

## **RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA LEY CONCURSAL: SINOPSIS, TEXTOS LEGALES Y CUESTIONES**

**(5º Congreso Nacional de la Asociación española de abogados especializados en responsabilidad civil y seguro. Pamplona, noviembre de 2005).**

*Ricardo de Angel Yágüez*

**SUMARIO:** I. Motivos y artículos de la Ley Concursal directamente atinentes a responsabilidad civil. II. Los tres tipos de responsabilidad civil que se hallan en la Ley Concursal: (1) responsabilidad de la administración concursal, (2) responsabilidad de las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices y (3) responsabilidad “societaria” y “concursal” de los administradores y liquidadores, de derecho o de hecho, de una persona jurídica. III. Responsabilidad de la administración concursal (artículo 36). IV. Responsabilidad de las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices (artículo 172.2.3º). V. Responsabilidad “societaria” y “concursal” de los administradores y liquidadores, de derecho o de hecho, de una persona jurídica (artículos 48.2, 164.1 y 172.3). A) Cuestiones previas y de carácter general. B) Responsabilidad “societaria”. Primero: la “acción social” de responsabilidad. Segundo: la “acción individual” de responsabilidad. Tercero: la responsabilidad-sanción por no disolución. C) Responsabilidad “concursal”: la llamada, en forma gráfica y metafórica (no rigurosa), “de suplemento de la masa activa”. VI. La medida cautelar del artículo 48.3.

### **I. MOTIVOS Y ARTÍCULOS DE LA LEY CONCURSAL DIRECTAMENTE ATINENTES A RESPONSABILIDAD CIVIL.**

**A)** En el apartado IV de la Exposición de motivos de la Ley Concursal (LC), y en relación con la responsabilidad de la administración concursal (párrafo decimoprimer), se lee:

*“Se regula el régimen de responsabilidad de los administradores frente al deudor y a los acreedores y el de su separación por justa causa”.*

El apartado VIII de la misma Exposición de motivos, en sus párrafos primero, segundo, tercero, cuarto y sexto, que se refieren a la responsabilidad de los administradores, dice:

*“Una de las materias en las que la reforma ha sido más profunda es la de calificación del concurso. La ley limita la formación de la sección de calificación a supuestos muy concretos: la aprobación de un convenio que, por la cuantía de la quita o la duración de la espera, resulte especialmente gravoso para los acreedores, y la apertura de la liquidación.*

*En estos supuestos, el concurso se calificará como fortuito o como culpable. La última calificación se reserva a aquellos casos en los que en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor, o de sus representantes legales, administradores o liquidadores.*

*La ley formula el criterio general de calificación del concurso como culpable y a continuación enuncia una serie de supuestos que, en todo caso, determinan esa calificación, por su intrínseca naturaleza, y otra de supuestos que, salvo prueba en contrario, son presuntivos de dolo o culpa grave, por constituir incumplimiento de determinadas obligaciones legales relativas al concurso.*

*Si el preceptivo informe de la administración concursal y el dictamen del Ministerio Fiscal coincidieran en la calificación del concurso como fortuito, se archivarán las actuaciones sin más trámites. En otro caso, la calificación como culpable se decidirá tras un contradictorio, en el que serán partes el Ministerio Fiscal, la administración concursal, el deudor y todas las personas que pudieran resultar afectadas por la calificación. La oposición se sustanciará por los trámites del incidente concursal. La sentencia que califique el concurso como culpable habrá de determinar las personas afectadas y, en su caso, las declaradas cómplices; impondrá a todas aquéllas la inhabilitación para administrar bienes ajenos y para representar a cualquier persona, sanción que será temporal, durante un período de dos a 15 años; les impondrá, asimismo, la pérdida de cualquier derecho que tuvieran como acreedores concursales o de la masa y la condena a devolver los bienes y derechos que indebidamente hubieren obtenido del deudor o recibido de la masa activa, más la de indemnizar los daños y perjuicios causados.*

... ..

*Los efectos de la calificación se limitan a la esfera civil, sin trascender a la penal ni constituir condición de prejudicialidad para la persecución de las conductas que pudieran ser constitutivas de delitos. La ley mantiene la neta separación de ilícitos civiles y penales en esta materia”.*

**B)** Por lo que respecta al articulado, procede la cita de los siguientes preceptos:

1. Sobre responsabilidad de los administradores concursales y del auxiliar delegado.

***“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. Sobre responsabilidad de los administradores y liquidadores de la sociedad.

***“Artículo 48. Efectos sobre el deudor persona jurídica.***

.....

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.

.....”.

3. Sobre responsabilidad “concursal” de los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho.

**“Artículo 164. Concurso culpable.**

1. El concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho.

.....”.

**“Artículo 172. Sentencia de calificación.**

1. La sentencia declarará el concurso como fortuito o como culpable. Si lo calificara como culpable, expresará la causa o causas en que se fundamente la calificación.

2. La sentencia que califique el concurso como culpable contendrá, además, los siguientes pronunciamientos:

1º La determinación de las personas afectadas por la calificación, así como, en su caso, la de las declaradas cómplices. Si alguna de las personas afectadas lo fuera como administrador o liquidador de hecho de la persona jurídica deudora, la sentencia deberá motivar la atribución de esa condición.

2º La inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a 15 años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo período, atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio.

3º La pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa y la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados.

3. Si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, la sentencia podrá, además, condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa.

