

**EL ADMINISTRADOR DE HECHO Y LA
RESPONSABILIDAD CONCURSAL DEL ART. 172.3 LC:**

Un concepto difuso en un régimen confuso

Francisco Pertíñez Vílchez

Profesor Titular Derecho Civil. Universidad de Granada

INTRODUCCIÓN	4
PARTE PRIMERA. ADMINISTRADOR DE HECHO Y CONCURSO CULPABLE	6
I. 1. HACIA UN CONCEPTO DE ADMINISTRADOR DE HECHO	6
I.1.1. La ausencia de una definición legal de administrador de hecho	6
I.1.2. La heterogeneidad de supuestos potencialmente abarcables bajo el concepto de administrador de hecho	7
I.1.3. El concepto de administrador de hecho en la Jurisprudencia	14
I.1.4. El concepto doctrinal de administrador de hecho	19
I.2. EL ADMINISTRADOR DE HECHO Y LOS SUPUESTOS DE CALIFICACIÓN DEL CONCURSO COMO CULPABLE	23
I. 2.1. Supuestos que dan lugar a la calificación del concurso como culpable	23
I.2.2. La imputación de las conductas descritas en los arts. 164 y 165 LC al administrador de hecho	28
PARTE SEGUNDA. RÉGIMEN GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL	30
II.1 LA CONTROVERSIA EN TORNO A LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL DEL ART. 172.3 LC	31
II.1.1 El amplio margen de discrecionalidad del art. 172.3 LC	31
II.1.2 La especial significación de la indeterminación del supuesto de hecho del art. 172.3 LC en relación a la responsabilidad concursal del administrador de hecho	36
II. 2 LA NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL	38
II.2.1 La inconsistencia de la tesis indemnizatoria de la responsabilidad concursal	38
II.2.2. La responsabilidad concursal como un supuesto de sanción civil	45
II.2.3. El carácter contingente de la sanción: el significado del término “podrá”	47
II.3. LA FIJACIÓN DEL QUANTUM	50
II.4. SOLIDARIDAD O MANCOMUNIDAD DE RESPONSABILIDADES	54

PARTE TERCERA. LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CONCURSAL CONTRA EL ADMINISTRADOR DE HECHO	56
III. 1 ELEMENTOS DE VALORACIÓN EN EL JUICIO DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD CONCURSAL AL ADMINISTRADOR DE HECHO	56
III.2. EL EMBARGO PREVENTIVO DE BIENES DEL ADMINISTRADOR DE HECHO	58
III. 2. LA POSIBLE APRECIACIÓN DE OFICIO DE LA CONDICIÓN DE ADMINISTRADOR DE HECHO	62
III. 3. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CONCURSAL CONTRA UN ADMINISTRADOR DE HECHO	64
III. 4. LA CONCURRENCIA DE LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL DEL ADMINISTRADOR DE HECHO Y DE DERECHO	66
ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS	68
BIBLIOGRAFÍA	71

INTRODUCCIÓN

Según se desprende del art. 172.3 de la LC la llamada responsabilidad concursal, esto es, la responsabilidad personal de los administradores o liquidadores de una persona jurídica concursada, por el importe total o parcial de los créditos de ésta que no sean satisfechos con la liquidación de la masa activa, en caso de que el concurso sea calificado como culpable y además la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, se extiende no sólo a los administradores o liquidadores de derecho, entendiendo por tales a los que reúnan los requisitos y formalidades previstos por la legislación mercantil, sino también a los que lo sean de hecho.

Se sigue así, también en sede de responsabilidad concursal, la equiparación entre administradores de hecho y de derecho, acogida con carácter general para la responsabilidad civil de los administradores sociales en el apartado 2º del art. 133 de la LSA (introducido por la Ley de 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifica la Ley 24/1988 del mercado de valores y el Texto Refundido de la LSA) y en diversos preceptos del Código Penal de 1995 (arts. 31 y 290 y siguientes), con el objeto de evitar que los administradores reales puedan eludir las distintas responsabilidades derivadas de su actuación, invocando la carencia de la condición de administradores de derecho.¹

Sin embargo, no ofrece el art. 172 LC un concepto de administrador de hecho, como tampoco lo hace el art. 133.2º de la LSA. Se limita el apartado 2º del art. 172 LC a prever en relación a los administradores o liquidadores de hecho, que la sentencia que califique el concurso como culpable, en caso de que la persona afectada por la calificación lo sea en concepto de administrador o liquidador de hecho, deberá motivar la atribución de esa condición. La indeterminación del concepto de administrador o liquidador de hecho viene a introducir un problema interpretativo adicional al ya de por sí bastante confuso régimen de responsabilidad concursal ex art. 172.3 LC; recordemos

¹ Con anterioridad, la Jurisprudencia ya había admitido esta equiparación entre administrador de derecho y de hecho, STS de 3 de marzo de 1977, de 27 de octubre de 1997 (RJA 1997/7617), de 23 de marzo de 1998 (RJA 1998/1492), de 5 de abril de 1999 (RJA 1999/2818). El origen de la figura de administrador de hecho resulta de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de Junio de 1968, en la que se dio por válido un aumento de capital social a pesar de que la Junta General había sido convocada por administradores con cargos caducados, con sustento en el principio de buena fe y en el de conservación de la empresa.

que transcurridos casi cinco años de la entrada en vigor de la Ley Concursal, todavía hay graves discrepancias doctrinales y jurisprudenciales en relación a la naturaleza misma de dicha responsabilidad -su consideración como un supuesto de responsabilidad civil o como una sanción civil-, en relación al carácter imperativo o meramente contingente de su imposición en caso de que el concurso haya sido calificado como culpable, a los criterios para la fijación del “quantum indemnizatorio”, a la prescripción de la responsabilidad o a su carácter solidario o mancomunado en caso de que haya una pluralidad de responsables.

