

## RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

*Ricardo de Angel Yágüez*

**(Nota del autor:** Este artículo es una ampliación de la ponencia presentada al V Congreso Nacional de la Asociación Española de Abogados Especializados en RC y Seguro sobre “La Responsabilidad Civil en la Ley Concursal”. Consta de dos capítulos. El primero (I), antecedente necesario del segundo, pone de relieve las principales reglas legales sobre funciones y funcionamiento de la administración concursal. Y el segundo (II) trata sobre el objeto propiamente dicho del artículo, esto es, sobre el régimen de responsabilidad de la administración concursal instalado por la Ley Concursal de 9 de julio de 2003.)

**SUMARIO:** I. Significado y funciones de la administración concursal. A. La nueva figura de la administración concursal. B. Funciones y funcionamiento de la administración concursal. II. Responsabilidad de la administración concursal. A. Reglas legales sobre responsabilidad de la administración concursal, en general. B. Extremos comunes a las dos reglas de responsabilidad de los apartados 1 y 7 del artículo 36. 1. Los sujetos eventualmente responsables. Caso del administrador concursal acreedor que es persona jurídica y caso del que es acreedor persona física. El auxiliar delegado. Otros supuestos. 2. Antijuridicidad y criterio de imputación de responsabilidad. Un elemento de “alivio” de la administración concursal: la autorización judicial y la supervisión del juez. 3. Casuística imaginada: actos u omisiones por los que un administrador concursal puede ser responsable de acuerdo con el régimen “específico” del artículo 36 de la Ley. 4. Relación de causalidad. 5. Daño. 6. Responsabilidad en la hipótesis de administración concursal colegiada. C. La responsabilidad por daños a la masa activa (artículo 36.1). La “acción común” de responsabilidad. D. La responsabilidad del apartado 7 del artículo 36. La acción “individual” o “singular” de responsabilidad.

## **I. SIGNIFICADO Y FUNCIONES DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL.**

A continuación me refiero al significado de la nueva figura de la administración concursal, establecida también por dicha Ley (A), y a sus funciones y régimen de funcionamiento (B).

### ***A. LA NUEVA FIGURA DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL.***

**1.** Menciones de interés en la Exposición de motivos de la Ley Concursal: apartado IV, párrafos primero, segundo, octavo, noveno, décimo, decimoprimer, decimosegundo, decimotercero, decimocuarto y decimoquinto.

**2.** Regulación específica: Título II de la Ley, artículos 26 a 39. Procesalmente, se trata de la sección segunda del concurso, según dispone el artículo 26, en relación con el 183.2º.

**3.** Junto con el juez, es el único órgano *necesario* en el procedimiento concursal (Exposición de motivos, IV, párrafo primero). Combina la profesionalidad con la presencia de un acreedor (Exposición de motivos, IV, párrafo octavo).

### ***B. FUNCIONES Y FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL.***

El análisis de las reglas de responsabilidad de la administración concursal requiere la previa toma en consideración de los siguientes extremos, cuando menos: funciones de la administración concursal, su funcionamiento y la figura de los auxiliares delegados.

A continuación se resumen estos extremos:

#### **1. Funciones de la administración concursal.**

**a) Menciones de la Exposición de motivos y en el conjunto de la Ley:**

La Exposición de motivos de la Ley dice (apartado IV, párrafo noveno, inciso primero): “*A la administración concursal se encomiendan funciones muy importantes...*”

El apartado IV, párrafo duodécimo, reza: *“Son funciones esenciales de este órgano las de intervenir los actos realizados por el deudor en ejercicio de sus facultades patrimoniales o sustituir al deudor cuando haya sido suspendido en ese ejercicio, así como la de redactar el informe de la administración concursal al que habrán de unirse el inventario de la masa activa, la lista de acreedores y, en su caso, la evaluación de las propuestas de convenio presentadas.”*

Por otro lado, del conjunto de la Ley se desprende que a la administración concursal corresponden funciones de gestión y de emisión de informes, así como otras actuaciones de variado signo.

### **b) Gestión.**

**i.** Consecuencia de los efectos de la declaración de concurso sobre las “facultades patrimoniales del deudor” (artículo 40, apartados 1, 2 y 3).

- “Conservación” y “suspensión”, que conducen respectivamente a “intervención” y “sustitución”.

- Las competencias de “gestión” serán, entre otras: a) Las resultantes de los artículos 40 a 48, en cuanto regulan los efectos de la declaración de concurso; b) Las de los artículos 49 a 60, en lo que se refiere a la posición de los acreedores; c) Las de los artículos 61 a 70, sobre los contratos bilaterales pendientes de ejecución; d) Las propias de la sección tercera, determinación de la masa activa; e) Las de la sección cuarta, determinación de la masa pasiva; f) Las muy abundantes de las fases de convenio o de liquidación; g) Algunas en la sección sexta, calificación del concurso.

**ii.** Consecuencia de la continuación o no del ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor (artículo 44, apartados 1, 2 y 3). Se reproducen los apartados 2 y 3 de dicho artículo 44:

*“2. En caso de intervención, y con el fin de facilitar la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, la administración concursal podrá determinar los actos u operaciones propios del giro o tráfico de aquella actividad que, por razón de su naturaleza o cuantía, quedan autorizados con carácter general.*

*No obstante lo establecido en el apartado anterior, y sin perjuicio de las medidas cautelares que hubiera adoptado el juez al declarar el concurso, hasta la aceptación de los administradores concursales el deudor podrá realizar los actos propios de su giro o tráfico que sean*

*imprescindibles para la continuación de su actividad, siempre que se ajusten a las condiciones normales del mercado.*

*3. En caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, corresponderá a la administración concursal adoptar las medidas necesarias para la continuación de la actividad profesional o empresarial”.*

### **iii.** La figura del auxiliar delegado.

El artículo 32 de la Ley dispone:

*“Artículo 32. Auxiliares delegados.*

*1. Cuando la complejidad del concurso así lo exija, la administración concursal podrá solicitar la autorización del juez para delegar determinadas funciones, incluidas las relativas a la continuación de la actividad del deudor, en los auxiliares que aquélla proponga, con indicación de criterios para el establecimiento de su retribución.*

*2. Si el juez concediere la autorización, nombrará a los auxiliares, especificará sus funciones delegadas y determinará su retribución, la cual correrá a cargo de los administradores concursales y, salvo que expresamente acuerde otra cosa, en proporción a la correspondiente a cada uno de ellos. Contra la decisión del juez no cabe recurso alguno, sin perjuicio de que se pueda reproducir la solicitud cuando se modifiquen las circunstancias que dieron lugar a su denegación.*

*3. Será de aplicación a los auxiliares delegados el régimen de incapacidades, incompatibilidades, prohibiciones, recusación y responsabilidad establecido para los administradores concursales y sus representantes.*

*4. El nombramiento de los auxiliares delegados se realizará sin perjuicio de la colaboración con los administradores concursales del personal a su servicio o de los dependientes del deudor.*

### **iv.** La figura del “experto independiente” del artículo 83:

*“Artículo 83. Asesoramiento de expertos independientes.*

*1. Si la administración concursal considera necesario el asesoramiento de expertos independientes para la estimación de los valores de bienes y derechos o de la viabilidad de las acciones a que se refiere el artículo anterior, propondrá al Juez su nombramiento y los términos del encargo. Contra la decisión del Juez no cabrá recurso alguno.*

*2. Los informes emitidos por los expertos y el detalle de los honorarios devengados con cargo a la masa se unirán al inventario”.*

