de disolverse, parece lógico que durante el procedimiento se mantengan sus órganos de actuación: la asamblea o junta general y los administradores —o los liquidadores, si la persona jurídica estuviera disuelta— continuarán siendo necesarios durante el concurso. Por esta razón, durante la tramitación del concurso «se mantendrán los órganos de la persona jurídica deudora». La expresión legal («se mantendrán») no puede interpretarse de forma rigurosamente literal en el sentido de que la declaración de concurso impidiera modificar la estructura o la composición del órgano de administración, que quedaría «petrificado». La persona jurídica podrá, pues, adoptar en cualquier momento del concurso decisiones que afecten a la estructura, funcionamiento o composición de sus órganos (v. *gr.*: modificar el régimen estatutario de la junta o asamblea general, cambiar la estructura del órgano de administración y representación, etc.). La asamblea o junta general continuará siendo el órgano soberano encargado de formar la voluntad de la persona jurídica y se mantendrán los administradores o los liquidadores, como órgano de administración y representación. Incluso —como vimos— subsistirán los auditores de cuentas que hubieran sido nombrados (art. 46).

Señala la Ley que los órganos se mantendrán «durante la tramitación del concurso». Aunque parezca limitarse a la fase común del concurso, lo cierto es que los órganos de la persona jurídica concursada se mantendrán también con posterioridad. Así, cuando la solución sea el convenio, los órganos sociales continuarán durante su tramitación y, además, su aprobación judicial no producirá, en sí mismo considerada, efecto alguno sobre los órganos de la persona jurídica, sin perjuicio de que el convenio pueda contener alguna estipulación al respecto (v. comentario al art. 100). En cambio, no puede olvidarse —y el precepto no lo olvida— que la apertura de la fase de liquidación determinará el cese de los administradores o de los liquidadores (art. 145.3), y también el de los auditores y, en buena medida, privará de facultades a la junta o asamblea general (v. comentario al art. 145).

La continuación de los órganos de la persona jurídica se entiende, como es lógico, «sin perjuicio de los efectos que sobre su funcionamiento produzca la intervención o la suspensión del ejercicio de las facultades de administración y disposición».

La previsión —aparentemente superflua— parte de la idea de que los efectos patrimoniales del concurso (arts. 40 y 145) recaen, en rigor, sobre la propia persona jurídica y no sobre sus órganos, de modo que el concurso no limita las facultades de los administradores para administrar y disponer del propio patrimonio personal, sino, únicamente, los poderes de administración y disposición del patrimonio de la persona jurídica. El concurso produce, en definitiva, un *reparto de funciones* entre los *administradores concursales* y los *órganos de la persona jurídica* (asamblea o junta general y administradores), cuya determinación concreta dependerá de si las facultades patrimoniales de la persona jurídica concursada quedan simplemente intervenidas o quedan suspendidas. En caso de simple *intervención*, aquellas actuaciones de los órganos de la persona jurídica que supongan la administración o disposición de bienes de la masa activa quedarán sometidas a la autorización o conformidad de la administración concursal (art. 40.1). En caso de *suspensión*, el ejercicio de las facultades de administrar y disponer de los bienes de la masa activa pasará de los órganos sociales a los administradores concursales, de modo que corresponderá a los *órganos concursales* el poder de administrar y disponer del patrimonio social y corresponderá a los *órganos de la persona jurídica* únicamente llevar a cabo aquellos actos que la ley permite realizar al concursado. Los actos contrarios a la limitación de las facultades patrimoniales serán anulables a instancias de la administración concursal (art. 40.7; v. comentario al art. 40).

Esas consideraciones son muy claramente perceptibles en relación con el órgano de administración y representación de la persona jurídica; pero se extenderán igualmente a la asamblea o junta general, que continuará siendo el órgano soberano de la misma, como el propio precepto reconoce. Durante el concurso continuarán siendo aplicables las normas reguladoras de la asamblea o junta general de la persona jurídica (v. gr.: arts. 93 ss. LSA, 43 ss. LSRL, 20 ss. Lcoop, 10 y 11 LAIE, 11.3 y 12 LOA), con las necesarias especialidades, derivadas de los efectos de la declaración de concurso sobre las facultades de administrar y disponer. Así, 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. Del mismo modo, se mantendrá el régimen de la convocatoria a petición de la *minoría*, incluso *judicial*, cuya competencia continuará correspondiendo al juez del domicilio de la persona jurídica (v. art. 101 LSA), en la medida en que no puede considerarse incluida en la atribución al juez del concurso de jurisdicción exclusiva y excluyente sobre todas las acciones relativas al patrimonio del deudor (art. 8). De otro lado, quedará afectada por el concurso la *competencia* de la asamblea o junta general, ya que los acuerdos que signifiquen administración o disposición de bienes de la masa activa deberán ser ratificados por la administración concursal. Los acuerdos de las juntas o asambleas serán ejecutados por los administradores o liquidadores de la persona jurídica, con la intervención de la administración concursal, o por la propia administración concursal, según los casos (v. comentario al art. 40).

Se mantendrá igualmente durante el concurso el órgano de representación de la persona jurídica (v. por ejemplo, art. 129 ss. CCom., 123 ss. LSA, 11.4 y 12 LOA, art. 14 ss. LF). En el caso de sociedades y asociaciones que estuviesen ya disueltas en el momento de la declaración de concurso o que se disolviesen durante la fase común de tramitación o durante la fase de convenio (art. 145), ese órgano estará

constituido por los *liquidadores* (así, por ejemplo, arts. 267 y 268 LSA y 18 LOA). Como ya se ha señalado, durante el concurso las facultades del órgano de administración y representación de la persona jurídica variarán en función de que el juez acuerde la intervención o la suspensión de las facultades patrimoniales del concursado. En caso de *intervención*, la actuación de los administradores de la persona jurídica que signifique administrar o disponer de los bienes de la masa activa quedará sometida a la autorización o conformidad de los administradores concursales (art. 40.1), y en caso de *suspensión*, sus facultades patrimoniales pasarán a los administradores concursales, de modo que se atribuirá a la *administración concursal* el poder de administrar y disponer del patrimonio social y corresponderá a los *administradores de la persona jurídica* únicamente llevar a cabo aquellos actos que la ley permite realizar al concursado, incluyendo, en su caso, el de administrar el patrimonio que quede fuera de la masa activa del concurso (art. 40.6; v. *supra*, comentario al art. 40), así como el cumplimiento de los deberes impuestos al concursado (v. *gr.*: deberes de comparecencia, colaboración e información: art. 42.1). Las facultades de los administradores de la persona jurídica se completan teniendo en cuenta que es también de aplicación a las personas jurídicas la prohibición de enajenar o gravar bienes o derechos de la masa activa sin autorización judicial hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la fase de liquidación (art. 43.2), con la excepción de lo previsto expresamente para los actos de disposición inherentes a la continuación de la actividad empresarial (arts. 43.3 y 44; v. comentario a los arts. 43 y 44).

La Ley deja expresamente «a 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 previsión es ciertamente superflua, porque está contenida expresamente en otro lugar de la Ley (art. 145.3), pero, además, es doblemente equívoca. En primer lugar, porque los términos empleados («se declare el cese») podrían hacer pensar en una simple facultad —no se sabe si del juez del concurso o de la persona jurídica— y no en una consecuencia necesaria de la apertura de la liquidación, cuando en el título correspondiente a la liquidación no se deja lugar a dudas: «la resolución judicial que abra la fase de liquidación *contendrá* (...), *en todo caso*, el cese de los administradores o liquidadores, que serán sustituidos por la administración concursal» (art. 145.3). En el diseño legal el cese de las personas que integren el órgano de administración y representación de la persona jurídica constituye, pues, un efecto necesario de la apertura de la fase de liquidación, que deberá ser, por tanto, acordado o declarado por el juez en la propia resolución de apertura (v. comentario al art. 145). En segundo lugar, porque, como tendremos ocasión de señalar, la expresión legal («cese») no puede interpretarse en sentido literal como sustitución a todos los efectos de los órganos de la persona jurídica por la administración concursal, sino con un alcance limitado a la liquidación. Se trata, pues, de un «cese (...) para proceder a la liquidación», porque la persona jurídica continuará necesitando un órgano de administración y representación (v. *infra*, comentario al art. 145).