4. Quienes hubieran sido parte en la sección de calificación podrán interponer contra la sentencia recurso de apelación”.

Por otro lado, deben ser citadas la disposición final vigésima, apartados 2, 3, 4, 5 y 6, y la vigésima primera, apartados 3 y 4:

**“Disposición final vigésima. Reforma de la Ley de Sociedades Anónimas.**

El texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, queda modificado en los términos siguientes:

... ..

2. *El apartado 2 del artículo 260 queda redactado de la forma siguiente:*

Véase apartado V. B., Tercero, de esta sinopsis.

4. *El apartado 2 del artículo 262 pasa a tener la siguiente redacción:*

Idem.

5. *El apartado 4 del artículo 262 tendrá la siguiente redacción:*

Idem.

6. *El apartado 5 del artículo 262 tendrá la siguiente redacción:*

Idem.

***“Disposición final vigésima primera. Reforma de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.***

*La Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, queda modificada en los términos siguientes:*

... ..

3. *El apartado 2 del artículo 104 queda redactado de la forma siguiente:*

Idem.

4. *Los apartados 1 y 5 del artículo 105 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada quedan redactados de la forma siguiente:*

Idem.

**II. LOS TRES TIPOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL QUE SE HALLAN EN LA LEY CONCURSAL: RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL, RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS AFECTADAS POR LA CALIFICACIÓN O DECLARADAS CÓMPLICES Y RESPONSABILIDAD “CONCURSAL” DE LOS ADMINISTRADORES O**

## **LIQUIDADORES, DE DERECHO O DE HECHO, DE UNA PERSONA JURÍDICA.**

- La Ley establece los tres regímenes de responsabilidad que se citan en el epígrafe.

- Desde luego, sin perjuicio de la responsabilidad civil derivada de delito (artículo 109 del Código penal, en relación con los artículos 257 a 261 del mismo Código). A efectos de esto último, téngase presente la nueva redacción de los artículos 259, 260 y 261CP, según Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre; estos artículos entraron en vigor el 1 de setiembre de 2004, como la Ley Concursal. Y en su caso, en relación con los artículos 290 a 297 CP (“delitos societarios”).

- Remisión a los siguientes apartados III, IV y V.

### **III. RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL Y DEL AUXILIAR DELEGADO.**

**A)** La nueva figura de la administración concursal.

**a)** 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).

**b)** Regulación específica:

- Título II de la Ley, artículos 26 a 39.

- Disposición final trigésima cuarta, en relación con la trigésima quinta.

**c)** Junto con el juez, 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)** 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:

**B.1)** Funciones de la administración concursal.

**1.** *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...”*

- Apartado IV, párrafo duodécimo:

*“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.

**2.** *Gestión.*

**a)** 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.

**b)** Consecuencia de la continuación o no del ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor (artículo 44, apartados 1, 2 y 3).

**c)** 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.”*

### **3. Informes.**

**a)** Los informes más significativos de la administración concursal:

**a.1)** 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.”*

#### **a.2) 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”.*

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

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

**1. Naturaleza jurídica de la condición de administrador.**

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

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

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

5. *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.

6. *Rendición de cuentas.*

- Remisión al artículo 181.

- Inadecuada ubicación sistemática de ese artículo 181, a mi juicio.

Por otro lado, 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.

**B.3) Los auxiliares delegados.**

1. *Autorización judicial, a instancias de la administración concursal:* artículo 32.1.

- Creo que cabe la posibilidad de más de un auxiliar. De hecho, la norma habla de “los auxiliares”.

- La teoría, que no comparto, de la lista de profesionales en el Juzgado.

**2. Naturaleza jurídica de la relación entre la administración concursal y el auxiliar delegado.**

- ¿Relación de arrendamiento de servicios?
- Diferencia con el caso del “personal al servicio” de un administrador concursal (los empleados o colaboradores del administrador “profesional” o los empleados del administrador “acreedor”): artículo 32.4.
- ¿Aplicabilidad del párrafo cuarto del artículo 1.903 del Código civil?
- Importancia, a efectos del derecho de repetición del artículo 1.904 del Código civil.

**3. Funciones delegadas.**

- Las establece el juez. Dificil determinación, posible fuente de conflictos a efectos de responsabilidad. Relación con el artículo 36.3. Analogía con el último párrafo del artículo 1.903 del Código civil (criterio *culpabilista* de responsabilidad).
- ¿Quién “gobierna” la actuación del auxiliar delegado?: el caso del administrador concursal al que se han atribuido competencias específicas (artículo 95.2, párrafo segundo).

**C) Reglas de responsabilidad de la administración concursal.**

**1. Las dos acciones de responsabilidad contra la administración concursal: la acción de responsabilidad en interés de la masa (artículo 36.1) y la acción individual de responsabilidad (artículo 36.7).**

**2. Acción de responsabilidad en interés de la masa.**

**a)** Son daños causados *a la masa*, aunque de forma indirecta afecten a los acreedores u otros terceros (artículo 36.1).

**b) Relación con las funciones de la administración concursal:**

- Remisión al anterior apartado B.1.

Intervención de los actos realizados por el deudor que conserva sus facultades patrimoniales; sustitución del deudor cuando éste haya sido suspendido en dicho ejercicio; confección de informes.

- La particularidad de la “responsabilidad por informar”.