**c) Informes.**

**i. Los informes más significativos de la administración concursal:**

El informe del artículo 75, que se presentará en el plazo de dos meses a partir de la fecha en la que se produzca la aceptación de dos de los administradores, con el siguiente contenido:

*“1. El informe de la administración concursal contendrá:*

*1.º Análisis de los datos y circunstancias del deudor expresados en la memoria a que se refiere el número 2.º del apartado 2 del artículo 6.*

*2.º Estado de la contabilidad del deudor y, en su caso, juicio sobre las cuentas, estados financieros, informes y memoria a que se refiere el apartado 3 del artículo 6.*

*Si el deudor no hubiese presentado las cuentas anuales correspondientes al ejercicio anterior a la declaración de concurso, serán formuladas por la administración concursal, con los datos que pueda obtener de los libros y documentos del deudor, de la información que éste le facilite y de cuanta otra obtenga en un plazo no superior a quince días.*

*3.º Memoria de las principales decisiones y actuaciones de la administración concursal.*

*2. Al informe se unirán los documentos siguientes:*

*1.º Inventario de la masa activa.*

*2.º Lista de acreedores.*

*3.º En su caso, el escrito de evaluación de las propuestas de convenio que se hubiesen presentado.*

*3. El informe concluirá con la exposición motivada de los administradores concursales acerca de la situación patrimonial del deudor y de cuantos datos y circunstancias pudieran ser relevantes para la ulterior tramitación del concurso.”*

El informe dentro de la calificación del concurso: artículo 169.1.

*“1. Dentro de los quince días siguientes al de expiración de los plazos para personación de los interesados, la administración concursal presentará al juez un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, con propuesta de resolución.*

*Si propusiera la calificación del concurso como culpable, el informe expresará la identidad de las personas a las que deba afectar la calificación y la de las que hayan de ser consideradas cómplices, justificando la causa, así como la determinación de los daños y perjuicios que, en su caso, se hayan causado por las personas anteriores”.*

ii. Preceptos en los que se mencionan otros informes de la administración concursal: artículos 25, 34, 35, 64, 96, 149, 152 y 176.

**d) Otras posibles funciones que la Ley asigna a los administradores concursales.**

Dispone el art-~~ículo~~ 37: *“«Cuando concurra justa causa, el juez, de oficio o a instancia de cualquiera de las personas legitimadas para solicitar la declaración de concurso o de cualquiera de los demás miembros de la administración concursal, podrá separar del cargo a los administradores concursales o revocar el nombramiento de los auxiliares delegados»”*.

El artículo 40—~~dispone~~ determina: *“«4. A solicitud de la administración concursal y oído el concursado, el Juez, mediante auto, podrá acordar en cualquier momento el cambio de las situaciones de intervención o de suspensión de las facultades del deudor sobre su patrimonio. Al cambio de las situaciones de intervención o de suspensión y a la consiguiente modificación de las facultades de la administración concursal se dará la misma publicidad que, conforme a los artículos 23 y 24 [(BOE, Diario provincial y Registro Civil o Mercantil, según proceda)], se hubiere dado a la declaración de concurso»”*... *“«7. Los actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas en este artículo sólo podrán ser anulados a instancia de la administración concursal y cuando ésta no los hubiese convalidado o confirmado...”*».

El ~~artículo~~ 41 se remite a la Ley Orgánica para la Reforma Concursal y el artículo primero de dicha Ley dispone: *“«1. Desde la admisión a trámite de la solicitud de declaración de concurso necesario, a instancias del legitimado para instarlo, o desde la declaración de concurso, de oficio o a instancia de cualquier interesado, y tanto en los casos de suspensión como en los de intervención de las facultades de administración y disposición del deudor sobre su patrimonio, el juez podrá acordar en cualquier estado del procedimiento las siguientes medidas...”*».

Artículo 44: *“«1. La declaración de concurso no interrumpirá la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor. 2. En caso de intervención, y con el fin de facilitar la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, la administración concursal podrá determinar los actos u operaciones propios del giro o tráfico de aquella actividad que, por razón de su*

naturaleza o cuantía, quedan autorizados con carácter general..... 4. Como excepción a lo dispuesto en los apartados anteriores, el Juez, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia del deudor y de los representantes de los trabajadores de la empresa, podrá acordar mediante auto el cierre de la totalidad o de parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones de que fuera titular el deudor, así como, cuando ejerciere una actividad empresarial, el cese o la suspensión, total o parcial, de ésta.....”.

Artículo 48: “...«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 (~~artículo 163.1~~) no afectará a las acciones de responsabilidad que se hubieran ejercitado». ~~Se refiere a las acciones de responsabilidad previstas en los arts. 133, 211 y 279 del TRLSA, así como en el art. 69 y concordantes de la LSRL.~~ «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». ~~Dos requisitos se establecen para que el Juez pueda ordenar estos embargos, a saber: fundada posibilidad de que el concurso se califique de culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas. El conocimiento de ambos hechos, por parte del Juez, sólo será fundado una vez disponga del informe de los administradores concursales ex art. 75.~~ «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 fuera el plazo fijado en la escritura o en los estatutos, y de las prestaciones accesorias pendientes de cumplimiento”».

Artículo 51: «1. Los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de

concurso se continuarán hasta la firmeza de la sentencia. No obstante, se acumularán aquellos que, siendo competencia del juez del concurso según lo previsto en el artículo 8, se estén tramitando en primera instancia y respecto de los que el juez del concurso estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores. La acumulación podrá solicitarse por la administración concursal...».

~~El artículo 55 dispone: «1. Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales [que trata el Libro tercero de la Ley de Enjuiciamiento Civil] o extrajudiciales [art. 1872 del Código Civil; art. 635 de la LEC; y, art. 129 de la Ley Hipotecaria], ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor. Podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor».~~

~~Cuando la administración concursal tenga conocimiento de la iniciación o continuación de ejecuciones deberá informar al Juzgado con la propuesta correspondiente.~~

~~Artículo 56...: «3. Durante la paralización de las acciones o la suspensión de las actuaciones [reales] y cualquiera que sea el estado de tramitación del concurso, la administración concursal podrá ejercitar la opción prevista en el apartado 2 del artículo 155».~~

~~Cuando la administración concursal tenga conocimiento de la iniciación o continuación de la ejecución o realización forzosa de garantías reales o de acciones tendentes a recuperar los bienes vendidos en virtud de contratos inscritos en el Registro de bienes muebles o los cedidos en arrendamientos financieros deberá informar al Juzgado con la propuesta correspondiente.~~

~~No parece probable que la administración concursal pueda materialmente satisfacer de inmediato la totalidad de los plazos de amortización e intereses vencidos e impagados, ni comprometerse (responsabilizarse) a atender las obligaciones pendientes como créditos contra la masa. Sin embargo, la facultad conferida a la administración~~



~~concurral, para comunicar a los titulares de créditos con privilegio especial que opta por atender su pago con cargo a la masa y sin realización de los bienes y derechos afectos, debe fundarse en el interés del concurso y es una de las decisiones que exceden de las que pueden considerarse de trámite o gestión ordinaria y precisan su constancia en el libro de actas (art. 35.4), aunque soy partidario de informar al Juzgado y solicitar su autorización (art. 188.1). Conviene recordar que son créditos con privilegio especial, según el art. 90: «1º Los créditos garantizados con hipoteca voluntaria o legal, inmobiliaria o mobiliaria, o con prenda sin desplazamiento, sobre los bienes hipotecados o pignorados.~~