En las páginas que siguen trataremos de ofrecer un concepto de administrador de hecho válido para la responsabilidad por el déficit concursal del art. 172.3 LC, a partir del desarrollo doctrinal y jurisprudencial que ha tenido el concepto de administrador de hecho en la aplicación del art. 133.2 LSA. Analizaremos también los problemas específicos que plantea la acción de responsabilidad concursal dirigida contra un administrador de hecho: la posible apreciación de oficio de la condición de administrador de hecho, la legitimación para solicitar la responsabilidad concursal del administrador de hecho y las posibilidades de alegación por parte de los acreedores concursales de la concurrencia de dicha condición en un determinado sujeto, el alcance de la prueba de la condición de administrador de hecho, la posibilidad de solicitar el embargo preventivo de bienes de los administradores de hecho y la eventual concurrencia de la responsabilidad del administrador de hecho con la del administrador de derecho. Las soluciones que se ofrezcan a esta pluralidad de problemas presentados en relación a la acción de responsabilidad concursal ejercitada frente a los administradores de hecho, dependerán en gran medida de la posición adoptada en torno a cuestiones más generales de la responsabilidad concursal, como su naturaleza jurídica como supuesto de sanción o responsabilidad civil o su carácter contingente o imperativo.

Para cumplir el objetivo señalado de esta investigación, estructuraremos la obra en tres partes. La primera estará dedicada, por un lado, al análisis del concepto de administrador de hecho a partir de la experiencia suministrada por la práctica jurisprudencial en relación a las acciones de responsabilidad individual y social y por no disolución por pérdidas y, por otra parte, a la puesta en relación del concepto de administrador de hecho con las distintas hipótesis que dan lugar a la calificación del

concurso como culpable en virtud de los arts. 164 y 165 LC. La segunda parte, se centrará en el estudio del régimen general de la responsabilidad concursal del art. 172.3 LC, prestando especial atención a aquellas cuestiones problemáticas que puedan resultar trascendentes en relación al administrador de hecho. En la tercera parte, se expondrá de manera particularizada el régimen de responsabilidad concursal del administrador de hecho.

PARTE PRIMERA. ADMINISTRADOR DE HECHO Y CONCURSO CULPABLE

I. 1. HACIA UN CONCEPTO DE ADMINISTRADOR DE HECHO

I.1.1. La ausencia de una definición legal de administrador de hecho

A pesar de que son múltiples las referencias que el ordenamiento jurídico hace al administrador de hecho, con el objeto de evitar que quien tenga tal condición pueda eludir las distintas responsabilidades que derivan del ejercicio del cargo de administrador, lo cierto es que no hay ninguna definición legal del administrador de hecho: no la ofrece el art. 133.2 de la LSA, tampoco el art. 172.3 LC, ni tan siquiera el Código Penal, a pesar de que buena parte de los tipos contenidos en los arts. 290 a 297 CP, relativos a los delitos societarios, consideran sujetos responsables expresamente a los administradores de hecho.

En una primera aproximación al concepto de administrador de hecho, podría considerarse el mismo como el negativo del concepto de administrador de derecho. Así, si se concibe al administrador de derecho de las sociedades de capital como aquél que reuniendo las condiciones para poder serlo, ha sido designado para ello en forma legal y ha aceptado el nombramiento, que permanece vigente, el administrador de hecho sería aquél en quién no concudiesen alguno de estos requisitos.² Por ejemplo, tratándose de una sociedad anónima, sería administrador de hecho aquél que estuviera incurso en

² Así lo sugiere, MAGRO SERVET, V., “Persecución penal de los ilícitos cometidos por los administradores de hecho”, *Diario La Ley*, nº 6541, 4 sept. 2006, Ref. D-189, versión La Ley digital (<http://laleydigital.laley.es>), pág. 5.

alguna de las prohibiciones previstas en el art. 124 LSA o el administrador que no hubiera cumplido los requisitos de aceptación e inscripción previstos en el art. 125 LSA. Sin embargo, la definición del administrador de hecho como el negativo del administrador legal resulta poco clarificadora, porque se limita a revelar lo obvio: que en el administrador de hecho no concurren los requisitos legales para ser considerado administrador de derecho, pero no aporta luz sobre lo esencial, qué es cuáles son los actos materiales intrínsecos a la administración de hecho y el grado de autonomía que debe tener quien realiza funciones de gestión y representación de una persona jurídica para ser considerado administrador, aun cuando no haya sido legalmente instituido como tal. Es decir, lo importante para definir el concepto de administrador de hecho, no es lo que le falta al mismo para ser administrador de derecho, sino lo que debe hacer en la realidad para ser considerado como administrador.