La Ley opta por mantener el deber del concursado de formular y someter a auditoría sus cuentas anuales (art. 46.1). Así, en particular, las sociedades de capital que cumplan los requisitos legalmente exigidos (arts. 203 y 181 LSA) deberán mantener a los *auditores de cuentas* que hubieran sido nombrados antes de la declaración de

concurso o nombrar a quienes deban realizar la auditoría durante el concurso. La continuación de los auditores —o su nombramiento— deberá producirse aun en el caso de que la sociedad esté dispensada de auditar las primeras cuentas (art. 46.1-II). Durante el concurso, la competencia para el nombramiento de auditores continuará correspondiendo a la junta general (art. 204 LSA), tanto en caso de intervención como de suspensión en el ejercicio de las facultades de administración y disposición del patrimonio, si bien la trascendencia patrimonial del nombramiento exigirá la ratificación de la administración concursal. Ahora bien, si la junta general no procediera al nombramiento, la legitimación para solicitar su designación al registrador mercantil corresponderá no sólo a los administradores de la sociedad, al comisario del sindicato de obligacionistas y a cualquier accionista (art. 205.1 LSA), sino también a la administración concursal. Y, del mismo modo, la administración concursal estará legitimada, cuando concurra justa causa, para solicitar del juez la revocación de los auditores designados por la junta general o por el registrador mercantil y el nombramiento de otros (art. 206).

2. Los derechos de asistencia y voz de los administradores concursales

Completando las funciones de la administración concursal, la Ley dispone que «los administradores concursales tendrán derecho de asistencia y de voz en las sesiones de los órganos colegiados» (art. 48.1 *in fine*). Se trata de una disposición que introduce durante el concurso una modificación importante en el derecho de las personas jurídicas: los administradores concursales podrán participar en las sesiones de las juntas o asambleas generales —ordinarias y extraordinarias— y especiales y también en las sesiones de los órganos colegiados de administración. La decisión legal trata de establecer una adecuada relación entre los órganos sociales y los concursales, a los efectos de que éstos puedan ejercer sus funciones. Por eso, aunque se trate ciertamente de *derechos o facultades*, y no de deberes, el correcto desarrollo de la función de la administración concursal hace conveniente su ejercicio efectivo.

El derecho deberá ser tenido en cuenta a la hora de la correspondiente *convocatoria*, de modo que los administradores concursales deberán ser convocados personalmente con la debida antelación. Aunque dada la situación, ello no debe plantear especiales dificultades, la falta de convocatoria determinará la nulidad de los correspondientes acuerdos. La junta o asamblea no podrá celebrarse sin la convocatoria de los administradores concursales ni siquiera con el carácter de *universal*.

La facultad de los administradores concursales es doble: derecho de «asistencia» y derecho de «voz». Se trata de derechos complementarios de sus facultades, que lógicamente interesan también al concursado, a quien puede proporcionar información adecuada sobre la marcha del concurso. No se les atribuye el derecho de voto, porque respecto de las decisiones que incidan en la masa activa disfrutan de una facultad mayor —equivalente a un derecho de veto—, que lógicamente podrán hacer valer en la propia reunión de que se trate.

Aunque no se señale expresamente, la administración concursal gozará de legitimación para *impugnar* los acuerdos de la asamblea o junta general, si bien en caso

de simple intervención de las facultades del deudor, sólo deberán considerarse facultados para impugnar los acuerdos considerados nulos. No debe confundirse esa facultad con la de solicitar la anulación —o, en su caso, realizar la convalidación— de aquellos actos de la persona jurídica concursada que violen las limitaciones impuestas al ejercicio de las facultades de administrar y disponer de los bienes que integren la masa activa (arts. 40.7 y 137.2).

3. La acción social de responsabilidad frente a los administradores, los liquidadores y los auditores

3.1. DELIMITACIÓN DEL SUPUESTO. LA SUBSISTENCIA DURANTE EL CONCURSO DE LA ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD Y DE LA SANCIÓN CONSISTENTE EN LA IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR LAS DEUDAS SOCIALES

A la hora de determinar los efectos del concurso sobre la persona jurídica, el precepto presta especial atención al régimen durante el concurso de la denominada acción social de responsabilidad, es decir, la que corresponde a la persona jurídica contra sus órganos por los daños que causen con su actuación a la propia persona jurídica (v., por ejemplo, arts. 134 LSA, 14.2 LAIE, 15 LOA, 18 LF). Al referirse exclusivamente a «las acciones de responsabilidad que (...) asistan a la persona jurídica deudora» (art. 48.2-I), queda claro que la norma contempla de forma exclusiva la denominada acción social de responsabilidad. De este modo, la Ley no se refiere ni a la *acción individual de responsabilidad*, que asiste a los terceros y a los socios por los daños que hayan podido causarles directamente en su patrimonio los administradores, liquidadores o auditores de cuentas de las sociedades con su conducta ilícita (v., por ejemplo, arts. 135 y 179 LSA), ni contempla tampoco —pese a su estrecha relación con el concurso— la especial *sanción* impuesta a aquellos administradores que hubieran incumplido sus deberes específicos en caso de concurrencia de causa de disolución, consistente —como es sabido— en hacerles solidariamente responsables de las deudas sociales (arts. 262 LSA y 105 LSRL, modificados por las disp. finales 20.^a y 21.^a, respectivamente). La consecuencia es que uno y otro régimen subsisten durante el concurso, de modo que, en particular, sus titulares conservan la posibilidad de ejercitar acciones individuales de responsabilidad para obtener la reparación de los daños causados en su patrimonio, y, lo que es más importante, los acreedores sociales podrán, en su caso, exigir el pago del crédito a los administradores de la sociedad, algo que puede traducirse en una satisfacción, parcial o total, de sus créditos fuera del concurso. Cuando dichas acciones se hubieran entablado con anterioridad a la declaración de concurso, continuarán, aun en el caso de que la demanda se hubiera dirigido también contra la persona jurídica concursada (art. 57.1). Otra consecuencia importante de la posibilidad de ejercicio de esas acciones por los acreedores durante el concurso de la persona jurídica es que se aplicará a las referidas acciones la interrupción de la prescripción prevista en la Ley Concursal para las acciones contra administradores, liquidadores y auditores (art. 60.2; v. comentario al art. 60).

A) La compatibilidad con el concurso de acreedores es evidente por lo que se

refiere a la *acción individual de responsabilidad*. No existe interferencia con el concurso porque la acción individual de responsabilidad se dirige a la reparación del *daño* causado directamente al acreedor o al socio, de modo, que —por lo que se refiere al acreedor— no incluye la satisfacción del crédito. El concursado es la propia persona jurídica —y no los administradores, o los liquidadores, o los auditores—, de modo que el ejercicio de esa acción para obtener la reparación de los daños causados directamente en su patrimonio no puede considerarse incluido en la limitación de las facultades de los acreedores. A falta de una norma expresa, el ejercicio de esas acciones no puede quedar afectado por el concurso de la persona jurídica. Y eso es más claro aún por lo que se refiere a los *socios*, que podrán ejercitar contra los administradores —los liquidadores o los auditores— las acciones dirigidas a obtener indemnización por los daños que les hayan causado directamente. Naturalmente, la competencia para el ejercicio de la acción individual de responsabilidad no corresponderá en ninguno de los dos casos al juez del concurso, sino que se determinará conforme a las reglas generales. En el supuesto en que la condena al administrador incluyera expresamente la satisfacción de una deuda de la persona jurídica concursada, el acreedor demandante dejará de integrar la masa pasiva del concurso y será sustituido por el administrador o liquidador condenado, cuyo crédito tendrá carácter subordinado (arts. 92-5.º y 93.2-2.º).