~~2º Los créditos garantizados con anticresis, sobre los frutos del inmueble gravado.~~

~~3º Los créditos refaccionarios, sobre los bienes refaccionados, incluidos los de los trabajadores sobre los objetos por ellos elaborados mientras sean propiedad o estén en posesión del concursado.~~

~~4º Los créditos por cuotas de arrendamiento financiero<sup>8</sup> o plazos de compraventa con precio aplazado de bienes muebles o inmuebles, a favor de los arrendadores o vendedores y, en su caso, de los financiadores, sobre los bienes arrendados con reserva de dominio, con prohibición de disponer o con condición resolutoria en caso de falta de pago.~~

~~5º Los créditos con garantía de valores representados mediante anotaciones en cuenta, sobre los valores gravados.~~

~~6º Los créditos garantizados con prenda constituida en documento público, sobre los bienes o derechos pignorados que estén en posesión del acreedor o de un tercero. Si se tratare de prenda de créditos, bastará con que conste en documento con fecha fehaciente para gozar de privilegio sobre los créditos pignorados.~~

~~2. Para que los créditos mencionados en los números 1º a 5º del apartado anterior puedan ser clasificados con privilegio especial, la respectiva garantía deberá estar constituida con los requisitos y formalidades~~

<sup>1</sup> Arts. 158 a 168 de la Ley Hipotecaria.

<sup>2</sup> Art. 78 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

<sup>3</sup> Ley Hipotecaria, Texto Refundido según Decreto de 8 de febrero de 1946.

<sup>4</sup> Ley de 16 de diciembre de 1954.

<sup>5</sup> Arts. 1863 a 1873 del Código Civil.

<sup>6</sup> Artículo 1881 del Código civil: «Por la anticresis el acreedor adquiere el derecho de percibir los frutos de un inmueble de su deudor, con la obligación de aplicarlos al pago de los intereses, si se debieren, y después al del capital de su crédito».

<sup>7</sup> Arts. 59 y siguientes del Decreto de 8 febrero 1946 por el que aprueba el texto refundido de la Ley Hipotecaria.

<sup>8</sup> La Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles (BOE 14.07.1998), con vigencia a partir del 23 de septiembre de 1998, dedica la Disposición Adicional Primera a los contratos de arrendamiento financiero, a su vez modificada por la Disposición Final Séptima de la nueva LEC. La Disposición Adicional Séptima de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, modifica la regulación las operaciones de arrendamiento financiero

<sup>9</sup> Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles.

~~previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros, salvo que se trate de hipoteca legal tácita o de los refaccionarios de los trabajadores».~~

~~En la Disposición final decimonovena se contempla el privilegio especial para los tenedores de cédulas y bonos hipotecarios y para los tenedores de cédulas territoriales.~~

~~Artículo 58. Prohibición de compensación. «Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración. En caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal».~~

Artículo 61: ~~«...2. La declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa.~~

~~No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la administración concursal, en caso de suspensión, o el concursado, en caso de intervención, podrán solicitar la resolución del contrato si lo estimaran conveniente al interés del concurso...».-~~

~~Artículo 62...«3. Aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado...».~~

~~Parece que será conveniente el informe de la administración concursal.~~

Dispone el artículo 65: ~~«1. Durante la tramitación del concurso, la administración concursal, por propia iniciativa o a instancia del deudor, podrá extinguir o suspender los contratos de éste con el personal de alta dirección.~~

~~2. En caso de suspensión del contrato, éste podrá extinguirse por voluntad del alto directivo, con preaviso de un mes, conservando el derecho a la indemnización en los términos del apartado siguiente.~~

~~3. En caso de extinción del contrato de trabajo, el Juez del concurso podrá moderar la indemnización que corresponda al alto directivo, quedando en dicho supuesto sin efecto la que se hubiera pactado en el~~

*contrato, con el límite de la indemnización establecida en la legislación laboral para el despido colectivo.*

*4. La administración concursal podrá solicitar del Juez que el pago de este crédito concursal se aplaze hasta que sea firme la sentencia de calificación».*

El artículo 68 ~~dispone~~: dice: *“1. La administración concursal, por propia iniciativa o a instancia del concursado, podrá rehabilitar los contratos de préstamo y demás de crédito a favor de éste cuyo vencimiento anticipado por impago de cuotas de amortización o de intereses devengados se haya producido dentro de los tres meses precedentes a la declaración de concurso, siempre que, antes de que finalice el plazo para presentar la comunicación de créditos, notifique la rehabilitación al acreedor, satisfaga o consigne la totalidad de las cantidades debidas al momento de la rehabilitación y asuma los pagos futuros con cargo a la masa... ».*

El artículo 70 establece: *«“La administración concursal podrá enervar la acción de desahucio ejercitada contra el deudor con anterioridad a la declaración del concurso, así como rehabilitar la vigencia del contrato hasta el momento mismo de practicarse el efectivo lanzamiento. En tales casos, deberán pagarse con cargo a la masa todas las rentas y conceptos pendientes, así como las posibles costas causadas hasta ese momento...”».*

Artículo 72: *“—Legitimación y procedimiento. «1. La legitimación activa para el ejercicio de las acciones rescisorias y demás de impugnación corresponderá a la administración concursal. Los acreedores que hayan instado por escrito de la administración concursal el ejercicio de alguna acción, señalando el acto concreto que se trate de rescindir o impugnar y el fundamento para ello, estarán legitimados para ejercitarla si la administración concursal no lo hiciere dentro de los dos meses siguientes al requerimiento...”».*

Artículo 80: *“—«1. Los bienes de propiedad ajena que se encuentren en poder del concursado y sobre los cuales éste no tenga derecho de uso, garantía o retención serán entregados por la administración concursal a sus legítimos titulares, a solicitud de éstos. 2. Contra la decisión denegatoria de la administración concursal podrá plantearse incidente concursal”».*

En los ~~artículos~~ 65, 68, 70, 72 y 80 no se menciona informe alguno de la administración concursal, pero ~~considero~~ parece recomendable, para

“aliviar” posibles responsabilidades, hacer uso [de la facultad](#) del [artículo-188.1](#).

## **2. Funcionamiento de la administración concursal.**

**i.** *Canon o regla de diligencia: la diligencia de un ordenado administrador y de un representante leal (artículo 35.1).*

**ii.** *Caso de inexistencia de mayoría (artículo 35.2).*

**iii.** *Atribución de competencias específicas o individualizadas (apartados 2 y 3): cuestiones jurídicas y cuestiones económico-contables.*

**iv.** *Sometimiento a supervisión del juez (apartado 6).*

Se contempla la posibilidad del que el juez requiera a todos o a alguno de sus miembros una información específica o una memoria (modalidad de informe) sobre el estado de la fase del concurso.