La ausencia de una definición legal de administrador de hecho y la imposibilidad de llegar a un concepto del mismo a partir del concepto positivo de administrador legal, motiva que la imputación de responsabilidad del tipo que sea, a quien realiza funciones de gestión y representación de una persona jurídica desfile por una espiral casuística. Al difícil problema de la prueba de la autoría real de actos de gestión y representación realizados de manera indirecta por quien no ostenta la condición de administrador legal, se añade un problema conceptual previo, el de la determinación de qué se entiende por administrador de hecho.

I.1.2. La heterogeneidad de supuestos potencialmente abarcables bajo el concepto de administrador de hecho

“A priori”, son distintos los supuestos respecto de los que cabe plantearse si encajan o no en la noción de administración de hecho:

a) En un sentido restrictivo, el concepto de administrador de hecho se puede equiparar al de **administrador irregular**. Bajo el concepto de administración irregular la doctrina mercantilista acoge una serie de supuestos heterogéneos, que tienen en común la existencia de un nombramiento como administrador de la persona de quien se

trate, que o bien adolece de un defecto de eficacia “ab initio”, o bien ha dejado de ser eficaz posteriormente.³

Entre las causas que dan lugar a una administración irregular por ineficacia originaria del nombramiento de administrador se señalan, las irregularidades en la convocatoria del órgano que adoptó el acuerdo de nombramiento de administrador o en el proceso de adopción del acuerdo, que tengan la entidad suficiente para viciarlo de nulidad o de anulabilidad.⁴ Igualmente, se estima que son supuestos de administración irregular “ab initio”, los casos en los ha habido un nombramiento sin que concurren las formalidades legalmente exigidas para la eficacia del mismo; así, en el caso de las SA, por falta de aceptación o de inscripción registral (art. 125 LSA) o en el caso de las SRL, por falta de aceptación (art 59 LSRL). También es un administrador irregular el que incurra en alguna causa de prohibición legal y el nombrado administrador de sociedades irregulares o en formación.

Por otra parte, da lugar a una administración irregular sobrevenida la caducidad en el cargo de administrador, cuando éste continúe ejerciendo las funciones propias del mismo. La duración del cargo de administrador en las SA, en virtud de lo dispuesto por el art. 126 LSA, será la que establezcan los estatutos, con una limitación de seis años, produciéndose la caducidad cuando, vencido el plazo, se haya celebrado la junta general siguiente o hubiese transcurrido el término legal para la celebración de la junta que deba resolver sobre la aprobación de cuentas del ejercicio anterior (art. 126.3 LSA). En el caso de las SRL, salvo que los estatutos dispongan otra cosa, la duración del cargo es indefinida, según dispone el art. 60 LSRL, siendo así que si se hubiera previsto en los estatutos el nombramiento por un periodo determinado, la caducidad en el cargo se produciría al igual que ocurre en relación a las SA, *cuando, vencido el plazo, se haya*

³ ESPINÓS BORRÁS DE QUADRAS, A., *La responsabilidad civil en las sociedades mercantiles*, Barcelona, 2005, págs. 117 y 118.

⁴ Señala SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., *Los delitos societarios*, Pamplona, 2006, pág. 61 que la “locución administrador de hecho, se aplica a todo aquél que ha sido elegido por un acuerdo nulo”. Con más precisión ESPINÓS BORRÁS DE QUADRAS, A., op. cit. últ. págs. 114 y 115, partiendo de la distinción prevista en los arts. 115 y 116 LSA, entre acuerdos contrarios al orden público, cuya impugnación no caduca, y acuerdos simplemente nulos, por ser contrarios a las leyes, y anulables, que estén sujetos a un plazo de prescripción de un año y cuarenta días, respectivamente, considera que una vez transcurrido el plazo de caducidad para la impugnación del acuerdo nulo o anulable de nombramiento de administrador, el nombramiento, aunque irregular, ya no podrá ser cuestionado, y el administrador de hecho, se convierte en administrador de derecho.

celebrado la junta general siguiente o hubiese transcurrido el término legal para la celebración de la junta que deba resolver sobre la aprobación de cuentas del ejercicio anterior (art. 60.2 LSRL). Por el contrario, en las Cooperativas, que el administrador legal devenga administrador de hecho por caducidad en el cargo es por hipótesis imposible, ya que según prevé el art. 35.1 de la LCoop, “Los consejeros que hubieran agotado el plazo para el que fueron elegidos, continuarán ostentando sus cargos (como administradores de derecho, por lo tanto), hasta el momento en que se produzca la aceptación de los que les sustituyan”.