B) La compatibilidad con el concurso es predicable igualmente de la *sanción* consistente en imponer a los administradores la responsabilidad por las deudas sociales, a pesar de que la finalidad de dicha sanción es, en definitiva, que los acreedores sociales —ahora concursales— puedan obtener el pago de su crédito de un responsable solidario. En efecto, de un lado, es innegable que esa sanción trata de impedir que la sociedad llegue a ser insolvente, porque se impone si, en presencia de pérdidas de la mitad del capital, los administradores no hacen cuanto esté en su mano para conseguir que se adopte una medida de saneamiento o se acuerde la disolución —o incluso se inste el concurso—, y, de otro lado, la declaración de concurso producida a petición de los administradores dentro del plazo previsto para la convocatoria de la junta general enerva la eficacia de la causa de disolución por pérdidas [así, arts. 260.1-4.º LSA y 104.1-d) LSRL], y, por tanto, libera a los administradores de la sanción, y, en el mismo sentido, la solicitud de concurso se equipara a la solicitud de disolución judicial a efectos de evitar la sanción (v. arts. 262.5 LSA y 104.5 LSRL). Por todo ello, si en el momento de la declaración de concurso los administradores hubieran incumplido ya los deberes de convocar junta general y de solicitar la disolución judicial —o el concurso de acreedores—, y, por tanto, la sanción fuera aplicable, habrán de continuar respondiendo de las deudas sociales durante el procedimiento. Sin una disposición legal expresa, la declaración de concurso no puede eliminar esta sanción legal. Antes al contrario, la sanción cobra todo su sentido cuando la sociedad sea declarada en concurso sin que los administradores hubieran adoptado las medidas previstas en la Ley para evitarlo: a la responsabilidad del patrimonio social viene a sumarse entonces la de los patrimonios personales de los administradores. Más aún, salvo en supuestos extraordinarios, la declaración de concurso de la sociedad presupone, precisamente, que han fallado los mecanismos protectores establecidos para los supuestos en que la sociedad es todavía solvente. Es cierto que con su silencio —que contrasta con la norma prevista

respecto de la responsabilidad de los socios de las sociedades de personas (apartado 5; v. *infra*, IV.3)— la Ley parece olvidar el carácter y el fundamento de esa sanción, íntimamente vinculados al concurso de acreedores (como demuestran las disposiciones finales vigésima y vigésimo primera de la propia Ley), pero lo cierto es que la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales que hubiera resultado del incumplimiento de sus deberes no sufre modificación alguna durante el concurso, de modo que serán los acreedores —y no la administración concursal— los legitimados para reclamar a los administradores sancionados —como responsables solidarios— el pago de sus créditos. Esa opción legal origina delicados problemas. De un lado, si, como consecuencia de las reclamaciones de los acreedores, los administradores pagaran deudas sociales, gozarán de la correspondiente acción de regreso contra la sociedad concursada, aunque su crédito tendrá carácter *subordinado* (arts. 92-5.º y 93.2-2.º). Si, en sentido contrario, algún administrador no pudiera hacer frente a las reclamaciones, deberá declararse su propio concurso —a solicitud del propio administrador o de los acreedores (art. 3.1)—, que podrá ser acumulado al concurso de la sociedad (art. 25), lo que garantizará tanto la coordinación en los pagos a los acreedores de la sociedad como el regreso del administrador frente a la sociedad, y permitirá incluso —en su caso— la rescisión de los pagos ya realizados por el administrador (art. 71). Con todo, el problema mayor se plantea a la hora de compatibilizar esta sanción con la que pueda derivarse de la calificación del concurso como culpable (art. 172.3; v. *infra*, 3.4 y comentario art. 172).

3.2. EL RÉGIMEN DE LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD DURANTE EL CONCURSO

La Ley regula exclusivamente el ejercicio de la llamada acción social de responsabilidad contra administradores, liquidadores y auditores por los daños que hayan causado al patrimonio de la persona jurídica con su conducta. Sujetos pasivos de la acción pueden ser, pues, como antes de la declaración de concurso, los administradores, los liquidadores y los auditores que hubieran causado daño al patrimonio de la persona jurídica. Pueden incluso iniciarse acciones *simultáneamente* contra administradores, liquidadores y auditores

El precepto establece únicamente que «estarán *también* legitimados para ejercitar esas acciones los administradores concursales». La norma se limita, pues, a extender la legitimación para el ejercicio de la denominada acción social de responsabilidad a la administración concursal. Pero, en rigor, carece de sentido que la legitimación de la administración concursal se añada a la de la persona jurídica (y, en su caso, a la de la minoría y la de los acreedores: v. art. 134 LSA): si la persona jurídica deudora está sometida a concurso, lo que produce su intervención o la sustitución en el ejercicio de sus facultades patrimoniales, no se entiende que conserve la facultad de ejercitar la acción. Lo razonable sería entender que, abierto el concurso, la legitimación para el ejercicio de la acción social se atribuyese *exclusivamente* a la administración concursal, al menos en los casos de sustitución (art. 54.1). Pero como los términos del precepto no dejan lugar a la duda sobre la acumulación de legitimaciones, es preciso interpretarlo de acuerdo con la norma que fija los efec-

tos del concurso sobre el deudor, de modo que el concurso no priva a la persona jurídica de legitimación para el ejercicio de la acción, pero dicha legitimación deberá compaginarse con la situación en la que se encuentra como consecuencia del concurso. Si se produce únicamente la *intervención* de las facultades patrimoniales del deudor, el ejercicio de la acción de responsabilidad por la persona jurídica, como el de cualquier otra acción que pueda afectar a su patrimonio quedará sujeto a la autorización o conformidad de la administración concursal (arts. 40.1 y 54.2), y si se produce la *sustitución*, habrá que entender que la sociedad no está en realidad legitimada para ejercitar la acción, por cuanto «se suspenderá el ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio» (art. 40.2) y «corresponderá a la administración concursal la legitimación para el ejercicio de las acciones de índole no personal» (art. 54.1). En cuanto a la legitimación —subsidiaria— de la *minoría* (art. 134.4 LSA) —o del *Protectorado* o de los *patronos disidentes o ausentes* [art. 18.3-b) y c) LF]— habrá de mantenerse en los mismos términos, a pesar de las dudas que pudiera suscitar la pluralidad de legitimaciones durante el concurso, porque la persona jurídica subsiste. Se mantendrá incluso la legitimación, subsidiaria de segundo grado, de los acreedores concursales (art. 134.5 LSA), que, sin embargo, se modifica durante el concurso para someterse al régimen previsto expresamente para el ejercicio por los acreedores de acciones del concursado de carácter patrimonial (art. 54.4).

La naturaleza de la acción de responsabilidad continúa siendo la misma: es una acción para reclamar la reparación de los daños causados al patrimonio de la persona jurídica, es decir, a la *masa activa* del concurso. Los *presupuestos* para el ejercicio de la acción social de responsabilidad por los administradores concursales son los que se prevén con carácter general (v. arts. 133 LSA; 18 LF; 15.3 y 4 LOA), es decir, conducta ilícita, daño en el patrimonio de la persona jurídica y relación de causalidad entre la conducta y el daño. Es indiferente que esos presupuestos hubieran concurrido con anterioridad a la declaración de concurso o se produjeran durante el procedimiento. Los medios de exoneración de responsabilidad tampoco experimentan modificación alguna (arts. 133 LSA, 18 LF y 15.5 LOA). Igualmente, el ejercicio por la administración concursal de la acción social de responsabilidad determinará el cese de los administradores demandados, de conformidad con las normas generales (art. 134.2-II LSA). En cuanto a la *prescripción* de la acción, habrá que estar igualmente a las normas generales, teniendo en cuenta, además, que la propia Ley Concursal dispone que «desde la declaración hasta la conclusión del concurso quedará interrumpida la prescripción de las acciones contra socios y contra administradores, liquidadores y auditores de la persona jurídica deudora» (art. 60.2; v. comentario art. 60).

De otro lado, no debe llevar a equívoco la circunstancia de que el precepto se refiera a los «administradores concursales» y no a la «administración concursal», pues parece evidente que la legitimación se atribuye al órgano de administración y representación del concurso, que actúa colegiadamente (art. 35.2), y no se otorga a título individual a los miembros de dicho órgano. La legitimación de la administración concursal es *directa*. En efecto, se establece que la acción podrá ejercitarse «sin necesidad de previo acuerdo de la junta o asamblea de socios». La declaración legal parece innecesaria, pero pone de manifiesto que la administración concursal

no deberá esperar la actuación de la junta general o de los socios o de los acreedores, ni siquiera cuando haya simple intervención, sino que podrá actuar directamente en interés del concurso. A diferencia, pues, de la legitimación de la minoría o de los acreedores, no existe requisito añadido alguno para el ejercicio de la acción por la administración concursal.