**v.** *Rendición de cuentas.*

- Artículo 181 de la Ley:

*“Rendición de cuentas.*

*1. Se incluirá una completa rendición de cuentas, que justificará cumplidamente la utilización que se haya hecho de las facultades de administración conferidas, en todos los informes de la administración concursal previos al auto de conclusión del concurso. Igualmente se informará en ellos del resultado y saldo final de las operaciones realizadas, solicitando la aprobación de las mismas.*

*2. Tanto el deudor como los acreedores podrán formular oposición razonada a la aprobación de las cuentas en el plazo de 15 días a que se refiere el apartado 2 del artículo 176.*

*3. Si no se formulase oposición, el juez, en el auto de conclusión del concurso, las declarará aprobadas. Si hubiese oposición, la sustanciará por los trámites del incidente concursal y la resolverá con carácter previo en la sentencia, que también resolverá sobre la conclusión del concurso. Si hubiese oposición a la aprobación de las cuentas y también a la conclusión del concurso, ambas se sustanciarán en el mismo incidente y se resolverán en la misma sentencia, sin perjuicio de llevar testimonio de ésta a la sección segunda.*

*4. La aprobación o la desaprobación de las cuentas no prejuzga la procedencia o improcedencia de la acción de responsabilidad de los*

*administradores concursales, pero la desaprobación comportará su inhabilitación temporal para ser nombrados en otros concursos durante un período que determinará el juez en la sentencia de desaprobación y que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a dos años”.*

- El apartado 1 habla de rendición de cuentas *en todos los informes* de la administración concursal previos al auto de conclusión del concurso. Se trata, por tanto, no de “rendición de cuentas”, sino de “rendiciones”, que pueden ser relativamente numerosas.

Es cosa distinta de la información o memoria que el juez *puede* requerir a todos o alguno de los miembros de la administración concursal (artículo 35.6, inciso segundo), puesto que la rendición de cuentas es siempre obligatoria y sin necesidad de petición judicial.

- Contenido de la rendición de cuentas: justificación cumplida de la utilización que se haya hecho de las facultades de administración conferidas.

## **II. RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL.**

En el apartado A me ocupo de las generalidades sobre responsabilidad de la administración concursal, esto es, no sólo la “específica” del artículo 36 de la Ley Concursal. El apartado B trata sobre los extremos comunes (de acuerdo con una cierta interpretación) a las dos reglas de responsabilidad de los apartados 1 y 7 del artículo 36. El C se cuida de las particularidades de la responsabilidad por daños a la masa activa, esto es, la del apartado 1 del artículo 36. Y el apartado D versa sobre la regla de responsabilidad del apartado 7 del mismo artículo 36, es decir, sobre la acción “individual” o “singular” de responsabilidad.

### **A. REGLAS LEGALES SOBRE RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL, EN GENERAL.**

1. Las dos acciones “específicas” de responsabilidad, en la Ley Concursal.

La “acción común” de responsabilidad en interés de la masa (artículo 36.1) y la “acción individual” de responsabilidad (artículo 36.7).

*“Artículo 36. Responsabilidad.*

1. *Los administradores concursales y los auxiliares delegados responderán frente al deudor y frente a los acreedores de los daños y perjuicios causados a la masa por los actos y omisiones contrarios a la ley o realizados sin la debida diligencia.*

2. *Será solidaria la responsabilidad derivada del ejercicio mancomunado o colegiado de competencias, quedando exonerado en este último caso el administrador concursal que pruebe que, no habiendo intervenido en la adopción del acuerdo lesivo, desconocía su existencia o, conociéndola, hizo todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opuso expresamente a aquél.*

3. *Los administradores concursales responderán solidariamente con los auxiliares delegados de los actos y omisiones lesivos de éstos, salvo que prueben haber empleado toda la diligencia debida para prevenir o evitar el daño.*

4. *La acción de responsabilidad se sustanciará por los trámites del juicio declarativo que corresponda, ante el juez que conozca o haya conocido del concurso.*

5. *La acción de responsabilidad prescribirá a los cuatro años, contados desde que el actor tuvo conocimiento del daño o perjuicio por el que reclama y, en todo caso, desde que los administradores concursales o los auxiliares delegados hubieran cesado en su cargo.*

6. *Si la sentencia contuviera condena a indemnizar daños y perjuicios, el acreedor que hubiera ejercitado la acción en interés de la masa tendrá derecho a que, con cargo a la cantidad percibida, se le reembolsen los gastos necesarios que hubiera soportado.*

7. *Quedan a salvo las acciones de responsabilidad que puedan corresponder al deudor, a los acreedores o a terceros por actos u omisiones de los administradores concursales y auxiliares delegados que lesionen directamente los intereses de aquéllos”.*

**2. Responsabilidad en materias tributaria, de seguridad social y laboral.**

- En materia tributaria, artículo 43.1.c) de la Ley general tributaria de 17 de diciembre de 2003, vigente a partir del 1 de julio de 2004. Se hace expresa mención de los integrantes de la administración concursal.

- En materias de seguridad social y laboral, texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

**3. Responsabilidad disciplinaria:**

- Separación del cargo (artículo 37).
- Pérdida del derecho a la remuneración (artículo 74.3).
- Pérdida del derecho a la remuneración (artículo 117.1).
- Inhabilitación para el ejercicio del cargo, con reintegración del bien o derecho adquiridos y pérdida del crédito del administrador concursal (artículo 151.2).
- Pérdida del derecho a la remuneración, con obligación de reintegrar la percibida (artículo 153.3).
- Inhabilitación temporal para ser nombrado en otros concursos, por periodo no inferior a seis meses ni superior a dos años (artículo 181.4).
- Parece que también serán de aplicación las multas por incumplimiento del respeto a la buena fe procesal, del artículo 247 de la Ley de Enjuiciamiento civil, por cuanto se refiere a “los intervinientes en todo tipo de procesos”; y, desde luego, lo son los administradores concursales.

**B. EXTREMOS COMUNES A LAS DOS REGLAS DE RESPONSABILIDAD, DE LOS APARTADOS 1 Y 7 DEL ARTÍCULO 36.**

A renglón seguido se analizan los puntos *comunes* (o que pueden serlo, según una determinada interpretación) a las dos reglas de responsabilidad (es decir, las de los apartados 1 y 7 del artículo 36), a expensas del ulterior estudio de los problemas propios de cada una de esas reglas.

**1. Los sujetos eventualmente responsables. Caso del administrador concursal acreedor que es persona jurídica y caso del que es acreedor persona física. El auxiliar delegado. Otros supuestos.**

a) Son sujetos de eventual responsabilidad, en primer lugar, los administradores concursales.

Es decir, los tres miembros del régimen “normal”, designados conforme a las reglas del artículo 27.1, y el único administrador concursal en el “procedimiento abreviado” previsto en los artículos 190 y 191, cuya designación se establece en el número 3º del apartado 2 del artículo 27.

Como ha puesto de relieve la doctrina (JUAN Y MATEU), debe tratarse de actos u omisiones de los administradores concursales *relacionados con el ejercicio del cargo* y, además, *realizados durante ese ejercicio*, salvo en caso de violación de los deberes que afectan al administrador concursal después del cese en su cargo.

**b)** Plantea dudas el caso del administrador concursal que es acreedor persona jurídica. Recuérdese que el artículo 27.1.3º, párrafo segundo, dice:

*“Cuando el acreedor designado administrador concursal sea una persona jurídica, designará, conforme al procedimiento previsto en el apartado 3 de este artículo, un profesional que reúna las condiciones previstas en el párrafo 2º anterior, el cual estará sometido al mismo régimen de incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones que los demás miembros de la administración concursal”.*

El profesional al que se refiere la norma es un auditor de cuentas, economista o titulado mercantil colegiados, con una experiencia profesional de, al menos, cinco años de ejercicio.

La pregunta es quién está sujeto a la responsabilidad del artículo 36.1: ¿el acreedor persona jurídica o el profesional designado por aquél?

Entiendo que el sujeto responsable es el profesional designado, aunque no es opinión de algún autor (VERDUGO GARCÍA).