Más dudoso es si ejercen el cargo como administradores de hecho o de derecho, los administradores que pasan a estar incurso con posterioridad a su nombramiento en alguna prohibición legal. Al menos por lo que respecta a las SA, según se desprende del art. 132 LSA,⁵ la existencia sobrevinida de una de las prohibiciones legales previstas en el art. 124 LSA, no provoca la ineficacia “ex lege” del cargo de administrador, sino que su destitución requiere la petición de cualquier accionista, en cuyo caso ésta será inmediata.⁶ Por consiguiente, mientras que un socio no haya solicitado a la sociedad la destitución del administrador incurso en alguna prohibición legal –de los términos del art. 132 LSA, que se refiere a una destitución inmediata e imperativa, se infiere que no es necesaria una acción judicial para que se produzca ese efecto- dicho administrador ejercerá su cargo como administrador legal, sin más, y por lo tanto no deberá ser expresamente acreditada su condición de administrador de hecho para imputarle las responsabilidades propias que se derivan del ejercicio del cargo de administrador. Sólo a partir de haberse efectuado la petición de destitución por cualquier socio, el administrador que esté incurso en una causa legal de prohibición y continúe ejerciendo las funciones propias de su cargo, lo hará como administrador de hecho y será preciso probar tal condición de manera expresa.

⁵ “Los administradores que estuviesen incurso en cualquiera de las prohibiciones del artículo 124 deberán ser inmediatamente destituidos, a petición de cualquier accionista, sin perjuicio de la responsabilidad en que puedan incurrir, conforme al artículo 133, por su conducta desleal.”

⁶ POLO SÁNCHEZ, E., “Los Administradores y el Consejo de Administración en la Sociedad Anónima”, en VVAA, *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, (dir. por Uría, Menéndez y Olivencia), Madrid, 1992, pág. 25, señala que “el artículo 132 establece para la contravención de las prohibiciones contenidas en el art. 124 un efecto distinto de la nulidad: la destitución inmediata de cualquier accionista”.

El concepto de administrador de hecho, entendido meramente como el de administrador irregular, es un concepto muy restringido que supone dejar fuera del ámbito de responsabilidad de los administradores sociales, todos aquellos supuestos en los que una persona, ejerciendo de facto las funciones propias del cargo administrador, no lo hace en virtud de un nombramiento, ni tan siquiera ineficaz. En el ámbito penal, la STS (Sala 2ª) de 26 de enero de 2007 (La Ley 1521/2007), ha señalado que este concepto restrictivo del administrador de hecho, que califica como “mercantilista”, no es trasladable al enjuiciamiento de la responsabilidad penal, pues ello dejaría al margen del derecho penal situaciones fácticas del mundo comercial en el que intervienen personas con funciones reales de administración, formalmente no señaladas en sus respectivas normas de funcionamiento. Esta argumentación superadora de una concepción restrictiva del administrador de hecho, empleada por la Jurisprudencia penal, sujeta al principio de tipicidad y de intervención mínima, es con más motivo, predicable en el ámbito de las distintas responsabilidades de orden civil en las que pueda incurrir el administrador de hecho. Como veremos más adelante, también la Jurisprudencia civil emplea un concepto funcional de administrador de hecho, fundamentado en la gestión y no en el puro nombramiento inválido o irregular; concepto funcional, que por otra parte, se infiere del mismo art. 133.2 de la LSA que hace especial hincapié en la actuación en concepto de administrador: “*el que actúe como administrador de hecho de la sociedad..*”⁷

b) En un plano meramente teórico o apriorístico, la ausencia de un concepto legal de administrador de hecho permite plantearse la cuestión de si el mismo acapara también la actuación de **directivos** que aun no teniendo una vinculación orgánica con la sociedad, sino laboral, están investidas de amplias facultades de gestión y representación en virtud de un apoderamiento (Director General, Gerente, etc.). La respuesta ha de ser negativa, puesto que estos apoderados, por muy amplio que sea el ámbito de sus competencias, están jerárquicamente sometidos al órgano de

⁷ En la doctrina, ha destacado el carácter funcional del concepto de administrador de hecho, desvinculándolo del concepto más restringido de administrador irregular, LATORRE CHINER, N., *El administrador de hecho en las sociedades de capital*, Granada, 2003, pág. 151 y PERDICES HUERTOS, A., “Significación actual de los administradores de hecho: los que administran de hecho y los que de hecho administran”, *RdS*, 2002, 18, pág. 281. Sin embargo, se ha manifestado reacio a una noción funcional de administrador de hecho, por considerar que introduce una alta dosis de inseguridad jurídica JUSTE MENCÍA, J., “En torno al régimen de responsabilidad de los administradores al apoderado general de la sociedad”, *RdS*, 14, 2000, págs. 453 y 545.

administración y no ejercitan, por lo tanto, con plena autonomía funciones inherentes a la administración social.⁸ No obstante, no hay unanimidad al respecto en la doctrina, puesto que algún autor considera que tanto los apoderados generales, como los singulares a los que alude el Código de Comercio, pueden considerarse como administradores de hecho, en razón, de la amplitud de los poderes de gestión y disposición que ostentan en el marco de la sociedad, equivalentes a los de cualquier órgano decisorio.⁹ No podemos compartir esta tesis de la mera equiparación de los apoderados generales con los administradores de hecho, puesto que como veremos más adelante al analizar la Jurisprudencia civil sobre la figura del administrador de hecho, los apoderados por muy amplias que sean las facultades de las que estén investidos, no tienen en principio la condición de administrador de hecho, siempre que actúen regularmente por mandato de los administradores o como gestores de éstos, puesto que carecen de la necesaria autonomía en su actuación. Mientras que el órgano de administración es el competente para la elaboración de la política general de la empresa y los planes de gestión, los apoderados generales son los encargados de ejecutar y dirigir la aplicación de dichos planes y su responsabilidad se rige por las normas previstas para el factor o mandatario en el CCom (arts. 281 y ss).