3.3. LA COMPETENCIA DEL JUEZ DEL CONCURSO

La Ley añade que «corresponderá al juez del concurso la *competencia* para conocer de las acciones a que se refiere el párrafo anterior» (art. 48.2.-II). No se trata —parece obvio— de una manifestación concreta de la disposición general relativa a la competencia del juez del concurso, que —como es sabido— se extiende a todas las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan *contra* el concursado (v. arts. 86 *ter.* 1-1.º LOPJ y 8-1.º LC), sino de una regla competencial claramente complementaria, ya que se dispone que el juez del concurso es también competente para el ejercicio de acciones que se encuentran en el patrimonio *del* concursado (v., expresamente, arts. 86 *ter.* 1-6.º LOPJ y 8-6.º LC, que —incomprensiblemente— limitan la competencia del juez del concurso a las acciones «por los perjuicios causados al concursado durante el procedimiento»; v. comentario al art. 8).

La utilización de la expresión «acciones a que se refiere el párrafo anterior» autoriza a concluir que el juez del concurso será competente para conocer de cualquier acción social de responsabilidad, con independencia de que sea ejercitada por la propia persona jurídica, por la administración concursal, por los legitimados subsidiarios —minoría, protectorado y patronos disidentes o ausentes—, o, en fin, por los acreedores (así, art. 54.4; v. también arts. 86 *ter.* 1-6.º LOPJ y 8-6.º LC), y que su competencia no se extenderá, por el contrario, a las acciones individuales de responsabilidad ni a aquellas otras que ejerciten los acreedores en reclamación de créditos a los administradores responsables de las deudas sociales.

No se pronuncia la Ley acerca del procedimiento por el que deberán ejercitarse las acciones de responsabilidad. Es cierto que existe cierta conexión con el concurso, desde el momento en que se establece que la formación de la sección de calificación «no afectará a las acciones de responsabilidad que se hubieran ejercitado» (art. 48.2.-III); pero no lo es menos que las acciones de responsabilidad no pueden considerarse *cuestiones incidentales* del concurso (art. 192.1). Por ello, en aplicación de las normas generales, todas las acciones de responsabilidad contra administradores, liquidadores y auditores, con independencia de su carácter (social o individual) y de la persona que las ejerciten se sustanciarán por los trámites del juicio declarativo que corresponda según la cuantía de la reclamación (arts. 134 LSA y 69 LSRL).

3.4. LA INDIFERENCIA DE LA FORMACIÓN DE LA SECCIÓN DE CALIFICACIÓN SOBRE LAS ACCIONES QUE SE HUBIERAN EJERCITADO

Se establece, en fin, que «la formación de la sección de calificación no afectará a las acciones de responsabilidad que se hubieran ejercitado» (art. 48.2-II). La norma establece, pues, aunque sea de forma poco clara, una independencia total entre las acciones de responsabilidad por daños contra administradores y liquidadores y los efectos que sobre ellos pudieran recaer como consecuencia de la calificación del concurso como culpable (art. 172), en el doble sentido de que la formación de la sección de calificación ni pone fin a las acciones ya ejercitadas ni tan siquiera impide su ejercicio. Aunque la Ley aluda sólo a las «acciones que se hubieran ejercitado» antes de la formación de la sección de calificación, no existe obstáculo para que se inicie la correspondiente acción tras la formación de la sección de calificación. La Ley se refiere sólo —como ya sabemos— a la acción social de responsabilidad que hubiera sido ejercitada por la persona jurídica o por la administración concursal; pero esa misma independencia es manifiesta también en el caso de acciones individuales de responsabilidad, que pretenden únicamente el resarcimiento de los daños directamente causados a los terceros o a los socios (v. art. 135 LSA). Y la formación de la sección de calificación no podrá impedir tampoco que los acreedores sociales sigan reclamando a los administradores el pago de los créditos cuando se hayan convertido en responsables solidarios de las deudas sociales.

La indiferencia de la formación de la sección de calificación sobre las acciones que se hubieran ejercitado o se ejerciten se mantiene incluso tras la sentencia de calificación del concurso como culpable. Quiere esto decir que ni siquiera la *sanción de cobertura del déficit* que se impusiera a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso fuera calificado como culpable (art. 172.3) podrá considerarse incompatible con el ejercicio de la acción social de responsabilidad, aunque es evidente que el éxito de esa acción puede suprimir la posibilidad misma de la sanción si propiciara una solución convenida del concurso de acreedores. Ciertamente, la sanción de cobertura del déficit y la acción social de responsabilidad tienen en común la circunstancia de que, en definitiva, contribuyen al resarcimiento de los acreedores, pero su naturaleza es muy diferente: la cobertura del déficit patrimonial del deudor constituye una *sanción* derivada de la calificación de un concurso en el que la solución sea la liquidación, que, por tanto, ha de ser independiente del *daño* que la conducta de los administradores haya causado al patrimonio del deudor, daño que podrá exigido dentro y fuera del concurso. Nada impide, por supuesto, que el juez del concurso, competente en ambos casos, tenga en cuenta el ejercicio —o no— de la acción de responsabilidad para modular la condena en sede de calificación (v. *infra*, comentario al art. 172).

Ninguna duda plantea tampoco la compatibilidad de la sanción de cobertura del déficit con la acción individual de responsabilidad, con la que tan sólo resulta beneficiado el acreedor o el socio directamente perjudicado, que, además, queda literalmente excluida del precepto que comentamos, relativo tan sólo a las acciones de responsabilidad que «asistan a la persona jurídica deudora contra sus administradores».

Y lo mismo puede decirse, en fin, a pesar de su común carácter sancionatorio, respecto de las acciones que hayan podido ejercer los acreedores contra los administradores solidariamente responsables de las deudas sociales, ya que el presupuesto y el contenido de la sanción son diferentes. En un caso (*sanción social*) deriva del incumplimiento de los especiales deberes impuestos cuando concurra causa de disolución de la sociedad y consiste en la imputación de responsabilidad por las deudas sociales, y en otro caso (*sanción concursal*) deriva de la calificación de un concurso como culpable y consiste en la obligación de cubrir, total o parcialmente, el déficit que resulte de la liquidación concursal (v. comentario al art. 172). Todo ello se entiende sin perjuicio —claro está— de que la utilización por los acreedores —siempre que sea posible— de la primera vía haya de ser tenida en cuenta por el juez en la sección de calificación y pueda incluso evitar la segunda sanción (v. *gr.*: no llega a abrirse la fase de liquidación).

4. El embargo de bienes de los administradores y liquidadores

4.1. LOS PRESUPUESTOS DEL EMBARGO

La Ley establece la posibilidad de que el juez del concurso ordene el embargo de bienes y derechos de los administradores y/o de los liquidadores de hecho o de derecho de la sociedad concursada (art. 48.3). Se trata de una *medida cautelar especial* (v. art. 721.2 LEC), cuya *instrumentalidad* —legalmente considerada como característica de toda medida cautelar (art. 726-1.^a LEC)— se establece en relación con la condena que, en caso de formación de la sección de calificación como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, pueda recaer sobre determinados administradores o liquidadores de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, consistente en cubrir el déficit resultante de la liquidación de la masa activa (art. 172.3). La medida cautelar específica —el embargo— es *congruente* con la eventual condena: si la responsabilidad concursal de los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, consiste en «pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa», lógico es que se quiera garantizar esa cobertura y cubrir la eventual insolvencia sobrevenida de los condenados facultando al juez para ordenar el embargo de bienes y derechos en cantidad suficiente.