Como argumento en contra de mi tesis se halla el de que la norma habla de aplicar al profesional el mismo régimen de “incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones que los demás miembros de la administración concursal”, sin mencionar el “régimen de responsabilidad”. Y hay que hacer notar que en el caso del auxiliar delegado sí se menciona expresamente la aplicabilidad al mismo del régimen de responsabilidad establecido para los administradores concursales (artículo 32.3).

Otro argumento en contra de mi interpretación es la de que el administrador concursal *es* el acreedor, no el profesional.

Un tercer argumento en contra es el de que no parece lógico que el administrador concursal persona jurídica responda en menor medida que en el caso de un auxiliar delegado, supuesto este último en el que el



administrador concursal responde solidariamente de la culpa del propio auxiliar.

No obstante, estimo que existen argumentos a favor de mi interpretación:

- La responsabilidad es por *ejercer* la administración; y ésta no es *ejercida* por el acreedor persona jurídica, sino por el profesional por él designado.

- Mal puede incurrir en culpa (criterio de imputación de responsabilidad en el régimen del artículo 36) quien *no desarrolla* actos de administración.

- El profesional, en su actuación, no está *dirigido* o *gobernado*, en principio, por el acreedor que le designó. Estimo que es de aplicación la doctrina jurisprudencial constante, recaída en casos de supuesta responsabilidad del comitente por actos culposos del contratista, según la cual el comitente no es responsable porque el contrato de obra no engendra relación de subordinación ni dependencia y porque esas subordinación y dependencia son la esencia y fundamento del principio contenido en el párrafo cuarto del artículo 1.903 del Código civil. Jurisprudencia aplicable por analogía, a mi juicio, al contrato de arrendamiento de servicios que vincula al acreedor persona jurídica con el profesional por él designado para *ejercer* la administración concursal.

- El profesional está dotado de una titulación académica y de una colegiación que le hacen *legalmente apto* para ejercer su función. Obsérvese que el acreedor persona jurídica no puede designar a *cualquier persona física*, sino, precisamente, a un “*profesional economista*”.

- En la comparación con el caso del auxiliar delegado, debe tenerse en cuenta que el acreedor persona jurídica *está obligado* (no facultado) para designar un “*profesional economista*”, cosa que no ocurre en la hipótesis de auxiliar delegado, cuya intervención es a instancias de la administración concursal.

- Por lo demás, es significativo que el inciso final del apartado 3 del artículo 32, aunque refiriéndose a otra cuestión, hable de régimen de “responsabilidad establecida para los administradores concursales y *sus representantes*”. Creo que este texto da cabida a la tesis de que cuando un administrador acreedor persona jurídica -que nominalmente es

administrador- actúa “representado” por un profesional, es este “*representante*” el que responde, no el acreedor.

Todo ello no significa, desde luego, que el acreedor persona jurídica *no pueda responder por culpa propia*, de acuerdo con el régimen general del artículo 1.902 del Código civil, es decir, por actos *suyos*; por ejemplo, si de hecho ejerce funciones de *dirección* de la actuación del profesional por él designado.

c) También suscita dudas el caso del administrador concursal que es acreedor persona física.

Procede recordar el texto del párrafo tercero del número 3º del apartado 1 del artículo 27 de la Ley Concursal:

*“En caso de que el acreedor designado administrador concursal sea una persona natural en quien no concurra la condición de auditor de cuentas, economista o titulado mercantil colegiado, podrá participar en la administración concursal o designar un profesional que reúna las condiciones previstas en el párrafo 2º anterior, siguiendo para ello el procedimiento previsto en el apartado 3 de este artículo, quedando sometido el profesional así designado al mismo régimen de incapacidades, incompatibilidades, prohibiciones y remuneración que los demás miembros de la administración concursal”.*

Advertimos de nuevo que el *profesional representante* que puede designar el acreedor persona física es un *profesional economista* (auditor de cuentas, economista o titulado mercantil colegiados).

El problema, naturalmente, se da cuando el acreedor persona natural no opta por ejercer él mismo el cargo (pues en ese caso *es y ejerce como* administrador concursal), sino cuando opta por designar un profesional.

En esta hipótesis, considero que el acreedor no es sujeto de responsabilidad *del artículo 36 de la Ley*.

Argumentos en contra de mi opinión: los mismos que en el anterior subapartado b).

A favor: también los mismos que en el anterior subapartado.

El argumento en contra basado en la comparación con el supuesto de auxiliar delegado sugiere, a mi juicio, el reparo de que la propuesta de nombramiento de ese auxiliar delegado es siempre voluntaria por parte de la administración concursal, mientras que la designación de un *profesional economista*, por parte del acreedor administrador concursal en el que no concurre dicha condición profesional, puede ser una auténtica “necesidad” para este último. La atención a la realidad es concluyente: ¿cómo va a desarrollar ese acreedor persona física una actividad -la de administrador concursal- sobre la que no tiene ningún conocimiento?

Todo ello, aquí también, sin perjuicio de que el administrador concursal que es persona natural pueda responder por *culpa propia* según el régimen general del artículo 1.902 del Código civil.

**d)** También responde bajo el mismo régimen el auxiliar delegado al que se refiere el artículo 32 de la Ley.

Puede sostenerse que la relación jurídica entre la administración concursal y el auxiliar delegado es la de arrendamiento de servicios; pero con una implícita reserva, por parte de la administración concursal, de facultades de dirección y supervisión de las funciones del auxiliar delegado, lo que significaría la aplicabilidad del régimen de responsabilidad del párrafo cuarto del artículo 1.903 del Código civil, según interpretación analógica de la jurisprudencia.

De hecho, el apartado 3 del artículo 36 establece la responsabilidad *solidaria* de los administradores concursales con los auxiliares delegados de los actos y omisiones lesivos de éstos. Las palabras siguientes de la norma (“*salvo que prueben haber empleado toda la diligencia debida para prevenir o evitar el daño*”), similares al último párrafo en el artículo 1.903 del Código civil, implican una presunción de culpa por parte de los administradores concursales, congruente con la idea de que éstos dirigen y gobiernan la actividad del auxiliar delegado. Y no está de más recordar el criterio enormemente restrictivo que la jurisprudencia adopta para exonerar al *empresario* de la responsabilidad por culpa de su *empleado*.

En caso de condena, la administración concursal estaría dotada del derecho de repetición del artículo 1.904 del Código civil, sin perjuicio de su discutida interpretación.

El mentado apartado 3 del artículo 36 habla de “actos y omisiones lesivos” de los auxiliares delegados. Es claro que debe concurrir, además, el criterio de imputación de responsabilidad consistente en la *culpa* (no

basta que el resultado sea lesivo), de la misma forma que si se trata de la responsabilidad de los administradores concursales mismos, a la que me referiré más adelante.

e) Los administradores concursales responden de los actos u omisiones del “personal a su servicio” (citado en el artículo 32.4 de la Ley), de acuerdo con el régimen general del párrafo cuarto del artículo 1.903 del Código civil, severamente interpretado por la jurisprudencia.

f) Los administradores concursales responden *por culpa propia* (artículo 1.902 del Código civil, por ejemplo, por negligencia en la vigilancia) de los actos u omisiones de los dependientes del deudor (también citados en el artículo 32.4). Salvo que, ejerciendo los administradores concursales las facultades de administración y disposición sobre el patrimonio del deudor (artículo 40.2), deba entenderse que “los dependientes” del deudor lo son de los administradores concursales, en cuyo caso sería de aplicación la *responsabilidad por hecho ajeno* del párrafo cuarto del artículo 1.903 del Código civil.

g) Estimo que el mismo criterio, el de posible responsabilidad por *culpa propia* (artículo 1.902 del Código civil) debe regir en cuanto al experto independiente del artículo 83.