**c) Conductas sancionadas:**

- Actos y omisiones contrarios a la ley.
- O realizados sin la debida diligencia. Diligencia: la del artículo 35.1.

**d) Criterio de imputación de responsabilidad: criterio culpabilista (“...o realizados sin la debida diligencia”, del inciso final del artículo 36.1).**

- Presunción de culpa e inversión de la carga de la prueba (arg., siguiente letra e).
- En el caso de actos u omisiones contrarios a la ley, la responsabilidad deriva de la propia contravención, con independencia de criterios subjetivos de imputación.

**e) Responsabilidad solidaria, salvo que se trate de responsabilidad en el ejercicio de competencias individualmente atribuidas a uno de los administradores concursales (apartado 2).**

- Aplicación del *ius electionis* propio de la solidaridad. Acciones de repetición.
- Exoneración de responsabilidad del 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.

**f) Responsabilidad solidaria de los administradores concursales por los actos y omisiones de los auxiliares delegados, salvo que prueben haber empleado toda la diligencia debida para prevenir o evitar el daño (apartado 3).**

- Concordancia con el último párrafo del artículo 1.903 del Código civil. Teóricamente, inversión de la carga de la prueba. ¿Cabe pensar en las “insuperables dificultades probatorias” que se observan en la jurisprudencia cuando aplica la responsabilidad civil del empresario del párrafo cuarto del artículo 1.903 del Código civil?

- ¿Tiene cabida la acción de repetición del artículo 1.904 del Código civil?

- El problema del administrador acreedor que designa un profesional que le sustituya (artículo 27.1, último párrafo). ¿Responde por *culpa in eligendo*?

**g)** Legitimación activa: acreedores (individualizados) y deudor.

- Si intenta ejercitarla el deudor, ¿será precisa autorización judicial, en aplicación analógica del artículo 54.2?

**h)** Régimen procesal de la acción de responsabilidad en interés de la masa: *juicio declarativo* que corresponda, *ante el juez que conozca o haya conocido del concurso* (apartado 4).

**i)** Prescripción de la acción: plazo de cuatro años. *Dies a quo* (apartado 5). El problema *general* de los daños que se manifiestan después del acto por el que se responde. Las palabras “*en todo caso*”.

**j)** Reembolso de gastos al acreedor que hubiera ejercitado con éxito la acción en interés de la masa (apartado 6). No beneficia al deudor demandante.

**k)** Efecto de la acción que prospera. El apartado 6 habla de “indemnizar daños y perjuicios”, pero parece claro que puede haber una condena a restituir *in natura* (devolución de bienes).

**l)** Caso de administrador concursal persona jurídica.

**3.** *La acción individual de responsabilidad del apartado 7 del artículo 36.*

**a)** Daños *directos* al deudor, a acreedores o a terceros.

**b)** Daños “a los acreedores”. ¿A todos, o sólo al concreto acreedor que demanda? Opino que esto último, con arreglo a los criterios generales en materia de legitimación activa.

**c)** Interpretaciones sobre el criterio de imputación de responsabilidad y sobre la relación de causalidad.

**d)** Régimen procesal: estimo que debe ser el mismo que el del apartado 4 de este artículo. Aplicabilidad del principio del artículo 48.2, párrafo segundo. Acaso, lo prevé el artículo 86 ter, apartado 1, 6º, de la LOPJ, según redacción dada por el artículo segundo, 7, de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la reforma concursal. Pero esta norma habla sólo de “perjuicios causados al concursado”.

**f)** Prescripción. Silencio legal. ¿Será el plazo propio de la acción ejercitada, con aplicación de las reglas sobre responsabilidad contractual (artículo 1.964 del Código civil) o extracontractual (artículo 1.968, 2º, Código civil)?

**g)** El caso de administrador concursal persona jurídica.

#### **IV. RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS AFECTADAS POR LA CALIFICACIÓN O DECLARADAS CÓMPICES (ARTÍCULO 172.2.3º).**

**1.** Alcance subjetivo: personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices (inciso primero).

**a)** *Tienen* que ser determinadas en la sentencia de calificación (artículo 172.2.1º).

**b)** Quiénes son:

- El deudor. Dudoso, cuando el concursado es persona física y el concurso termina en convenio (ALCOVER GARAU).
- Administradores y liquidadores de personas jurídicas, de hecho o de derecho.
- Representantes legales de personas físicas.
- Cómplices (definidos en el artículo 166).

- Duda sobre los ex administradores y ex liquidadores (anteriores a la declaración de concurso).

\*No se trata del caso de la condena del apartado 3 del mismo artículo 172.

\*Argumentos en contra: *odiosa sunt restringenda* y dudosa “identidad de razón” a efectos de analogía (artículo 4.1 del Código civil).

2. Alcance objetivo: los efectos previstos en la norma.

a) Pérdida de cualquier derecho como acreedor.

b) Devolución de los bienes o derechos que hubieran obtenido *indebidamente* del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa.

c) Indemnización de los daños y perjuicios causados.

3. Sobre el efecto de indemnización: ¿A quién se indemniza? ¿Quién y cuándo ha instado esta indemnización?

- Cualquier perjudicado, aunque no sea acreedor del concursado:

- Se entiende que la clave es la personación del artículo 168 LC.

4. Idem: ¿Qué “*daños y perjuicios causados*”? La condena, ¿debe establecer el montante determinado?; ¿o cabe una condena sujeta a liquidación con la fórmula de los artículos 712 ss. LEC?