Otra cosa sería que bajo la apariencia de un apoderado formalmente dependiente de un administrador legal, se ocultara un verdadero administrador que ejercitara con plena independencia y soberanía las funciones propias de la administración social. Cuestión ésta que en todo caso deberá ser probada por el demandante.

c) Probablemente, la hipótesis más importante de administrador de hecho, desde un punto de vista tanto cuantitativo como cualitativo, sea la del **administrador oculto**; aquél que, con el objeto de eludir las responsabilidades de todo tipo en las que pueda incurrir el administrador en el ejercicio de su cargo, no ostenta formalmente la

⁸ Niegan la asimilación de los apoderados a los administradores de hecho, en el ámbito de la responsabilidad penal por delitos societarios JORDANA DE POZAS GONZÁLVEZ, J., “La responsabilidad penal en los delitos societarios”, en VVAA, *Responsabilidad civil derivada de procesos concursales*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1999, pág. 327 y MAGRO SERVET, V., “Persecución penal de los ilícitos cometidos por los administradores de hecho”, op. cit., pág. 3 y en el ámbito de la responsabilidad civil, entre otros, LATORRE CHINER, N., *El administrador de hecho...*, op. cit., pág. 143 y ESPINÓS BORRÁS DE QUADRAS, A., *La responsabilidad civil en las sociedades mercantiles*, op. cit., pág. 98.

⁹ SEQUERIOS SAZATORNIL, F., “La responsabilidad civil y penal de los administradores en el Derecho Concursal”, *Diario La Ley*, N° 6412, 1 Feb. 2006, Ref. D-29, versión La Ley digital (<http://laleydigital.laley.es>), pág. 5.

condición de administrador de la sociedad, pero ejerce de facto los poderes de decisión de la sociedad con plena soberanía, siendo el administrador legal un mero testafierro. El nombramiento como administradores formales de personas insolventes o sin la cualificación profesional necesaria tras los cuales actúa realmente un administrador “de facto”, normalmente un socio mayoritario, cuya voluntad rige los destinos societarios, es un método fraudulento frecuentemente utilizado en el tráfico jurídico, pero como ha señalado entre otras muchas otras la SAP de Palencia de 18 de noviembre de 1999 (RJA 2352/1999), la existencia de una realidad oculta que rige los destinos de la sociedad, resulta difícilmente acreditable mediante prueba directa y plena, por lo que normalmente deberá ser evidenciada utilizando la prueba indiciaria.

Las fórmulas a través de las cuales se puede ejercer la administración oculta son muy variadas. Cabe, por un lado, la posibilidad de que el administrador oculto se dote a sí mismo de un amplio apoderamiento, que le permita realizar directamente los actos materiales de gestión y representación en los que se concreta la administración social. Por otra parte, es posible que quien controle de hecho la administración, sin ostentar apoderamiento alguno, realice los actos propios de la administración social de manera indirecta, sirviéndose de los mismos administradores formales, o de algún otro sujeto apoderado, a los que impondría sus decisiones, a través de las órdenes oportunas que éstos se limitarían a ejecutar como meros portavoces de su voluntad.¹⁰ En relación a este segundo supuesto, un sector de la doctrina se ha mostrado reticente a considerar como administrador de hecho a quien carece de poder para vincular directamente a la sociedad, puesto que considera como nota característica del administrador de hecho la realización de las actividades de administración en primera persona y no de forma indirecta.¹¹ No compartimos este punto de vista, según el cual, es la actuación en el tráfico como administrador lo que fundamenta la extensión del régimen de responsabilidad previsto para éstos, puesto que la asimilación del administrador de hecho al de derecho no es una norma que tenga por finalidad la protección de la

¹⁰ En relación a la distinción entre los grupos de casos que integran la figura del administrador oculto, vid., PERDICES HUERTOS, A., “Significado actual...”, págs. 284 a 286.

¹¹ LATORRE CHINER, N., *El administrador de hecho...*, op. cit., pág. 151 y en cierta medida también ALONOS UREBA, A., “La responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital en situación concursa”, en VVAA, *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, (Dir. García Villaverde, R., Alonso Ureba, A., Pulgar Ezquerro, J.) Madrid, 2003, pág. 252, que vinculando la responsabilidad del administrador de hecho con la teoría de la protección de la apariencia jurídica, equipara el administrador de hecho al factor notorio a efectos de asegurar la vinculación de la sociedad con terceros.

aparición jurídica en el tráfico, sino la imputación de las responsabilidades propias del cargo de administrador al sujeto que realmente y sin sometimiento jerárquico a una voluntad superior, asume el control y la dirección social y desde ese punto de vista es indiferente, que dicho sujeto realice los actos propios de la administración social directamente mediante un poder o que lo haga indirectamente a través de los mismos administradores formales o de otros sujetos a los que se haya apoderado a tal fin y que se limiten a obedecer sus órdenes.¹² No obstante, en caso de que el administrador oculto realice los actos de gestión de manera indirecta, será considerablemente más difícil probar que dicho sujeto actúa realmente como administrador.

