e-DICTVM

Nº 6, junio de 2012

# La legitimación para solicitar la apertura de la fase de liquidación de la sociedad concursada

*Por Aurelio Gurrea Chalé*
*Socio-Director Área Concursal*

## I. Introducción

Resultan frecuentes en la literatura jurídica los trabajos que, en materia de sociedades, han abordado los -siempre complejos- problemas competenciales entre la junta general y el órgano de administración de las sociedades de capital. En este sentido, y con la refundición, en un único texto legal, de la normativa reguladora -entre otras- de las sociedades anónimas y las sociedades de responsabilidad limitada, se ha llevado a cabo una mayor armonización de las normas societarias relativas a las competencias de los órganos de la persona jurídica. En concreto, con la promulgación del Real Decreto 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, se establece un «catálogo de supuestos» en los que, en principio, será la junta general el órgano encargado de la deliberación y posterior decisión sobre dichos asuntos de interés social (art. 160 LSC).

Nada se dice, en cambio, de la delimitación de facultades del órgano de administración que, en algunos casos, sí son expresamente atribuidas al órgano de administración (v. gr. art 253.1 LSC, en relación a la formulación de las cuentas anuales, la propuesta de aplicación del resultado y, en su caso, del informe de gestión); o de la posibilidad, incluso, de que algunas de dichas competencias puedan ser asumidas -aunque fuere excepcionalmente- por el órgano de administración. Y es en este contexto, precisamente, en el ámbito intrasocietario, donde, junto a los -ya de por sí complejos- problemas de coordinación entre órganos sociales y concursales durante la tramitación de un concurso de acreedores, puede generarse la duda sobre el órgano que, a la luz de la legislación vigente (que sólo habla de "deudor" o, en su caso, "concursada" -v., entre otros, arts. 111 y 142 LC-), resulta legitimado para solicitar la liquidación de la sociedad declarada en concurso

.

## II. La legitimación de los órganos de la persona jurídica en los principales momentos procedimentales del concurso de acreedores

A pesar de los problemas derivados de la confusa -y diversa- redacción de la normativa reguladora de las sociedades anónimas y las sociedades de responsabilidad limitada con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Sociedades de Capital, el único órgano legitimado para solicitar la declaración judicial de concurso en el ámbito de una persona jurídica es el órgano de gobierno o administración (art. 3.1). Ello no obsta, sin embargo, que, en los supuestos en que la ley no imponga la solicitud de concurso porque, por

ejemplo, la sociedad se encuentre en estado de insolvencia inminente (art. 2.3 LC), o porque, no encontrándose en estado de insolvencia (art. 2.2 LC), pero sí en causa legal de disolución por pérdidas (art. 363.1.e] LSC), los administradores optasen voluntariamente por solicitar la declaración judicial de concurso en lugar de poner en funcionamiento el mecanismo de disolución societaria, la junta general cumpliese un papel, cuando menos, consultivo, y, con anterioridad a la solicitud de concurso, los administradores convocasen a la junta general; ya que, a nuestro modo de ver, además, no se trata -la convocatoria, que no la solicitud de concurso- de una mera facultad del órgano de administración, sino de un verdadero deber, al exigirse, para cualquier usuario razonable, con base en el interés social (art. 167 LSC).

No obstante, una vez declarado judicialmente el concurso de la persona jurídica, y siempre que, como consecuencia de la expiración del plazo para la presentación -y, en su caso, aprobación- de una propuesta de convenio, no procediese la apertura de la liquidación, la normativa de insolvencia española hace recaer sobre la figura del deudor el poder de decidir si, contando con las mayorías legalmente exigidas (o, al menos, apurando los plazos legales), procura la aprobación judicial de un convenio; o, por el contrario, opta por la liquidación ordenada de su patrimonio. Y es, entonces, en este contexto, donde, como consecuencia del silencio del legislador concursal, pueden plantearse las dudas en torno al órgano de la persona jurídica deudora que se encuentra legitimado para decidir sobre la solución del procedimiento concursal.

Sin embargo, una interpretación armónica de las normas societarias y concursales nos debe llevar a entender, necesariamente, que, pese a las críticas que pudiera tener por razones de eficiencia u operatividad práctica, el órgano encargado para decidir sobre la apertura de la liquidación concursal sea la junta general. Y no puede ser otra la solución a la que lleguemos si, partiendo de que la apertura de la fase de liquidación concursal supone la disolución de pleno derecho de la sociedad (art. 361.2 LSC), y que el concurso no afecta -salvo las excepciones legales o judicialmente previstas en el auto de declaración de concurso- al funcionamiento de los órganos de la persona jurídica, la competencia exclusiva para decidir sobre la disolución de la sociedad recae sobre la junta general (art. 160 LSC).

## III. Conclusiones

Por tanto, si, durante el transcurso de un concurso de acreedores, o incluso, durante la preparación de una solicitud de concurso con una propuesta de liquidación anticipada, el deudor persona jurídica pretendiese solicitar voluntariamente la apertura de la fase de liquidación, será la junta o asamblea general el órgano legitimado para decidir sobre dicha solución concursal, salvo en los casos en que hubiera cesado la actividad empresarial o profesional del deudor, donde la propia Ley legitima, excepcionalmente, a la administración concursal para poder solicitar, junto al propio deudor, la apertura de la fase de liquidación (art. 142.3 LC).

No obstante, resulta frecuente que, bien por las razones de eficiencia u operatividad esgrimidas, bien por las propias confusiones generadas por la descoordinación entre las normas societarias y concursales, sean los propios administradores sociales quienes soliciten -en nombre de la persona jurídica- la apertura de la fase de liquidación. Sin embargo, en el caso de que, en contra de nuestra opinión, se pudiera admitir dogmáticamente dicha postura, los administradores sociales mantendrían el deber de convocar a la junta general para que, al menos, se informe sobre este asunto que, sin duda, afecta al interés social (art. 167 LSC). Y ello, incluso, aunque, desde la declaración judicial de concurso, o, en su caso, en un momento procesal posterior, se hubiere acordado judicialmente la suspensión de las facultades patrimoniales del órgano de administración de la persona jurídica