## **V. RESPONSABILIDAD “SOCIETARIA” Y “CONCURSAL” DE LOS ADMINISTRADORES Y LIQUIDADORES, DE DERECHO O DE HECHO, DE UNA PERSONA JURÍDICA (ARTÍCULOS 48.2, 164.1 Y 172.3).**

### ***A) CUESTIONES PREVIAS Y DE CARÁCTER GENERAL.***

1. Persona jurídica deudora, que no sea sociedad mercantil.
2. Persona jurídica deudora, que no sea sociedad de capital.

3. El caso de la sociedad de capital: compatibilidad o coexistencia de la “acción social” de responsabilidad del artículo 134 LSA (y por remisión, del artículo 69.1 LSRL) con la “responsabilidad concursal” del artículo 172.3 LC. Esta compatibilidad se encuentra expresamente declarada en el artículo 48.2, párrafo primero, LC.

4. También para el caso de la sociedad de capital:

- Compatibilidad o coexistencia de la “acción individual” de responsabilidad del artículo 135 LSA (y por remisión, del artículo 69.1 LSRL) con la “responsabilidad concursal” del artículo 172.3 LC. Ninguna regla legal la excluye.

- Compatibilidad o coexistencia de la *responsabilidad-sanción* del artículo 262.5 LSA y del artículo 105.5 LSRL con la “responsabilidad concursal” del artículo 172.3 LC. Tampoco la excluye ninguna regla legal.

5. Resumen de 3 y 4: “El ejercicio de las pertinentes acciones de responsabilidad previstas en la normativa societaria no muda el significado dogmático de éstas cuando se viene a producir tras la declaración de concurso” (GARCÍA-CRUCES).

6. La mención del administrador y del liquidador “de hecho”.

- La sentencia de calificación *deberá motivar* la atribución (a una persona determinada, artículo 172.2.1º, inciso primero) de la condición de administrador o liquidador de hecho de la persona jurídica deudora (artículo 172.2.1º, inciso segundo).

- La mención a los administradores de hecho en el artículo 93.2.2º, como “personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica”, a efectos de la enumeración de *créditos subordinados* (artículo 92, en su número 5º).

- El “administrador de hecho” es también citado en el apartado 2 del artículo 133 LSA, según redacción dada por la Ley de 17 de julio de 2003, llamada “de transparencia”.

- Por administrador de hecho puede entenderse (PERDICES HUETOS):

\*Los administradores (de hecho) notorios: quienes, careciendo de título válido para administrar, se comportan como tales frente a socios y terceros.

\* Los administradores (de hecho) ocultos: quienes “inducen” a los administradores a gestionar tal y como lo hacen, por lo que son tan responsables de lo actuado como quien materialmente lo ha llevado a cabo.

- El texto no incluye a los apoderados generales, a pesar de la redacción del artículo 166, al considerar *cómplices* a quienes hubieren cooperado, entre otros, con los *apoderados generales*. Y puede ocurrir que el apoderado general sea considerado “administrador de hecho”.

## **B) RESPONSABILIDAD “SOCIETARIA”.**

### **Primero: La “acción social de responsabilidad”.**

#### **a) Los presupuestos de responsabilidad del artículo 133 LSA.**

Procede recordar el texto del artículo 133 LSA, en la redacción resultante del artículo 2, apartado seis, de la Ley de 17 de julio de 2003, de modificación de la Ley del Mercado de Valores y de la Ley de sociedades anónimas, llamada “Ley de transparencia”, que entró en vigor el 19 de julio de 2003 (en virtud de su disposición final única):

#### *“Artículo 133. Responsabilidad.*

*1. Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo.*

*2. El que actúe como administrador de hecho de la sociedad responderá personalmente frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores del daño que cause por actos contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes que esta Ley impone a quienes formalmente ostenten con arreglo a ésta la condición de administrador.*

*3. Responderán solidariamente todos los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo, menos los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél.*

4. *El ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general*”.

**b)** La acción social de responsabilidad del artículo 134 LSA.

**c)** Carácter orgánico de esta responsabilidad = vinculado a la actuación de los administradores como órgano social y en función de sus competencias como tal órgano (artículos 128 y 129 LSA y 62 y 63 LSRL).

**d)** Pero responden los miembros (cada uno de ellos, en su caso, en función de su *personal culpa*), no el órgano.

**e)** El criterio de imputación de responsabilidad es el *subjetivo* o por culpa. *Cualquier culpa*, sin matices, esto es, incluida la más leve.

La responsabilidad deriva de culpa o negligencia, por incumplimiento de los deberes que pesan sobre el administrador, esto es, los propios de la diligencia “de un ordenado empresario y de un representante leal” (artículo 127.1 LSA).

Debe tenerse presente la nueva redacción del apartado 2 del artículo 127 por efecto de la antes citada Ley de 17 de julio de 2003.

Téngase en cuenta, además, el contenido de los nuevos artículos 127 bis, 127 ter y 127 quáter, introducidos por la misma Ley de 17 de julio de 2003, relativos respectivamente a “deberes de fidelidad”, “deberes de lealtad” y “deber de secreto”. Por otro lado, en lo que respecta a los deberes de lealtad, repárese en extensión del supuesto de hecho a “personas vinculadas” a los administradores, con atención al apartado 5 del nuevo artículo 127 ter.