El problema del administrador oculto no se agota admitiendo que el mismo tiene la condición de administrador de hecho y que, por lo tanto, responde como si de un administrador formal se tratase, sino que antes bien, esa constatación no es más que el punto de partida de un largo camino, que para la imputación de responsabilidad al mismo requiere la superación de dos grandes cuestiones. La primera, de índole jurídica, es la determinación de los caracteres que ha de tener una actuación al frente de una sociedad, para poder considerar a quien la realice como auténtico administrador. La segunda, de índole fáctica, es la prueba exigible para estimar que las decisiones sociales no son adoptadas por el administrador formal, sino por otro sujeto que se oculta tras el mismo y esta prueba se verá dificultada en caso de que el administrador oculto no actúe en el tráfico directamente mediante un poder, sino de manera indirecta.

d) **El socio único** no debe considerarse sin más como administrador de hecho, puesto que también en las sociedades unipersonales, subsisten las normas sobre el funcionamiento de los órganos sociales basadas en los principios de independencia y autonomía. Será preciso, por lo tanto, acreditar que el socio único, se comporta como un administrador de facto, si bien no se puede desconocer que en las sociedades unipersonales hay una propensión natural del socio único a interferir en la gestión social. En los casos de sociedades unipersonales en los que no se haya nombrado legalmente a ninguna persona física que asuma el cargo de administrador, ha de considerarse forzosamente al socio único como administrador de hecho, pues según la

¹² Admite también que el administrador indirecto sea considerado como administrador de hecho bajo determinadas condiciones DIAZ ECHEGARAY, J. J., *El administrador de hecho de las sociedades*, Navarra, 2002, págs. 138 y 139.

propia naturaleza de las cosas, no otra persona sino él puede asumir la gestión y el control efectivo de la sociedad unipersonal.

e) Cabe también la posibilidad de que ejerzan la administración de hecho **órganos extrainstitucionales**, como el consejo de administración de una empresa matriz, que oculto tras un órgano de administración meramente formal de la empresa filial sea quien elabore la política general de la empresa y los planes de gestión. Igualmente, pueden tener la condición de administrador de hecho, los órganos de administración de otras personas jurídicas a los que se traslade el poder de gestión efectiva mediante un contrato de distribución, concesión o franquicia, siempre y cuando, claro está, la actuación de estos sujetos esté investida de las características que jurisprudencial y doctrinalmente deben concurrir en el administrador de hecho, a las que nos referiremos más adelante: independencia en la actuación, continuidad en el ejercicio de las funciones de administrador, aceptación de los actos de administración por la sociedad.

I.1.3. El concepto de administrador de hecho en la Jurisprudencia

En las primeras resoluciones en las que la Sala 1ª del Tribunal Supremo aplica el concepto de administrador de hecho, no lo hace con el objeto de extender la imputación de la responsabilidad en la que pueden incurrir los administradores en el ejercicio de su cargo, a quienes sin ostentar formalmente dicha condición en la realidad actúan como tales, sino con una finalidad bien distinta: la de otorgar validez a actos de administración interna (normalmente convocatorias de Juntas Generales) realizados por antiguos administradores que en el momento de realizarlos ya habían cesado en su cargo. Es el caso de las SSTS de 3 de marzo de 1977 y de 27 de octubre de 1997 (RJA 1997/7617). De poco sirven estas primeras resoluciones al objeto de definir jurisprudencialmente el concepto de administrador de hecho como sujeto responsable, puesto que el administrador de hecho al que se refieren es simplemente el llamado administrador irregular, que actúa en virtud de un nombramiento que ha dejado de ser eficaz por el transcurso del tiempo, y la equiparación en este caso del administrador irregular al administrador legal, está fundada simplemente en el principio de

conservación de la empresa y no en la extensión de responsabilidad a quien de manera efectiva y real actúa como administrador, sin serlo legalmente.¹³

Es la STS de 23 de marzo de 1998 (RJA 1998/1492) la resolución que por vez primera imputa la responsabilidad propia de los administradores sociales a un administrador de hecho, en concreto la responsabilidad individual derivada del art. 11 de la derogada Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 17 de julio de 1953, por una conducta dolosa o cuanto menos gravemente negligente que fue causante de una lesión para un tercero. Sin embargo la citada resolución no ofrece un concepto de administrador de hecho y ni tan siquiera relata cuáles son los actos realizados por dicho administrador de hecho que conducen de manera indiciara a atribuirle la condición de administrador; se limita la sentencia a señalar que *“aparece probado”* que cuando se cometió el acto lesivo en cuestión, el demandado *“venía desempeñando también, junto con su padre, las funciones de administrador de hecho de la entidad, para lo que no se requiere tener la condición de socio de la misma”*.