Culpa propia que puede consistir, por ejemplo, en elección objetivamente desacertada (aunque el nombramiento es del juez) o en aceptar la opinión del experto si el administrador concursal hubiera debido percatarse de que era incorrecta.

Pero no creo aplicable el principio de responsabilidad por hecho ajeno del artículo 1.903, párrafo cuarto, del Código civil, ni la presunción de culpa de su último párrafo, pues la administración concursal no *gobierna* la actuación del “experto”.

## ***2. Antijuridicidad y criterio de imputación de responsabilidad. Un elemento de “alivio” de la administración concursal: la autorización judicial y la supervisión del juez.***

a) La fórmula legal de responsabilidad del apartado 1 del artículo 36, “*actos y omisiones contrarios a la Ley o realizados sin la debida diligencia*”, en cuanto referida a los administradores concursales, adopta el esquema propio de la responsabilidad de los administradores sociales (artículo 133 de la Ley de sociedades anónimas -“*actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o realizados incumpliendo los deberes*”).

*inherentes al desempeño del cargo*”- y artículo 69 de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada).

**b)** Descartada otra posible interpretación, a mi juicio, la responsabilidad a que se refiere ese apartado 1 es una especie o modalidad del género de la responsabilidad civil, entendida como *extracontractual*.

**c)** En primer lugar, la norma habla de actos u omisiones “contrarios a la Ley”. Aunque la palabra Ley figura con mayúscula, no encuentro ningún argumento para no considerar incluida una contravención de cualquier norma jurídica, esté o no dentro de la Ley Concursal.

**d)** Por lo que se refiere a “actos y omisiones realizados sin la debida diligencia”, la norma alude a un *criterio subjetivo de imputación* (la culpa).

**e)** El contraste entre esas dos fórmulas (actos y omisiones “contrarios a la Ley”, de un lado, y actos y omisiones “realizados sin la debida diligencia”, del otro) puede dar lugar a la opinión de que, en el primer caso, la mera contravención de cualquier precepto legal desencadena por sí la responsabilidad de los administradores (por ejemplo, ILLESCAS RUS, que añade que “*aunque a efectos dialécticos cupiera admitir la eventualidad de un incumplimiento no culpable de los deberes normativamente impuestos a los administradores, acreditado el daño la fuente de responsabilidad se sitúa en el simple hecho del incumplimiento (responsabilidad típica)*”).

No obstante, y aun aceptando que es poco verosímil -aunque no imposible- un acto u omisión *culposos* de incumplimiento de una regla legal, estimo que en los dos supuestos debe seguirse un criterio de imputación basado en la culpa; porque no encuentro argumento para defender una suerte de *responsabilidad objetiva*, ni siquiera en el caso de actos u omisiones “contrarios a la Ley”.

**f)** Creo sostenible la tesis de que la regla de responsabilidad que nos ocupa pueda verse *beneficiada* por el principio jurisprudencial de presunción de culpa, instalado -aunque con matices- en la aplicación del *régimen común* de responsabilidad del artículo 1.902 del Código civil.

**g)** Sobre la base de un criterio de imputación *por culpa*, no parece haber inconveniente en la posible adopción de la regla de moderación de la responsabilidad que se encuentra en el artículo 1.103 del Código civil.

**h)** El apartado 7 del artículo 36 no cita ningún *canon* de antijuridicidad ni ningún criterio de imputación de la responsabilidad.

Pero no existe, a mi juicio, ningún argumento (ni literal, ni lógico, ni sistemático) para no entender aplicables al supuesto de ese apartado 7 la regla del 1, esto es, la de “actos y omisiones contrarios a la Ley o realizados sin la debida diligencia”.

**i)** En todo caso, debe tenerse presente que el artículo 188.1 de la Ley confiere un considerable instrumento de “descargo” a los administradores concursales, al decir que éstos podrán solicitar autorización del juez cuando “*la consideren conveniente*”, esto es, sin restricción alguna. Sin embargo, parece evidente que la administración concursal no puede acudir de forma indiscriminada y constante a dicha autorización, máxime teniendo en cuenta la necesidad de dar traslado a todas las partes que deban ser oídas (apartado 2 del mismo artículo 188).

Además, debe advertirse también que el inciso primero del apartado 6 del artículo 35 dispone que “*la administración concursal estará sometida a la supervisión del juez del concurso*”.

Téngase en cuenta, por otro lado, el caso de falta de mayoría en la adopción de acuerdos por parte de la administración concursal colegiada, pues en esa hipótesis resuelve el juez (artículo 35.2).

**3. Casuística imaginada: actos u omisiones por los que un administrador concursal puede ser responsable de acuerdo con el régimen “específico” del artículo 36 de la Ley.**

**a)** Si a la administración concursal se le hubiere conferido la función de *intervención* de las facultades de administración y disposición del deudor (artículo 40.1), el canon de conducta es el del artículo 35.1, esto es, el de “un ordenado administrador y un representante leal”. Se trata de una función de *aprobación* o *autorización* de las actuaciones del concursado.

**b)** El mismo canon de actuación se aplicará en el supuesto en que a la administración concursal se le hubiera atribuido, por “sustitución”, el ejercicio de las facultades de administración y disposición del deudor (artículo 40.2).

Si el concursado es un empresario, esto significa que la administración concursal adquiere esa misma condición, a efectos de

responsabilidad; lo que no entraña un *plus* de diligencia en la función, sino un ámbito más amplio de actuación, puesto que ésta consiste en gestionar la empresa *como si se fuere* titular de la misma.

En suma, en este caso será de aplicación a la administración concursal el criterio de *razonabilidad* aplicable al empresario en la toma de cualquiera de sus decisiones.

c) Como *actos u omisiones contrarios a la Ley* pueden entenderse, según decía, los constitutivos de infracción de un deber legal, sea o no la Ley Concursal la que lo establezca.

En cuanto a deberes legales impuestos a la administración concursal por esta Ley, pueden considerarse, entre otros, los siguientes: inclusión en la lista de acreedores de un crédito por importe superior al debido, adquirir bienes o derechos de la masa activa (artículo 151), realización de actos sin la preceptiva autorización judicial (artículos 43.2, 51.2 o 157).

d) En cuanto a actos u omisiones realizados sin la debida diligencia, el criterio de valoración viene dado por el apartado 1 del artículo 35, que impone a los administradores concursales el desempeño de su cargo “con la diligencia de un ordenado administrador y de un representante leal”.

Como decía antes, en el caso de “sustitución” en las facultades de administración y disposición sobre el patrimonio del deudor, se impone a los administradores concursales la diligencia de un *ordenado empresario*, lo que significará responsabilidad por decisiones objetivamente incorrectas, aunque no necesariamente de las que son sólo desafortunadas.

Recuérdese que el Consejo Económico y Social, en su informe sobre el Anteproyecto de la Ley, dijo: «... *el régimen de responsabilidad previsto para los administradores judiciales y los auxiliares delegados por los daños y perjuicios causados a la masa del concurso resulta excesivamente grave y podría condicionar la operatividad de la Ley, máxime teniendo en cuenta que durante las sucesivas fases del procedimiento los distintos actos han estado sometidos al control de legalidad del juez que conoce del concurso*».