**f)** Presunción de culpa e inversión de la carga de la prueba, según se desprende del artículo 133.2.

**g)** Responsabilidad solidaria: artículo 133.2.

**h)** Alcance de esta responsabilidad: resarcir a la sociedad (no a los socios, ni a terceros) de los daños derivados del incumplimiento de los deberes de los administradores.

**i)** Legitimación “clásica” para entablar la acción:

- La propia sociedad, previo acuerdo de la junta general (artículo 134.1).

- Subsidiariamente, accionistas que sean titulares de, al menos, un cinco por ciento del capital social, cuando los administradores no convocasen la junta general solicitada a efectos del ejercicio de la acción por la sociedad, cuando ésta no la entablare dentro del plazo de un mes o cuando el acuerdo de la junta general hubiere sido contrario a la exigencia de esta responsabilidad “social” (artículo 134.4).

- Subsidiariamente respecto a los anteriores, los acreedores (artículo 134.5).

\*Presupuesto: que la acción no ha sido ejercitada por la sociedad o sus accionistas.

\*Lógica restricción: sólo procede cuando el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de los créditos de los acreedores legitimados (esta insuficiencia patrimonial puede ser, por analogía, la del artículo 2.4 LC: solicitud de declaración de concurso presentada por un acreedor). No basta, por tanto, cualquier daño a la sociedad.

**j)** Prescripción: cuatro años (artículo 949 del Código de comercio).

**k)** Novedades introducidas por la LC (artículo 48.2):

**k.1)** Legitimación activa de la administración concursal (artículo 48.2, párrafo primero): “*Acciones que asistan a la persona jurídica*” contra administradores y liquidadores; se trata, sin duda, de la “acción social”.

\*La particularidad de que no es necesario previo acuerdo de la junta o asamblea de socios.

\*No se encuentran razones para sostener que se trate de una legitimación subsidiaria respecto a la de los demás legitimados del artículo 134 LSA (ALONSO UREBA).

\*La interposición de esta acción es independiente del desenlace del concurso: convenio o liquidación.

**k.2)** Regla de competencia del artículo 48.2, párrafo segundo: consecuencia del “principio de unidad” de concurso. Concordancia con el artículo 8.6º LC y con el artículo 86 ter, 1.6º LOPJ, según redacción dada

por el artículo 2.7 de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la reforma concursal.

- Problema de interpretación: ¿Sólo las acciones ejercitadas después de la declaración de concurso? ¿O también las anteriores?

**k.3)** “La formación de la sección de calificación no afectará a las acciones de responsabilidad que se hubieran ejercitado” (artículo 48.2, párrafo tercero).

**k.4)** La referencia a los liquidadores en el artículo 48.2 LC.

Por lo que respecta a los liquidadores, debe recordarse que su responsabilidad deriva de una actuación “con fraude o negligencia grave en el desempeño de su cargo”, en lo que se refiere a los de la sociedad anónima (artículo 279.1 LSA). Se señala esta circunstancia por el notable contraste -en el sentido de agravación- con lo que se dispone en la Ley Concursal sobre la “responsabilidad concursal”, también, de los administradores (artículo 172.3).

Parece no ser el caso de los liquidadores de la sociedad de responsabilidad limitada, pues el artículo 114 LSRL, al establecer que “serán de aplicación a los liquidadores las normas establecidas para los administradores que no se opongan a lo dispuesto en esta sección”, parece estar remitiendo al artículo 69.1 de la propia LSRL y, por tanto, a los artículos 133, 134 y 135 LSA. Aunque acaso sea más razonable aplicar (con carácter “supletorio” o de analogía) el criterio del artículo 279.1 LSA, pues tiene poca lógica un distinto régimen de responsabilidad de los liquidadores, según lo sean de una anónima o de una limitada.

### **Segundo: La “acción individual” de responsabilidad.**

**a)** Artículo 135 LSA: Acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a terceros por actos de los administradores que lesiones *directamente* los intereses de aquéllos.

**b)** Aplicabilidad de lo señalado en las letras a), c), d), e), f), g) y j) del anterior subapartado primero (“acción social de responsabilidad”).

**c)** Opiniones que pueden compartirse (ALFARO AGUILA-REAL):

- Los administradores responden cuando hayan causado el daño al tercero *personalmente* y, en los casos de omisión, cuando hayan infringido un deber de cuidado que el ordenamiento les impusiera, precisamente, en protección de los bienes jurídicos de ese tercero.

- Los administradores responden *extracontractualmente* frente a los acreedores contractuales de la sociedad en los mismos términos en que responde un tercero que se inmiscuye en la relación contractual.

- El administrador responde exclusivamente de los daños causados por los administradores a los socios en su función de *gestores del contrato social*.

**d) Particularidades en caso de concurso:**

- El concurso de la sociedad no afecta a esta acción, porque se ejercita frente a los administradores, no frente a la sociedad.

- ¿Ante qué juez? En favor del juez del concurso milita la “jurisdicción excluyente y exclusiva”, de la que habla la Exposición de motivos. En contra, la “predeterminación legal de la competencia” (artículo 44 LEC).

**Tercero: La responsabilidad-sanción por no disolución.**

**a) Hasta la entrada en vigor de la Ley Concursal:**

- En la LSA (artículos 260 y 262.5): son casos en los que los administradores se convierten en responsables solidarios, entre sí y con la sociedad, de *las obligaciones sociales*:

\* Si incumplen la obligación de convocar la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución,

\* O no solicitan la disolución judicial en el plazo de dos meses a contar de la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta cuando su acuerdo hubiera sido contrario a la disolución.