Desde entonces hasta ahora, no se encuentra en ninguna resolución de la Sala 1ª del Tribunal Supremo una definición completa de lo que se entienda por administrador de hecho. Las distintas resoluciones que confirman la imputación de la responsabilidad propia de los administradores a quienes no lo son de derecho sino de hecho, de una manera casuista se limitan a destacar cuales son las conductas desempeñadas por el demandado en el caso concreto, de las que se puede inducir que en la realidad y pese a no ser administrador legal, ejerce un poder de dirección y control sobre la sociedad en

¹³ Como ha señalado VERDÚ CAÑETE, M. J., *La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en el concurso de acreedores*, Madrid, 2008, pág. 126, desde el punto de vista de estas primeras sentencias y también de la resolución de la DGRN de 24 de junio de 1968, el estudio de la figura del administrador de hecho se centraba en la cuestión de sus facultades y competencias y en la eficacia de sus actuaciones. Con la entrada en vigor de la LSA en 1989, la tradicional identificación del administrador de hecho con el administrador con cargo caducado pierde, en gran parte, su sentido. La caducidad en el cargo no se produce automáticamente con el transcurso del plazo legal o estatutariamente establecido, sino cuando vencido el plazo, se haya celebrado o haya transcurrido el tiempo legal para la celebración de una junta ordinaria (art. 126.3 LSA). De forma que, desde el momento del vencimiento del plazo hasta el momento de la caducidad del cargo de administrador, el administrador lo es de derecho y no de hecho. En términos parecidos MARTORELL ZULUETA, P., “Administración, dirección y gestión de las sociedades mercantiles. Delimitación conceptual; análisis jurisprudencial” en VVAA *La responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles*, CGPJ, Madrid, 2005, pág. 23 ha advertido que en un principio la doctrina del administrador de hecho vino vinculada al principio de conservación de la empresa, y se consideraba que el administrador social se convierte en administrador de hecho cuando expira su mandato, siempre que tal expiración no vaya precedida de una reelección o de la realización de nuevos nombramientos.

cuestión. No hay por lo tanto una doctrina jurisprudencial, que se pueda aplicar con carácter de generalidad y abstracción, más allá de la resolución del caso concreto, sobre los atributos o caracteres que han de concurrir en la actuación de una determinada persona para que pueda ser considerada administrador de hecho.

Con este modo de proceder, que no va más allá de la resolución del caso concreto, la Jurisprudencia trata como una cuestión fáctica la fijación del concepto de administrador de hecho, cuando en realidad es una cuestión jurídica, que requiere por una parte, una delimitación de los actos que constituyen el núcleo central de la administración social y, por otra parte, la adjetivación de los caracteres que han de concurrir en la realización de dichos actos, para que quien los realiza sea tenido como verdadero administrador. No obstante, pese a la ausencia de un auténtico concepto jurisprudencial de administrador de hecho, a partir de los criterios de decisión utilizados por la Jurisprudencia en cada caso individual, se puede tratar de construir por inducción un concepto de administrador de hecho, que en cualquier caso, ya no será jurisprudencial, sino doctrinal. Para ello es preciso efectuar previamente un análisis particularizado de las escasas resoluciones en las que el Tribunal Supremo, al menos, ha relatado los hechos que han valido para justificar la atribución o no de la condición de administrador de hecho en el caso concreto:

- Probablemente sea la STS de 14 de marzo de 2007 (RJA 2007/1783) la que ha ofrecido un desarrollo doctrinal más elaborado del concepto de administrador hecho, haciendo especialmente hincapié en la nota de la independencia que ha de presidir la actuación de quienes formalmente actúan como meros apoderados, para ser tenidos como auténticos administradores de facto. Dispone la sentencia que el apoderado no tiene en principio la condición de administrador de hecho, siempre que actúe *“regularmente por mandato de los administradores o como gestores de éstos, pues la característica del administrador de hecho no es la realización material de determinadas funciones, sino la actuación en la condición de administrador con inobservancia de las formalidades mínimas que la Ley o los estatutos exigen para adquirir tal condición. El administrador de hecho es el producto de la ausencia o del vicio de alguna de ellas.”* Sin embargo, continúa la sentencia, advirtiendo que es posible la equiparación del apoderado con el administrador de hecho, en los supuestos en que la prueba acredite tal condición en el apoderado, *“como puede ocurrir cuando se advierte*

un uso fraudulento de la facultad de apoderamiento en favor de quien realmente asume el control y gestión de la sociedad con ánimo de derivar el ejercicio de acciones de responsabilidad hacia personas insolventes, designadas formalmente como administradores que delegan sus poderes. Si no concurre una situación de idéntica o análoga naturaleza, los sujetos responsables son los administradores, no los apoderados, por amplias que sean las facultades conferidas a éstos, pues si actúan como auténticos mandatarios, siguiendo las instrucciones de los administradores legalmente designados, no pueden ser calificados como administradores de hecho.” Circunstancia ésta, la del uso fraudulento de la facultad de apoderamiento a favor de quien realmente asume el control y la gestión de la sociedad, que en el caso concreto de la sentencia no quedó acreditada en relación al apoderado, contra el que se dirigió la acción de responsabilidad individual del art. 135 LSA, razón por la que fue absuelto.