Los casos de actos u omisiones realizados sin la debida diligencia parecen inquietantes, sobre todo, en cuanto *omisiones*. Recuérdense, por ejemplo, las de no solicitar al juez el cese de la actividad profesional o empresarial del deudor (artículo 44.4), o no ejercitar acciones del

concurado (artículo 54.2), o no ejercitar acciones de reintegración de la masa (artículos 71 y 72).

e) Desde luego, puede derivar responsabilidad de las inexactitudes o errores de los informes que debe rendir la administración concursal, señaladamente los de los artículos 75 y 169.1.

#### **4. Relación de causalidad.**

Ni el apartado 1, ni el 7, del artículo 36 aluden a la relación de causalidad.

No obstante, teniendo presente que la relación de causalidad es *siempre* un elemento de la responsabilidad, es claro que también aquí se exige su concurrencia, de suerte que no cabe imputar responsabilidad a la administración concursal si entre su acción u omisión y el daño no existe la *adecuada* relación de causalidad o concurre una circunstancia excluyente de la *imputación objetiva* del daño.

#### **5. Daño.**

Al ser diferente el daño del apartado 1 y el del 7, me remito a cada una de dichas normas.

#### **6. Responsabilidad en la hipótesis de administración concursal colegiada.**

a) El apartado 2 del artículo 36 determina que “*será solidaria la responsabilidad derivada del ejercicio mancomunado o colegiado de competencias*” por parte de la administración concursal.

Es la circunstancia *normal* del procedimiento “ordinario” del concurso, esto es, no del *procedimiento abreviado* del artículo 190, en el que la administración concursal está integrada por un miembro, que deberá ser abogado, auditor de cuentas, economista o titulado mercantil, salvo que el juez, apreciando en el caso motivos especiales, resuelva expresamente lo contrario (artículo 191.2).

Es decir, la norma que examinamos ha de ponerse en concordancia con el párrafo primero del apartado 2 del artículo 35: “2. *Cuando la administración concursal esté integrada por tres miembros, las funciones de este órgano concursal se ejercerán de forma colegiada. Las decisiones se adoptarán por mayoría y, de no alcanzarse ésta, resolverá el juez*”.



Por ello, la norma que nos ocupa establece un caso de los de la llamada “*solidaridad impropia*”, puesto que no tiene su origen en un pacto.

**b)** Como consecuencia de ese régimen de solidaridad, el actor puede formular la demanda indistintamente frente a cualquiera de los administradores solidarios (*ius electionis* del artículo 1.144 del Código civil), sin que el demandado pueda ampararse con éxito en la excepción llamada de falta de litisconsorcio pasivo necesario.

**c)** También como consecuencia del régimen general de la solidaridad, el administrador concursal que hubiere satisfecho la indemnización puede reclamar de los otros la parte que a cada uno corresponda, con los intereses del anticipo, según el artículo 1.145 del Código civil.

**d)** Queda exonerado de responsabilidad el administrador concursal que pruebe (i) no haber intervenido en la adopción del acuerdo lesivo (ii) haber desconocido su existencia, o (iii) si la hubiera conocido, haber hecho todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, haberse opuesto expresamente al acuerdo.

Es claro que por “acuerdo” debe entenderse cualquier acto u omisión, que no siempre será necesariamente un acuerdo en sentido estricto.

Y no parece menos claro que, en los casos (i) y (ii), el administrador concursal no queda exonerado si en él concurrió la culpa consistente en no haber intervenido en la realización del acto u omisión, o en no haberla conocido. Lo que implica remitirse a un canon de *razonable diligencia* en el desempeño de la función. Particular importancia reviste el sistema de “actas” del artículo 35.4, que sin embargo plantea el problema de qué debe entenderse por decisiones “de trámite o gestión ordinaria”.

Por cuanto a “haber hecho todo lo conveniente para evitar el daño”, se entiende que es (entre otras cosas) haber dado cuenta al juez del acto u omisión de que se trate, sea cual sea el momento en el que el discrepante lo hubiere conocido.

**e)** Dado que el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 35 prevé que el juez, de oficio o a instancia de la administración concursal, puede atribuir competencias específicas a alguno de sus miembros, la fórmula legal de la solidaridad no rige cuando el acto u omisión dañosos son

imputables sólo a uno de los administradores, en virtud de esa atribución de competencias específicas. Si lo fueren a dos, sólo entre ellos regirá la solidaridad.

**C. LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS A LA MASA ACTIVA (ARTÍCULO 36.1). LA “ACCIÓN COMÚN” DE RESPONSABILIDAD.**

Examino las particularidades de la responsabilidad prevista en el apartado 1, para luego referirme a las del apartado 7.

**a)** El supuesto de hecho de la norma es el de “daños y perjuicios causados a la masa”. Es decir, producidos a la *masa activa* del concurso, *directamente*, sin perjuicio de que esos daños y perjuicios puedan afectar también, de forma refleja o indirecta, al deudor o a los acreedores.

Daño a la masa es cualquier incremento de su *pasivo* o cualquier detrimento de su *activo*.

**b)** En cuanto a sujetos eventualmente responsables, antijuridicidad y criterio de imputación de responsabilidad, actos u omisiones determinantes de responsabilidad, relación de causalidad y supuesto de administración concursal colegiada, me remito a lo dicho en el anterior capítulo B.

**c)** La legitimación activa la ostentan el deudor y los acreedores, esto es, cualquier acreedor.

En el caso en que el deudor hubiere sido suspendido en las facultades de administración y disposición (artículo 54.1) y en el de intervención (artículo 54.2), es evidente que, faltando el acuerdo positivo por mayoría de los miembros de la administración concursal (artículo 35.2), la autorización deberá ser solicitada por el deudor al juez, en obvia aplicación analógica del segundo inciso del apartado 2 del artículo 54 y también por reducción al absurdo.

**d)** Por lo que se refiere a competencia y tramitación, el apartado 4 del artículo 36 atribuye la primera al juez que conozca o haya conocido del concurso. Y la tramitación es la propia del “juicio declarativo que corresponda”, esto es, en función de su cuantía -juicio ordinario y juicio verbal- (artículo 249.2 de la Ley de Enjuiciamiento civil), sin perjuicio del criterio de atribución al ámbito del juicio verbal de las demandas a las que se refiere el artículo 250.

e) En lo que respecta a la prueba, ninguna regla se establece, como es lógico, en el artículo 36. No obstante, merecen interés los siguientes extremos.

En primer lugar, el juego de la posible inversión de la carga de la prueba, si se entiende que la acción de este apartado 1 se encuentra *favorecida* por el criterio jurisprudencial de presunción de culpa, predicado con carácter general -aunque con matices- para el ámbito de la responsabilidad civil según el *régimen común* del artículo 1.902 del Código civil.

En segundo término, parece que es particularmente adecuada al supuesto de hecho el principio de *disponibilidad y facilidad probatoria* que establece el apartado 6 del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

**f) Prescripción de la acción.**

El apartado 5 del artículo 36 dispone que “*la acción de responsabilidad prescribirá a los cuatro años, contados desde que el actor tuvo conocimiento del daño o perjuicio por el que reclama y, en todo caso, desde que los administradores concursales o los auxiliares delegados hubieran cesado en su cargo*”.

Este plazo de prescripción, que se fijaba en dos años hasta el Informe de la Ponencia en el Congreso de los Diputados, donde se introdujo el de cuatro, adopta para su cómputo un criterio equívoco respecto al *dies a quo*, por cuanto no toma exactamente el del número 2º del artículo 1.978 del Código civil (“desde que lo supo el agraviado”), ni el general conocido como *teoría de la “actio nata”*, del artículo 1.969.

Las palabras “en todo caso” conducen a la interpretación de que la fecha en que los administradores concursales o los auxiliares delegados hubieran cesado en su cargo es *siempre* el *dies a quo* de la acción que nos ocupa.