Es una norma pensada para una fase “preconcurso” (para algún autor, “paraconcurso”), en la que no se da propiamente una situación de insolvencia, sino de pérdidas significativas (FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA).

- En la LSRL: régimen similar, con matices (artículos 104 y 105.5).

**b) A partir de la entrada en vigor de la Ley Concursal.**

- Es menester acudir al texto de los artículos 260 y 262 LSA, en la redacción que resultará de la entrada en vigor de la LC (el 1 de setiembre de 2004, disposición final trigésima quinta), en virtud de lo establecido en su disposición final vigésima, apartados 2, 3, 4, 5 y 6:

*“260. Causas de la disolución.*

*1. La sociedad anónima se disolverá:*

*1º. Por acuerdo de la junta general, adoptado con arreglo al artículo 103.*

*2º. Por cumplimiento del término fijado en los estatutos.*

*3º. Por la conclusión de la empresa que constituya su objeto o la imposibilidad manifiesta de realizar el fin social o por la paralización de los órganos sociales, de modo que resulte imposible su funcionamiento.*

*4º. Por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso conforme a lo dispuesto en la Ley Concursal.*

*5º. Por reducción del capital social por debajo del mínimo legal.*

*6º. Por la fusión o escisión total de la sociedad.*

*7º. Por cualquier otra causa establecida en los estatutos.*

*2. La declaración de concurso no constituirá, por si sola, causa de disolución, pero si en el procedimiento se produjera la apertura de la fase de liquidación la sociedad quedará automáticamente disuelta. En este último caso, el juez del concurso hará constar la disolución en la resolución de apertura y, sin nombramiento de liquidadores, se realizará la liquidación de la sociedad conforme a lo establecido en el capítulo II del título V de la Ley Concursal”.*

*“262. Acuerdo social de disolución.*

*1. Cuando concurra alguna de las causas previstas en los números 3º, 4º, 5º y 7º del apartado 1 del artículo 260, la disolución de la sociedad requerirá acuerdo de la junta general constituida con arreglo al artículo 102.*

2. Los administradores deberán convocar Junta General en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución.

Asimismo podrán solicitar la declaración de concurso por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, siempre que la referida reducción determine la insolvencia de la sociedad, en los términos a que se refiere el artículo 2 de la Ley Concursal.

Cualquier accionista podrá requerir a los administradores para que se convoque la Junta si, a su juicio, existe causa legítima para la disolución, o para el concurso.

3. En el caso de que la junta solicitada no fuese convocada o no pudiese lograrse el acuerdo o éste fuese contrario a la disolución, cualquier interesado podrá solicitar la disolución judicial de la sociedad.

4. Los administradores están obligados a solicitar la disolución judicial de la sociedad cuando el acuerdo social fuese contrario a la disolución o no pudiera ser logrado. La solicitud habrá de formularse en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución o no se hubiera adoptado.

5. Responderán solidariamente de las obligaciones sociales los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la Junta General para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución o al concurso”.

- Por el mismo motivo, corresponde la transcripción del texto de los artículos 104 y 105 de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada (LSRL), en la redacción que resultará de la entrada en vigor de la LC, en virtud de lo establecido en su disposición final vigésima primera, apartados 2, 3 y 4:

“104. Causas de disolución.

1. La sociedad de responsabilidad limitada se disolverá:

a) Por cumplimiento del termino fijado en los estatutos, de conformidad con lo establecido en el artículo 107.

b) Por acuerdo de la Junta General adoptado con los requisitos y la mayoría establecidos para la modificación de los estatutos.

c) Por la conclusión de la empresa que constituya su objeto, la imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social, o la paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento.

d) *Por falta de ejercicio de la actividad o actividades que constituyan el objeto social durante tres años consecutivos.*

e) *Por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio contable a menos de la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente.*

f) *Por reducción del capital social por debajo del mínimo legal. Cuando la reducción sea consecuencia del cumplimiento de una ley se estará a lo dispuesto en el artículo 108.*

g) *Por cualquier otra causa establecida en los estatutos.*

2. *La declaración de concurso no constituirá, por sí sola, causa de disolución, pero si en el procedimiento se produjera la apertura de la fase de liquidación la sociedad quedará automáticamente disuelta. En este último caso, el juez del concurso hará constar la disolución en la resolución de apertura y, sin nombramiento de liquidadores, se realizará la liquidación de la sociedad conforme a lo establecido en el capítulo II del título V de la Ley Concursal”.*

“105. *Acuerdo de disolución.*

1. *En los casos previstos en los párrafos c) a g) del apartado 1 del artículo anterior, la disolución, o la solicitud de concurso, requerirá acuerdo de la Junta General adoptado por la mayoría a que se refiere el apartado 1 del artículo 53. Los administradores deberán convocar la Junta General en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución o inste el concurso. Cualquier socio podrá solicitar de los administradores la convocatoria si, a su juicio, concurriera alguna de dichas causas de disolución, o concurriera la insolvencia de la sociedad, en los términos a que se refiere el artículo 2 de la Ley Concursal.*

2. *La Junta General podrá adoptar el acuerdo de disolución o aquél o aquéllos que sean necesarios para la remoción de la causa.*