Los *presupuestos* de la orden judicial de embargo han de estar, pues, en íntima relación con los de la referida condena, aunque la coincidencia no pueda ser total. Así, en efecto, es necesario, en primer lugar, que resulte fundada la posibilidad de «que el concurso se califique como *culpable*» (sobre lo cual, v. *infra*, comentario a los arts. 163 a 165 y 172). El segundo y último presupuesto del embargo es «que la *masa activa sea insuficiente* para satisfacer todas las deudas». Es evidente su exigencia, ya que la eventual condena consistirá precisamente, en la cobertura del déficit resultante de la liquidación, es decir, «el importe que de sus créditos no perciban» los acreedores (art. 172.3). A la hora de referirse al embargo, la Ley guarda silencio acerca del otro presupuesto exigido para la condena de los administradores en la sección de calificación, a saber, que esa sección se haya formado como consecuencia

de la apertura de la fase de *liquidación*, de modo que no se exige que esa posibilidad resulte fundada. Ciertamente, esa circunstancia deberá valorarse por el juez, pero no constituye presupuesto autónomo del embargo, sino que habrá de considerarse incluida en el presupuesto relativo a la insuficiencia de la masa. Y finalmente, tampoco constituye presupuesto del embargo la existencia de indicios de la actuación culposa o dolosa de todos y cada uno de los sujetos pasivos, que, obviamente, será necesaria para la condena en la sección de calificación, si bien, lógicamente, la existencia de esos indicios deberá tenerse en cuenta para determinar a qué sujetos se extiende el embargo y en qué cuantía (v. *infra*, comentario al art. 172).

Corresponderá al juez del concurso, bajo su responsabilidad, determinar si resulta *fundada* esa triple circunstancia, atendiendo a la actuación del concursado (v. gr.: si hubiera solicitado la apertura de la liquidación o si hubiera presentado una propuesta anticipada de convenio), al contenido del informe de la administración concursal, al comportamiento de los administradores durante el concurso, etc. Si el embargo fuera acordado faltando alguno de los presupuestos referidos, los administradores y los liquidadores afectados podrán solicitar la correspondiente indemnización de los daños y perjuicios causados.

4.2. EL ÁMBITO DEL EMBARGO

4.2.1. *Ámbito temporal*

El embargo puede acordarse «desde la declaración de concurso de la persona jurídica», es decir, en cualquier momento del procedimiento concursal ya declarado. Dados los términos utilizados por el precepto, no parece posible que esa medida cautelar sea adoptada antes de la declaración de concurso, al admitir a trámite la solicitud de concurso necesario (v. art. 17). Será posible incluso acordarlo, de oficio, en el propio auto de declaración si se considera que la insuficiencia patrimonial de la persona jurídica es tal que conducirá irremediablemente a la liquidación y que existen, igualmente, indicios razonables de que el concurso será calificado como culpable. No obstante, será más habitual que el juez lo acuerde, de oficio o a petición de la administración concursal, a medida que avance el procedimiento. En este sentido, puede resultar determinante, una vez más, el informe elaborado por la administración concursal, ya que de él podrán desprenderse directa o indirectamente, los requisitos exigidos legalmente para que pueda acordarse el embargo. El juez del concurso podrá ordenar el embargo «de oficio o a solicitud razonada de la administración concursal».

El embargo deberá quedar sin efecto cuando falte de forma sobrevenida alguno de los referidos presupuestos, lo que sucederá necesariamente con la aprobación judicial de un convenio —anticipado u ordinario— y, en caso de apertura de la fase de liquidación, con la calificación del concurso como fortuito o incluso con la presunción de que podrán ser pagados todos los créditos. El embargo deberá cesar también respecto de aquel sujeto que en la sentencia de calificación no estuviera incluido entre las personas «afectadas por la calificación» (art. 172.2-1.º).

4.2.2. *Ámbito subjetivo*

El embargo —como la condena derivada de la calificación del concurso como culpable— puede ir referido tanto a los administradores como a los liquidadores. En función de las decisiones de la persona jurídica sobre su disolución, podrá afectar sólo a administradores, sólo a liquidadores o tanto a administradores como a liquidadores. No podrá afectar, en cambio, a los auditores de cuentas, quienes no podrán recibir la sanción de cobertura del déficit. El embargo podrá afectar a bienes de los administradores y/o de los liquidadores que lo sean en el momento de la declaración de concurso o que lo hubieran sido dentro de los dos años anteriores a aquella declaración. Es indiferente que se trate de personas naturales o de personas jurídicas (el embargo afectará al patrimonio de la persona jurídica y no al de la persona natural que lo represente, salvo que sea, a su vez, administrador de hecho). No afectará, obviamente, a los administradores o liquidadores designados suplentes si no llegaron a ser nombrados. En realidad, se refiere, pues, a quienes pueden ser *personas afectadas por la calificación* (art. 172.2-1.º) y, en consecuencia, condenados a cubrir el déficit del concurso de la persona jurídica en la liquidación (art. 172.3). Al igual que sucede con la sentencia de calificación del concurso como culpable, el juez no tendrá por qué embargar los bienes de todos los administradores y/o liquidadores ni deberá hacerlo en la misma cuantía (v. *infra*, comentario al art. 172).

La Ley se refiere expresamente a los administradores o liquidadores «de derecho o de hecho». Continúa así la tendencia legislativa de equiparar al administrador *de hecho* con el de derecho (v., por ejemplo, art. 133.2 LSA, tras la modificación experimentada por la Ley 26/2003, de 17 de julio, de transparencia de sociedades anónimas cotizadas), de modo que la persona natural o jurídica que actuara como administrador o como liquidador de la persona jurídica concursada sin cumplir las exigencias formales previstas legalmente se someterá al mismo régimen jurídico que el administrador o liquidador que tuviera un nombramiento válido y vigente. En particular, unos y otros podrán ver embargados cautelarmente sus bienes y derechos en la cuantía que el juez estime bastante, al igual que podrán ver su crédito calificado como subordinado (art. 93.2-2.º) o podrán, en fin, ser especialmente sancionados en sede de calificación (art. 172.3). Naturalmente, mientras no presenta dificultad alguna la calificación como administrador o liquidador de derecho, sí la presenta la calificación como administrador o liquidador de hecho. Corresponderá al juez de concurso fundamentar la consideración del sujeto cuyos bienes sean embargados como administrador de hecho, a cuyo fin deberá valorar todo lo actuado en el procedimiento (v. comentario al art. 172).

4.2.3. *Ámbito objetivo*

Corresponde también al juez del concurso decidir la *cuantía* del embargo, siempre que lo considere «bastante» para la cobertura del eventual déficit que resulte de la liquidación. Como la sentencia de condena puede ser para cubrir el déficit «total o parcialmente», el embargo no tiene por qué cubrir toda la cifra de déficit prevista, aunque no habrá inconveniente en que así sea. En ese sentido, no estará

de más señalar que en el cálculo del déficit deben tenerse en cuenta todos los créditos («todas las deudas» dispone el precepto que comentamos): tanto los créditos concursales —y entre ellos, los subordinados— como los créditos contra la masa, a pesar de que la norma sobre la eventual condena en la sección de calificación aluda sólo al pago de los créditos *concuriales* (art. 172.3).

En caso de *pluralidad de embargados*, el juez podrá aplicar la regla de la responsabilidad solidaria y acordar embargos de todos los afectados por la totalidad o, si le consta la actuación de cada uno de ellos, podrá ajustar el embargo a la imputación concreta y, por tanto, a la eventual condena, pensando en un reparto de la deuda sancionatoria (v. comentario al art. 172).

4.3. LA SUSTITUCIÓN DEL EMBARGO

A solicitud del administrador o liquidador interesado, el juez del concurso podrá sustituir el embargo por una garantía personal: el aval prestado por una entidad de crédito. Se trata de una *caución sustitutoria* (arts. 746 y 747 LEC) *ex lege*. Aunque la Ley dice «podrá», en realidad, el juez deberá acceder a la sustitución, porque, tratándose de una suma de dinero, no hay fundamento para una negativa. Naturalmente, ese aval deberá ser también «bastante» para cubrir el déficit que resulte de la liquidación. Igualmente, corresponderá al juez valorar la suficiencia —formal y material— del aval.

Por esas mismas razones, el juez podrá —en realidad, deberá— aceptar la sustitución del embargo por la consignación en dinero del referido déficit o por la prestación de una garantía real suficiente, ya que con cualquiera de ellas se consigue el mismo resultado que con el embargo. La Ley prevé una caución sustitutoria concreta, pero no impide otras (v. art. 746 LEC). La caución sustitutoria ha de servir tanto para evitar el embargo como para alzar el que ya se hubiera acordado. En caso de pluralidad de afectados, no existe inconveniente para que el aval —o la consignación o la garantía real— sea único para todos los sujetos afectados, porque el resultado del proceso —la cobertura del déficit— queda suficientemente cubierto con una sola garantía.