No obstante, no es desechable la tesis (ILLESCAS RUS) de que si el daño se revela con posterioridad al cese de los administradores, dicho cese no es obstáculo por sí solo -aun cuando desde él hayan transcurrido cuatro años- para el ejercicio de la acción, caso en el que el cómputo se inicia con la producción del perjuicio.

**g)** Reembolso de gastos al actor, en el caso de éxito (y efectividad) de la demanda.

El apartado 6 del artículo 36 dice: *“Si la sentencia contuviera condena a indemnizar daños y perjuicios, el acreedor que hubiera ejercitado la acción en interés de la masa tendrá derecho a que, con cargo a la cantidad percibida, se le reembolsen los gastos necesarios que hubiera soportado”*.

Cabe advertir, en primer lugar, que este “derecho de reembolso” está dispuesto en favor del acreedor demandante, no del deudor actor.

En segundo término, siendo el reembolso “con cargo a la cantidad percibida”, no basta el éxito de la acción, es decir, la sentencia condenatoria, sino que se requiere *el efectivo cobro* de la condena, o de parte de ella. El reembolso sólo es posible si tiene cabida dentro de lo efectivamente percibido por la masa activa del concurso.

Por lo demás, aunque la norma habla de “condena a indemnizar daños y perjuicios”, parece claro que puede haber una condena a indemnizar *in natura* (por ejemplo, devolución de bienes).

#### ***D. LA RESPONSABILIDAD DEL APARTADO 7 DEL ARTÍCULO 36. LA ACCIÓN “INDIVIDUAL” O “SINGULAR” DE RESPONSABILIDAD.***

**a)** Dice ese apartado 7: *“Quedan a salvo las acciones de responsabilidad que puedan corresponder al deudor, a los acreedores o a terceros por actos u omisiones de los administradores concursales y auxiliares delegados que lesionen directamente los intereses de aquéllos”*.

**b)** Dentro del paralelismo que, evidentemente, la Ley Concursal ha querido establecer entre responsabilidad de los administradores concursales y responsabilidad de los administradores sociales, es clara la correspondencia entre este apartado 7 y el artículo 135 de la Ley de sociedades anónimas, en el que se regula la llamada “acción individual de responsabilidad”.

**c)** Y no es menos evidente que la Ley ha querido dotar de un régimen distinto del de responsabilidad por daños a la masa al caso de actos u omisiones de los administradores concursales y de los auxiliares

delegados que lesionen *directamente* (es decir, en lo que se refiere a la masa, *solamente*) los intereses del deudor, de acreedores o de terceros.

No obstante, estimo que los principios en punto a sujetos eventualmente responsables, acciones u omisiones determinantes de responsabilidad y criterio de imputación de ésta, no han de diferir respecto de los correlativos extremos de la acción del apartado 1. Y esto, en razón a criterios jurisprudenciales ya asentados con carácter general, sea en el régimen común de responsabilidad del artículo 1.902, sea en el específico de la responsabilidad de los administradores sociales.

**d)** Por lo que respecta a daños *al deudor*, no es fácil imaginar muchos supuestos. Acaso, daños a bienes inembargables del concursado o el consistente en impedirle obtener alimentos con cargo a la masa activa, del artículo 47.1.

Daño típico a *un acreedor* será, desde luego, el derivado de no incluir un crédito en la lista de acreedores, su inclusión por un importe inferior al debido o la clasificación de un crédito en un lugar inadecuado -inferior- en el orden de prelación de créditos.

También puede ser caso de responsabilidad el de no respetar el orden de pago establecido en los artículos 154 a 158 de la Ley, en el supuesto de liquidación.

En cuanto a daños a *terceros*, es razonable la distinción de JUAN Y MATEU cuando contempla: (i) daños a los titulares de créditos contra la masa, por ejemplo por la constitución de nuevas obligaciones de la masa misma, (ii) daños a titulares de bienes y derechos separables de la masa (es el caso de deterioro de bienes de terceros que tenían que haberse *separado*, según el artículo 80 de la Ley, y (iii) daños a los titulares de bienes o derechos embargados. En este punto, JUAN Y MATEU cita la hipótesis de embargo de bienes y derechos de administradores o liquidadores del deudor persona jurídica, sin que existiera fundamento para adoptar esta decisión; no obstante, no debe olvidarse la restrictiva línea jurisprudencial en materia de responsabilidad civil por daños derivados de actuaciones judiciales, concretamente embargos.

**e)** Al decir la norma que “*quedan a salvo las acciones de responsabilidad que puedan corresponder...*”, se plantea la cuestión sobre competencia judicial y sobre procedimiento.

El precepto no ofrece, sino todo lo contrario, argumentos para sostener que en este caso sea competente “el juez que conozca o haya conocido del concurso”. Más bien cabe pensar que las acciones de este apartado 7 quedan sometidas a las reglas generales de competencia objetiva y territorial.

Por eso mismo, y con el argumento *a fortiori* del apartado 4 del mismo artículo 36, el procedimiento habrá de ser el propio del juicio de que en cada caso se trate.

f) Tampoco habla el apartado 7 de plazo alguno de prescripción.

Parece claro que la *independencia* que la norma ha querido dar a las acciones en ella mencionadas significa, además, que el plazo de prescripción será el propio de cada acción, esto es, típicamente el de uno o quince años, según se trate de responsabilidad extracontractual o contractual (artículos 1.968 y 1.964 del Código civil, respectivamente).

Me parece que fue muy significativo a este respecto el rechazo de enmiendas, en el Congreso y en el Senado, que proponían añadir al apartado 7 un inciso en el que se dijera que el plazo de prescripción sería el mismo que el establecido para la acción del apartado 1 (esto es, el que ha acabado siendo de cuatro años).

#### **BIBLIOGRAFÍA:**

CRUZ BÉRTOLO, José María de la: comentario al artículo 36, en *Comentarios a la legislación concursal* (directores, PULGAR EZQUERRA, ALONSO LEDESMA, ALONSO UREBA y ALCOVER GARAU), Dykinson, Madrid, 2004, I, páginas 577-581.

GÓMEZ MARTÍN, Fernando: comentario al artículo 36, en *Comentarios a la legislación concursal* (directores, SÁNCHEZ-CALERO y GUILARTE GUTIÉRREZ), Lex Nova, Valladolid, 2004, I, páginas 655-665.

ILLESCAS RUS, Angel Vicente: comentario al artículo 36, en *Proceso concursal práctico (Comentarios a la nueva Ley Concursal)*, Iurgium, Madrid, 2004, páginas 223-233.

JUAN Y MATEU, Fernando: comentario al artículo 36, en *Comentario de la Ley Concursal* (dirección, ROJO y BELTRÁN), Civitas, Madrid, 2004, I, páginas 725-740.

PALOMAR OLMEDA, Alberto: comentario al artículo 36, en *Comentarios a la legislación concursal* (coordinador PALOMAR OLMEDA), Dykinson, Madrid, 2003, páginas 461-468.

SENENT MARTÍNEZ, Santiago: comentario al artículo 36, en *La nueva regulación concursal* (dirección JIMÉNEZ SAVURIDO), Colex, Madrid, 2004, páginas 148-151.

VERDUGO GARCÍA, Juan: “Órganos del concurso: la administración del concurso”, en *Comentarios a la Ley Concursal* (coordinadores FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y SÁNCHEZ ALVAREZ), Marcial Pons, Madrid, 2004, páginas 474-477.