3. *Si la Junta no fuera convocada, no se celebrara, o no adoptara alguno de los acuerdos previstos en el apartado anterior, cualquier interesado podrá instar la disolución de la sociedad ante el Juez de Primera Instancia del domicilio social. La solicitud de disolución judicial deberá dirigirse contra la sociedad.*

4. *Los administradores están obligados a solicitar la disolución judicial de la sociedad cuando el acuerdo social fuese contrario a la disolución o no pudiera ser logrado. La solicitud habrá de formularse en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la Junta, cuando ésta o se haya constituido, o desde el día de la Junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución o no se hubiera adoptado.*

5. *El incumplimiento de la obligación de convocar Junta General o de solicitar la disolución judicial o, si procediera, el concurso de acreedores de la sociedad determinará la responsabilidad solidaria de los administradores por todas las deudas sociales”.*

El cambio consiste en que a partir del 1 de setiembre de 2004, los administradores asumen un especial deber de solicitar el concurso.

**C) RESPONSABILIDAD “CONCURSAL”: LA LLAMADA, EN FORMA GRÁFICA Y METAFÓRICA (NO RIGUROSAMENTE), “DE SUPLEMENTO DE LA MASA ACTIVA”.**

1. Responsabilidad que se declara en la sentencia de calificación (título 172.3).

- Notable novedad en nuestro Derecho concursal.
- Sólo aplicable a supuestos de concurso de persona jurídica.

2. Presupuestos *remotos*:

Primero: que se hubiera formado la sección sexta, de calificación. Esta formación sólo cabe (artículo 163.1) cuando:

- Tenga lugar la aprobación judicial de un convenio con una quita superior a un tercio del importe de los créditos o una espera superior a tres años.
- En todos los supuestos de apertura de la fase de liquidación.

Segundo: que la sección de calificación hubiera sido formada (artículo 167.1) o reabierta (artículo 179) como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación.

3. Presupuesto *próximo*: que el concurso se califique como culpable (artículo 172.2, párrafo primero).

- El concurso se calificará como culpable cuando en la *generación o agravación* del estado de insolvencia hubiera mediado *dolo o culpa grave* del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho.

\*Reservas doctrinales al respecto: ¿Por qué no “simple culpa”?

- Presunciones absolutas de concurso culpable (los seis supuestos del artículo 164.2).

- Presunciones relativas (o *iuris tantum*): los tres supuestos del artículo 165.

4. Aparente discrecionalidad judicial (“*la sentencia podrá*”). Desafortunada expresión: parece claro que, si se dan los presupuestos y requisitos, la sentencia *debe* condenar (sin perjuicio del *criterio* judicial en punto a la determinación de los responsables y de la “modulación” del alcance o montante de la responsabilidad de cada uno de ellos). Se entiende que el texto quiere decir que *sólo cuando concurren los requisitos establecidos en la norma*, “puede” la sentencia establecer tal condena.

5. Eventuales responsables: administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, y quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso.

¿Por qué dos años? Contraste con el artículo 949 del Código de comercio (cuatro años) y con el artículo 165, 3º, LC (tres últimos ejercicios).

6. ¿Responsabilidad mancomunada o solidaridad? Me inclino por la mancomunidad (artículo 1.137 del Código civil y el hecho de que aquí no existe presunción de culpa, a diferencia del artículo 133 LSA).

Desde luego, sin perjuicio de que rija la solidaridad (en virtud de la jurisprudencia) si hubiera habido concertación o acuerdo en las conductas determinantes de responsabilidad.

Algunos autores critican la ausencia de mención a la responsabilidad solidaria como regla general.

7. Acreedores de la indemnización: los acreedores concursales. Es decir, los descritos en el inciso primero del apartado 1 del artículo 84, luego “calificados” en el artículo 89.1.

8. Alcance (o límite) de la indemnización: “*pagar ..., total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa*”. El “déficit patrimonial” entre masa activa y pasiva.

9. No se declara cuál es el criterio de imputación.

- Posibilidades o interpretaciones teóricas: responsabilidad-sanción, responsabilidad objetiva, responsabilidad por culpa.

- Me inclino por la tesis de que se trata de una responsabilidad por culpa, consistente en negligencia en el ejercicio de las funciones del cargo de administrador o liquidador. No encuentro argumentos sólidos para sostener otra interpretación, aunque se han formulado argumentos sólidos en favor de la responsabilidad-sanción (GARCÍA-CRUCES).

- Culpa en la “generación” o “agravación” del estado de insolvencia. Se usa la palabra “generación”, no la de “producción”.

- Se entiende que el “estado de insolvencia” es el del artículo 2.2, esto es, el caso en el que *“el deudor no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles”*.

- El juez “modula” el dolo o culpa grave de *cada uno* de los administradores o liquidadores, que es el *presupuesto próximo* de esta responsabilidad (artículo 164.1). Si es por culpa, se trata -en definitiva- de la aplicación del principio del artículo 1.103 del Código civil.

#### 10. La sentencia debe determinar:

- Quién o quiénes de los administradores son los obligados;
- Y la cantidad que corresponde pagar a cada uno, en función (1) del grado de culpa, atribuido también a cada uno, y (2) de la relación (genuina de causalidad) entre la culpa y la generación o agravación del estado de insolvencia.