III. Los efectos del concurso sobre los socios

1. Los efectos del concurso sobre la obligación de aportar

1.1. CONSIDERACIÓN GENERAL

El concurso de la persona jurídica no afecta a las obligaciones de sus socios. Sin embargo, es ya clásico el problema de que la obligación de aportar del socio —contraída en el momento constitutivo o con posterioridad— hubiera quedado total o parcialmente diferida y se encuentre, por tanto, sin realizar en su integridad cuando se declara el concurso de acreedores. En efecto, salvo en las sociedades de responsabilidad limitada, en las que se exige el íntegro desembolso de las partici-

paciones sociales (art. 4 LSRL), la aportación del socio puede haber quedado diferida (arts. 1681 y 1682 CC para las sociedades civiles; 170, 171 y 218-4.º CCom. para las sociedades mercantiles de personas, y 42 a 46 LSA, para las sociedades anónimas). El mayor interés se presenta en las sociedades anónimas —y en las comanditarias por acciones—, ya que no hay socios responsables de las deudas sociales, si bien el régimen jurídico de la obligación de aportar diferida es sustancialmente el mismo para todas las sociedades: se exige el desembolso inicial mínimo de una cuarta parte del valor nominal de cada una de las acciones (art. 12 LSA), de modo que, cuando la aportación no se realice íntegramente, nace un crédito de la sociedad contra los accionistas por la porción no desembolsada del capital (art. 175. ACTIVO.A) LSA). Esa obligación del socio recibe el nombre tradicional, aunque inexacto, de *dividendos pasivos*, específica y detalladamente regulada en la Sección Segunda del Capítulo III de la Ley de Sociedades Anónimas (arts. 42 a 46).

Si se declara el concurso de la sociedad existiendo aportaciones pendientes, la obligación del socio, a falta de norma expresa, quedaría sometida al régimen general de los créditos a favor del concursado. Es claro, en efecto, que la obligación de aportar del socio no se extingue con la declaración de concurso de la sociedad y ni siquiera con la apertura de la fase de liquidación, algo que se apoya tanto en la consideración de los efectos del concurso sobre la sociedad como en la propia naturaleza de la aportación. Desde la primera perspectiva (v. *supra*, II), la sociedad subsiste y en su patrimonio existe un derecho de crédito contra el socio, de modo que, aunque no existiera una norma al respecto, ese crédito —como cualquier otro crédito del concursado— podría ser hecho valer durante el concurso para la satisfacción de los acreedores: si la sociedad opta por no disolverse, la aportación quedaría sometida a las reglas generales y si acuerda la disolución, la obligación de aportar continuaría también, aunque sometida al régimen especial de la liquidación.

1.2. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA OBLIGACIÓN DE APORTAR DURANTE EL CONCURSO

1.2.1. *Las especialidades derivadas de la situación de concurso*

La vinculación existente entre la obligación de aportar y la explotación social (arts. 1665 CC, 116 CCom. y 1 LSA) lleva a un tratamiento especial del crédito de la sociedad relativo a la aportación, contenido en el apartado cuarto del precepto que comentamos, que viene a complementar el régimen del Código Civil, del Código de Comercio y de la Ley de Sociedades Anónimas, y que recuerda al establecido para los casos de disolución de la sociedad anónima [art. 272-e) LSA]. La facultad de exigir el cumplimiento de la obligación se atribuye, en todo caso («exclusivamente», dice la Ley), a la *administración concursal* y no, por tanto, a los administradores —o liquidadores— de la sociedad. A pesar de que la declaración de concurso no afecta a la continuación de los órganos sociales, sino que produce tan sólo un reparto de funciones con los concursales, que dependerá de la intensidad de las limitaciones a las facultades de administrar y disponer que se impongan al concursado (v. *supra*, II), la Ley ha optado por atribuir en exclusiva la competencia para la reclamación a la administración concursal.

En realidad, el precepto trata de solucionar el problema de que la escritura o los estatutos hayan fijado un plazo (amplio) para la realización de la aportación, pues se otorga expresamente a la administración concursal la facultad de reclamarla «cualquiera que fuera el plazo fijado en la escritura o en los estatutos». Cuando la Ley atribuye a la administración concursal la facultad de reclamar la aportación pendiente está estableciendo la ineficacia del plazo estatutariamente fijado para ello, es decir, en definitiva, la posibilidad de una exigibilidad anticipada del crédito de la sociedad, algo que se justifica por el riesgo asumido por los socios al comprometerse a realizar la aportación: si la sociedad puede, antes de la declaración de concurso, modificar sus estatutos, y anticipar la exigibilidad de la aportación en atención a sus necesidades, la Ley establece que, cuando está en juego la satisfacción de los acreedores, no es necesario modificar los estatutos, sino que la administración concursal puede exigirla inmediatamente.

El régimen legal ha de considerarse aplicable también a las *aportaciones no dinerarias* diferidas, ya que la ley exige mención estatutaria expresa del plazo de desembolso. Ahora bien, en el caso de las sociedades anónimas —y comanditarias por acciones— la circunstancia de que esas aportaciones deban ser íntegramente desembolsadas en un plazo no superior a cinco años a contar desde el momento de la suscripción de las correspondientes acciones (arts. 40.2 y 155.2 LSA) reduce considerablemente el problema.

A diferencia de lo previsto para los casos de disolución de la sociedad [art. 272.e) LSA], la Ley no subordina expresamente la reclamación de la obligación de aportar al *requisito de la necesidad*, sino que faculta a la administración concursal para reclamar «en el momento y la cuantía que estime conveniente». Sin embargo, con esa expresión se pone de manifiesto que se exige implícitamente dicha necesidad, de modo que la administración concursal sólo podrá reclamar el pago cuando resulte necesario para el desarrollo de la actividad social o —incluso— para el pago de los gastos del propio concurso (créditos contra la masa; v. art. 84), que deben satisfacerse de forma inmediata o a medida que venzan (art. 154.2). Es claro, en efecto, que si en el concurso existiera liquidez suficiente para el ejercicio de la actividad empresarial y paro el pago de los gastos, no deberán reclamarse desembolsos a los socios. Cuando los fondos sean insuficientes, la administración concursal deberá reclamar las aportaciones a los socios antes de proceder a la enajenación de bienes. Naturalmente, cuando en el momento de la declaración de concurso no existan bienes suficientes, la administración concursal deberá reclamar inmediatamente el desembolso de las aportaciones y si ni siquiera con ello resultara bastante, deberá clausurarse el concurso por inexistencia de activo (art. 176.1-4.º).

Ninguna mención hace la Ley a la posibilidad de que el socio que sea al mismo tiempo acreedor de la sociedad pueda *compensar* su deuda de aportación con ese crédito, si bien la prohibición general de compensación (art. 58) conduce a la respuesta negativa, que se ampara igualmente en el riesgo que supondría que los socios financien a la sociedad a título de préstamo en lugar de hacerlo mediante verdaderas aportaciones (de capital), con la consecuencia de que, además de concurrir en pie de igualdad con los (verdaderos) acreedores, podrían compensar su crédito con la deuda de aportación.

1.2.2. *La aplicación de las normas generales*

Las consideraciones realizadas agotan el régimen jurídico especial de la obligación de aportar en el concurso. La Ley no ha pretendido regular de un modo completo su cumplimiento y, por tanto, no pueden considerarse excluidas las normas del Código Civil, del Código de Comercio o de la Ley de Sociedades Anónimas, que serán simultáneamente aplicables. Esta afirmación, que no es sino una manifestación concreta de una regla más general de compatibilidad entre las normas concursales y las normas sociales, trae consigo importantes consecuencias, sobre todo en el caso de *sociedades anónimas*:

a) El principio de paridad de trato conserva todo su valor en el concurso. Aunque la administración concursal pueda reclamar en la cuantía que estime conveniente, no podrá reclamar sólo a algunos socios o no podrá efectuar la reclamación de forma no proporcional a su participación en el capital social, aun cuando considere no solventes a algunos socios. Eso no impide que, cuando se hayan reclamado sólo parcialmente los dividendos pasivos adeudados y algún socio sea insolvente, pueda el órgano concursal pedir nuevos desembolsos, ya que el socio no puede negarse al pago aduciendo el incumplimiento de otros socios.

b) La administración concursal —como antes los administradores sociales— deben anunciar en el Boletín Oficial del Registro Mercantil la forma y plazo decididos para recibir el pago de los dividendos pasivos (art. 42 LSA).

c) La constitución en mora del socio, que tiene lugar de forma automática una vez vencido el plazo fijado para el pago (v. art. 43 LSA), es presupuesto, también en el concurso, para el ejercicio de las facultades reconocidas para la reintegración de la sociedad (arts. 45 y 46 LSA), que ahora deberán ser ejercitadas por la administración concursal (v. también arts. 1682.I CC y 170 y 171 CCom.).

d) En caso de mora del socio, la administración concursal puede optar por cualquiera de los remedios otorgados legalmente a la sociedad para su reintegración: exigir el cumplimiento, con los intereses legales, que correrán desde la fecha decidida por la administración concursal, y los eventuales daños y perjuicios causados o excluir al socio moroso, teniendo en cuenta que, en caso de sociedades anónimas o comanditarias por acciones, basta para ello con enajenar las acciones por cuenta y riesgo del socio moroso, si bien en algunos casos esta última solución carecerá de sentido, salvo que la empresa continúe y se proceda a su reestructuración.

e) En el caso de que las acciones se hubiesen transmitido, serán responsables solidarios, junto al socio actual, todos aquellos transmitentes de las acciones de los últimos tres años (art. 46 LSA). La distinción entre la responsabilidad del socio actual y la de los antiguos accionistas no se modifica en el concurso. Así, en primer lugar, la declaración de concurso no produce efecto suspensivo de la caducidad de la responsabilidad del transmitente: pasados los tres años, con o sin concurso, el transmitente se libera de toda responsabilidad. Sólo la reclamación de la sociedad —ahora a través de la administración concursal— impedirá su liberación. En segundo lugar, la responsabilidad del transmitente continúa subordinada durante el concurso a la constitución en mora del socio obligado.

2. Los efectos del concurso sobre la obligación de realizar prestaciones accesorias

Con el nombre de prestaciones accesorias se designan aquellas obligaciones que se imponen a todos o a algunos de los socios de sociedades de capital, delimitadas negativamente por la circunstancia de no constituir aportación en sentido técnico jurídico y, por tanto, de no integrar el capital social (v. arts. 1 y 36.1.II LSA y 22 ss. LSRL). Las prestaciones accesorias han de figurar necesariamente en los estatutos [arts. 9.1) y 36.1.II LSA y 22 LSRL] y se vinculan a las correspondientes acciones o participaciones de los obligados [arts. 9.1) y 65 LSA y 24 LSRL]. Quiere ello decir que, a pesar de su carácter secundario, las prestaciones accesorias integran la posición jurídica de socio. Precisamente esa doble circunstancia de que las prestaciones accesorias no constituyan aportación social en sentido técnico jurídico, pero sí integren la posición jurídica de socio, obliga a distinguir su tratamiento en caso de concurso de la sociedad. Es claro, de un lado, que integrarán el patrimonio social —la masa activa del concurso— aquellos derechos de crédito de la sociedad por prestaciones accesorias de los socios que hubieran debido realizarse antes de la apertura del concurso, incluyendo, en su caso, los intereses y las penas convencionales, y que, por tanto, a esas prestaciones accesorias que estuviesen pendientes de cumplimiento se puede trasladar la regla concursal relativa a la aportación pendiente: la administración concursal deberá reclamar «las prestaciones accesorias pendientes de cumplimiento» (v. también comentario al art. 76).

El problema surge respecto de las prestaciones accesorias todavía no debidas en el momento de la declaración de concurso, ya que entonces es preciso determinar si el concurso constituye o no causa de extinción de la obligación de realizar nuevas prestaciones. La respuesta a ese interrogante dependerá de la propia naturaleza de la prestación accesoria (de dar, de hacer o de no hacer) y, sobre todo, de la continuación o no de la actividad empresarial de la sociedad y de la decisión de disolver o no la sociedad. En principio, la obligación continuará a pesar de la declaración de concurso, como lo hará la propia actividad empresarial (art. 44) y como lo harán los contratos pendientes (art. 61), de manera que la administración concursal podrá exigir su cumplimiento y el socio, en su caso, podrá exigir la remuneración prevista —con cargo a la masa—; pero es igualmente claro que la obligación podrá resolverse en interés del concurso a solicitud, según los casos, de la propia sociedad o de la administración concursal (art. 61.2-II) y que habrá de extinguirse de ordinario con la decisión de no continuar ejercitando la actividad empresarial (art. 44.4).

Finalmente, hay que tener presente el supuesto de disolución de la sociedad, que —recordemos— se producirá automáticamente con la apertura de la fase de liquidación del concurso, y que podrá producirse voluntariamente en cualquier momento de la fase común de tramitación, en el que tampoco es posible establecer una regla general sobre la continuación o la extinción de la obligación. En efecto, la extinción o la continuación de la obligación dependerá de la propia naturaleza de la prestación (que sea o no compatible con el período de liquidación) y de lo que se disponga en los estatutos (de acuerdo con la primacía estatutaria en la materia), así como, en su caso, del momento en que cese la actividad de la sociedad a que dichas prestaciones estuvieran vinculadas (por cuanto la sociedad disuelta no tiene

por qué cesar inmediatamente en el ejercicio de su objeto). La facultad de la administración concursal dependerá, pues, de la compatibilidad de la prestación accesorio con la liquidación de la sociedad.

3. Los efectos del concurso sobre los socios responsables de las deudas sociales

3.1. LA MODIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS

3.1.1. *Consideración general*

El último apartado del precepto que comentamos regula la responsabilidad durante el concurso de aquellos socios que sean personal, ilimitada y subsidiariamente responsables de las deudas de la sociedad concursada. Se trata de los socios de la sociedad civil (art. 1698 CC), de la sociedad colectiva (art. 127 CCom.), de la agrupación de interés económico (art. 5.2 LAIE), y, salvo pacto, de los de la sociedad agraria de transformación (art. 1.2 de su Decreto regulador); de los socios colectivos de la sociedad comanditaria simple (art. 148 CCom.) o por acciones (art. 151 CCom.) y de los socios comanditarios cuyo nombre se incluya en la razón social (art. 147.2 CCom.). No se incluyen, en cambio, los socios que sean solidariamente responsables de las deudas contraídas por una sociedad anónima o limitada que no hubiera registrado su situación (arts. 129 LSRL y 371 LSA) ni tampoco aquellos administradores (sean o no socios) de sociedades de capital que hubiesen sido sancionados con la responsabilidad solidaria por las deudas sociales (arts. 262.5 LSA y 105.5 LSRL).

Ante todo, la Ley Concursal rechaza la figura tradicional de la *extensión*, de manera que el concurso de la sociedad colectiva o comanditaria o de la agrupación de interés económico no produce el concurso de los socios que sean personal, ilimitada y solidariamente responsables de las deudas sociales. Ello no impide que, cuando concurren los presupuestos exigidos en cada caso, sea declarado el concurso de uno o varios socios responsables de las deudas sociales; pero no se tratará de la extensión del procedimiento concursal, sino de un concurso autónomo. Y ello sin perjuicio de que el concurso de la sociedad y el de los socios puedan ser *acumulados*, desde el momento inicial, a petición tanto del acreedor que inste el concurso (art. 3.5) como de la propia sociedad y sus socios, o con posterioridad a solicitud de la administración concursal (art. 25.1).