#### 11. El problema de la relación de causalidad:

- Sea cual se el criterio de imputación de responsabilidad, la relación de causalidad entra en juego siempre, puesto que se trata de un elemento *distinto* (e imprescindible) de la responsabilidad civil. No obstante, no será fácil que se dé esta circunstancia, porque la imputación a los administradores y liquidadores es sólo en caso de dolo o culpa grave.

- Dolo o culpa de un tercero. El caso del auditor.

- Dolo o culpa de un empleado: irrelevante, por el principio que inspira la regla del párrafo cuarto del artículo 1.903 del Código civil.

- “Culpa” del acreedor (casos en los que el acreedor, al contratar con el concursado, conoce o tiene motivos para conocer su situación patrimonial). En realidad, ruptura de la relación de causalidad como consecuencia de la *conducta* (no culpa) del acreedor.

## 12. Coexistencia de la responsabilidad concursal con la acción social de responsabilidad del artículo 134 LSA.

La acción social de responsabilidad suple el vacío de la responsabilidad concursal en:

- Los casos en que no hay calificación.

- Los casos de concurso “no culpable” (artículo 164.1, *a sensu contrario*), salvo el concurso fortuito.

- Los casos de administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, más de dos años anteriores a la declaración de concurso, con el límite de la prescripción del artículo 949 del Código de comercio.

## 13. Responsabilidad-sanción por no disolución y responsabilidad concursal.

ALONSO UREBA: Ante una situación de pérdidas que deje reducido el patrimonio social a una cantidad inferior a la mitad del capital, sin que éste se aumente o reduzca en medidas suficientes, produciéndose como consecuencia del desbalance una situación de insolvencia actual, sin que los administradores procedan a solicitar el concurso, será de aplicación el régimen de responsabilidad-sanción de la legislación societaria. Otra cosa es que, habiéndose producido un estado de insolvencia actual, y transcurridos dos meses desde que se conoció o debiera haberse conocido, sin haberse solicitado el concurso y éste sea calificado como culpable, entre en juego el régimen de responsabilidad concursal del artículo 172.3 LC.

14. Puede compartirse la opinión (QUECEDO ARACÍL) de que las acciones “ordinarias” de responsabilidad de administradores (entre ellas, la de la “acción social”) pueden ser más ventajosas que la responsabilidad

concurzal, al extender la responsabilidad a todos los supuestos de culpa, sin complicaciones derivadas de la prueba y sin discusión sobre solidaridad.

## VI. LA MEDIDA CAUTELAR DEL ARTÍCULO 48.3.

El párrafo sexto, inciso segundo, del apartado III de la Exposición de motivos dice: *“El efecto más severo que la ley establece es el embargo de bienes y derechos de los administradores y liquidadores, que el juez puede acordar cuando exista fundada posibilidad de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa resulte insuficiente para satisfacer todas las deudas”*.

1. La puede decretar el juez del concurso, no otro (por ejemplo, el que estuviere conociendo de las acciones de responsabilidad que se hubieran ejercitado antes de la formación de la sección de calificación (según la letra del párrafo 3º del apartado 1 del artículo 48, y según la interpretación que se dé a su texto).

2. Puede acordarse “desde la declaración de concurso de persona jurídica”. No tiene por qué ser, por tanto, sólo una sociedad de capital.

3. Puede decretarse de oficio (verdadera particularidad “concurzal”).

4. Puede decretarse también “a solicitud razonada de la administración concursal”. Aunque el texto no habla de acreedores, parece claro que cualquiera de ellos puede *provocar* (por persuasión) la “solicitud razonada” de la administración concursal.

5. Carácter discrecional: el juez *“podrá ordenar”*.

6. Consiste en el embargo de bienes y derechos de los administradores y liquidadores de derecho o de hecho, y de quienes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso. Este último inciso mueve a pensar que se trata de garantía de la responsabilidad “concurzal”, no de otra.

7. Cuantía: la que “el juez” estime bastante. Razonable crítica doctrinal por indefinición.

8. Esta medida cautelar se encamina a asegurar o a garantizar la responsabilidad de administradores o liquidadores que denominamos

“concursal” (la del artículo 172.5), no las “responsabilidades” comunes o *tradicionales* conocidas como responsabilidad social, responsabilidad individual y responsabilidad-sanción por no disolución.

Así se desprende del hecho de que esta medida cautelar se prevé para el caso en que “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”. Por otra parte, está el argumento del anterior número 6.

No obstante, creo que existen argumentos para que esta medida cautelar se proyecte hacia *cualquier responsabilidad* de administradores o liquidadores, en tanto en cuanto haya declaración de concurso.

**9.** Del texto se desprende que puede dictarse *inaudita parte*. Si el juez concede audiencia al administrador o liquidador (que creo que es posible, por la “lógica” de las medidas cautelares en general), ¿cabe la oposición del artículo 734.2 LEC? (ver disposición final quinta, párrafo primero, de la Ley Concursal, sobre aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento civil).

**10.** El *fumus boni iuris* es lo fundado de que el concurso se califique como culpable y que la masa activa no sea bastante para satisfacer todas las deudas.

**11.** El *periculum in mora* consiste en el riesgo de que la duración del procedimiento dificulte o frustre la efectividad de la (posible) condena del artículo 172.3.

**12.** Sustitución por aval, a solicitud del interesado.

**13.** Procede el recurso de reposición, según el artículo 179.2 LC.

**14.** Levantamiento de la medida cautelar: se entiende que es al alcanzar firmeza la sentencia de calificación que no establezca la condena del artículo 172.3.