Con independencia de que los concursos de los socios ilimitadamente responsables se acumulen o no al concurso de la sociedad, la Ley *modifica durante el concurso el régimen de la responsabilidad del socio por las deudas sociales*. La modificación es sustancial, porque no se trata sólo de una ampliación o de un cambio en la legitimación activa para el ejercicio de la acción, que pasaría de los acreedores sociales a la administración concursal. Como efecto de la declaración de concurso, la acción de los acreedores concursales de las sociedades de personas contra los socios responsables de las deudas sociales queda en suspenso, de modo que «durante la tramitación del concurso, la acción (...) corresponderá a la administración concursal». La Exposición de Motivos justifica la regla aduciendo que «las recla-

maciones individuales de los acreedores contra los socios (podrían ser) perturbadoras del buen orden del concurso». Ahora bien, si la legitimación para la exigencia de responsabilidad se concede a la administración concursal, ha de entenderse que la acción se ejercita en nombre de la colectividad de acreedores, de manera que hay un cierto grado de extensión: los socios no se someten de modo automático al concurso, pero los acreedores sociales sufren un efecto similar al que produciría ese concurso. En rigor, la responsabilidad de los socios por las deudas sociales queda convertida, con el concurso, en un sistema especial de reintegración de la masa, pues lo que obtenga la administración concursal del ejercicio de la acción no pasará al patrimonio del acreedor sino que se integrará en la masa activa del concurso (art. 54.4). La acción de los acreedores para reclamar el pago de su crédito se convierte, pues, en una acción concursal para exigir a los socios que reintegren el patrimonio social insuficiente, con la consecuencia de que los socios no responden, en rigor, de esas deudas sociales, sino que se convierten en simples responsables de la insolvencia social. En efecto, sería absurdo reclamarles el pago de deudas que superasen la insuficiencia patrimonial de la sociedad, ya que, como es lógico, los socios que satisfagan deudas sociales gozan de un derecho de regreso frente al deudor, que es la sociedad. Y no empaña esa conclusión, sino que la confirma, la circunstancia de que también los acreedores concursales puedan ejercitar esta acción, porque, con su ejercicio, los acreedores no están reclamando el pago de su crédito, sino supliendo la inactividad de la administración concursal para reintegrar la masa activa. Así lo demuestra, en efecto, el hecho de que se señale expresamente que la acción podrá ser ejercitada por los acreedores sólo «subsidiariamente, en el supuesto previsto en el apartado 4 del artículo 54», que se refiere a acciones de carácter patrimonial del concursado. En efecto, los acreedores litigarán «en interés de la masa» (v. comentario al art. 54).

3.1.2. *El régimen jurídico de la responsabilidad*

Por lo que se refiere a la *legitimación activa*, la acción deberá ser ejercitada, en principio, por la administración concursal; pero podrá ser ejercitada subsidiariamente por los acreedores sociales «en el supuesto previsto en el apartado 4 del artículo 54», es decir, cuando hayan instado por escrito a la administración concursal el ejercicio de la acción y ésta no la haya ejercitado dentro de los dos meses siguientes al requerimiento (art. 54.4-I). Además, los acreedores litigarán a su costa, aunque tendrán derecho a reembolsarse con cargo a la masa de los gastos y costas en que hubieran incurrido, hasta el límite de lo que la propia masa hubiera obtenido como consecuencia de la condena (arts. 54.4-II y 84.2-3.º).

La Ley establece *límites temporales* para el ejercicio de la acción. Se señala, en efecto, que la acción sólo podrá ser ejercitada una vez que haya sido aprobado judicialmente el convenio o que se haya abierto la fase de liquidación. No se trata de una nueva modificación de la responsabilidad del socio, sino, sencillamente, de la aplicación en el concurso de la regla de la *subsidiariedad* que caracteriza a la responsabilidad de los socios por las deudas sociales: la reclamación a los socios de las deudas sociales sólo podrá hacerse efectiva cuando quede acreditada, sea en el

convenio sea en la liquidación, la insuficiencia del patrimonio social. Por eso, ha de entenderse que la reclamación no será posible en un convenio que no establezca quitar y que, en caso de liquidación, deba esperar a la constatación de la insuficiencia de la masa activa. Por esa misma razón, la posibilidad de embargo de los bienes y derechos de los socios se subordina a la circunstancia de que de lo actuado resulte fundada la *posibilidad de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas*. Esta regla concursal no debe alterarse tampoco en el caso de acumulación de concursos. En caso de convenio, la administración concursal deberá reclamar aquella cantidad que el acuerdo determine y, en caso de liquidación, la cantidad en la que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de todos los acreedores, concursales —incluyendo los subordinados— y extraconcursoales.

La acción que compete a la administración concursal no sufre más modificaciones. El régimen de la responsabilidad de los socios no se modifica en lo demás: su responsabilidad es *ilimitada* (art. 1911 CC) y tiene carácter *solidario* entre los propios socios, de modo que la administración concursal goza del *ius eligendi* y del *ius variandi*.

3.1.3. *El embargo de bienes y derechos de los socios*

Para hacer efectiva, en su caso, la responsabilidad legalmente establecida, se prevé la posibilidad de que el juez, de oficio o a instancia de la administración concursal, ordene el embargo de bienes y derechos de los socios. El único requisito exigido legalmente para que el juez ordene el embargo es que «de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas», que, constituye precisamente, como ya se ha señalado, el presupuesto de la responsabilidad de los socios por las deudas de la sociedad. Por eso, aunque la Ley no lo señale, el embargo podrá ordenarse en cualquier momento, incluso en el propio auto de declaración de concurso de la sociedad si se considera ya clara la insuficiencia patrimonial de la sociedad. También corresponderá al juez del concurso decidir la cuantía del embargo, siempre que lo considere «bastante» para la cobertura de la insuficiencia patrimonial de la sociedad. Como en el caso de los administradores, en ese cálculo deberán tenerse en cuenta todos los créditos, tanto concursales como contra la masa.

A solicitud del socio afectado, podrá el juez del concurso sustituir el embargo por una garantía personal: el aval de entidad de crédito. Aunque nada se diga, ese aval —al igual que vimos en relación con los administradores o liquidadores— deberá estar prestado por entidad de crédito debidamente habilitada y deberá ser suficiente para cubrir la insolvencia de la sociedad. Igualmente, corresponderá al juez valorar la suficiencia del aval. El embargo podrá también sustituirse por otra medida equivalente (art. 476 LEC). En fin, como en aquel caso, el aval o la medida equivalente podrá ser prestado globalmente por todos los socios, porque ello asegura la efectividad de la medida.

3.2. EL PROBLEMA DE LAS DEUDAS SOCIALES CONTRAÍDAS DURANTE EL CONCURSO

Al regular la acción de responsabilidad contra los socios ilimitadamente responsables, la Ley se refiere sólo a las deudas de la sociedad «anteriores a la declaración de concurso». Esa declaración legal abre el interrogante acerca de si los socios han de responder o no de las deudas contraídas por la sociedad tras la declaración del concurso de acreedores, que tendrán la consideración de créditos contra la masa en ese concurso (art. 84.2), y, en caso afirmativo, con arreglo a qué régimen. El silencio legal y la circunstancia de que, a pesar de la declaración de concurso, la sociedad continúa existiendo con su misma estructura llevan a sostener la *perpetuatio* de la responsabilidad de los socios por las deudas de la sociedad y la conservación del mismo régimen jurídico de responsabilidad. Significa ello que los acreedores de la sociedad nacidos tras la apertura del concurso tendrán también acción, en los términos legales, para exigir el pago a los socios personal, ilimitada y subsidiariamente responsables de las deudas sociales. La declaración de concurso produce una modificación de la responsabilidad de los socios por las deudas sociales ya existentes, pero no afecta a la responsabilidad por las deudas sociales posteriores, que continúa sometida al régimen general. Con arreglo a las normas generales, el socio podrá separarse de la sociedad, pero eso no le liberará de responsabilidad por todas las deudas sociales posteriores, ya que «no podrá impedir que se concluyan del modo más conveniente a los intereses comunes las negociaciones pendientes» (art. 225 CCom.).

La responsabilidad de los socios por las deudas sociales nacidas tras la declaración del concurso de la sociedad se mantiene con el mismo régimen. En particular, ha de persistir su carácter *subsidiario*, de modo que las nuevas deudas sociales sólo serán exigibles a los socios en caso de insuficiencia de la masa activa del concurso para hacer frente a los créditos contra la masa. La regla de la paralización de las ejecuciones prevista para los titulares de créditos contra la masa (art. 154.2) no afecta a las acciones que se dirijan contra los socios. Finalmente, el pago de una de esas deudas sociales por un socio determinará el nacimiento de una acción de regreso contra la sociedad concursada como titular de un crédito contra la masa.