- Siguiendo en la misma doctrina expresada en la sentencia anterior acerca de la necesidad de probar la concurrencia en los apoderados de los elementos propios de la actuación en concepto de administrador de hecho, la STS de 8 de febrero de 2008 (RJA 2008/2664), consideró en este caso que sí podían tenerse como administradores de hecho los apoderados demandados, a pesar de lo cual los eximió de la concreta petición de responsabilidad individual ex art. 135 LSA que se ejercitó frente a ellos, por la inexistencia del nexo de causalidad entre el comportamiento de los demandados como administradores de hecho y el daño causado a la actora, consecuencia simplemente de la situación de insolvencia en que vino a caer la sociedad, sin que resultara acreditado que la causa de ésta obedeciera a la conducta de los administradores de hecho. Como señala la propia sentencia, otro hubiera sido el fallo en caso de que se hubiera ejercitado contra los administradores de hecho la acción de responsabilidad solidaria por deudas ex art. 262.5 LSA, dado el carácter objetivo de la misma. Pese a ello, resulta interesante a los efectos que ahora nos importan, la valoración de las circunstancias que según la sentencia conducen a atribuir en el caso concreto a los demandados, apoderados de la sociedad, la condición de administradores de hecho:

1ª La amplitud del apoderamiento que ostentaban solidariamente con el administrador legal; 2º El fallecimiento del administrador legal, careciendo desde ese momento la sociedad de un órgano de administración formalmente constituido, sin que conste actuación alguna de los demandados encaminada a la revocación del

apoderamiento; 3º La decidida actuación de los demandados a hacer frente al pago de la deuda de la sociedad -por la que se les venía a reclamar responsabilidad ex art. 135 LSA en el procedimiento en cuestión- mediante la firma de un reconocimiento de dicha deuda y el libramiento de dos letras de cambio, a pesar de haber fallecido el administrador único; 4ª La firme actuación en defensa de la sociedad en el juicio ejecutivo iniciado a raíz del impago de las referidas letras de cambio, actuación que no podría explicarse en virtud del cumplimiento de instrucciones de un administrador legal del que carecía la sociedad, ni por su condición de socios (pues ninguno de los dos apoderados lo eran en ese momento), ni por razones de urgencia en espera del nombramiento de un nuevo administrador, dado que desde el fallecimiento de éste hasta que se prologan las actuaciones de dicho juicio ejecutivo pasaron cinco años.

- Con anterioridad, también en relación a la posible concurrencia de la condición de administrador de hecho en un apoderado, la STS de 22 de marzo de 2004 (RJA 2004/1661) advirtió la necesidad de que *“se llevara a cabo prueba suficiente, directa o indiciaria, acreditativa de ostentar y actuar (el apoderado) con la condición de administrador de hecho”*, prueba que *“aparece mas clara cuando la sociedad carece de efectivo administrador legalmente nombrado”* En el caso concreto, la existencia de un administrador legalmente nombrado y el hecho de que la misión como apoderado del demandado sólo consistiera en llevar a cabo gestiones para cobrar con poder suficiente la liquidación del finiquito de un Seguro de incendios, sin que concurrieran pruebas decididas y convincentes de que en todo momento actuase con efectivas funciones de administrador de hecho, motivó la inexigibilidad de responsabilidad ex art. 262.5 LSA al mismo.

- La STS de 24 de septiembre de 2001 (La Ley 8166/2001), consideró responsable ex art. 135 LSA como administrador de hecho, al socio único de una sociedad anónima unipersonal, en este caso otra sociedad que había comprado la totalidad de las acciones de aquélla. La razón fue que al haberse convertido la entidad compradora en socio único y al haber sido removidos los anteriores administradores legales, sin que se designara ninguna persona física que asumiese el cargo de administrador, había de considerarse forzosamente al referido socio único como administrador de hecho, *“ya que no resulta posible la existencia de una sociedad*

anónima sin la de los órganos sociales previstos con carácter imperativo en la Ley reguladora de las mismas.”

- En la STS de 26 de mayo de 2003 (RJA 2003/3926), la atribución de la condición de administrador de hecho a los demandados, contra los que se ejercitó una acción de responsabilidad por no promover la disolución por deudas ex art. 262.5 LSA, estuvo fundada en la apreciación de que tras haber cesado formalmente en el cargo de administradores, que ostentaban desde la fundación de la sociedad, de hecho continuaron administrando la sociedad, firmando cheques y pagarés, obligando a la sociedad. Además la existencia de fraude se acreditó por la circunstancia de que tras el cese meramente formal de los demandados, en apenas cuatro meses se efectuaron en tres ocasiones nombramiento de administradores, siendo especialmente significativo el nombramiento como administradora de la esposa de uno de los demandados, que no era socia, en sustitución del mismo, y el otorgamiento a los pocos días al ex administrador apenas cesado de amplios poderes para que administrase la sociedad.

- Por el contrario, la STS de 30 de julio de 2001 (RJA 2001/6632) estimó que carecían de legitimación pasiva los apoderados de una sociedad contra los que se ejercitaba una acción de responsabilidad individual ex art. 135 LSA, puesto que no concurría en ellos la condición de administradores de derecho ni de hecho, ya que los poderes que fueron concedidos a los demandados por el administrador único, se referían a los actos externos de la sociedad, es decir, a los que realiza la entidad con terceros, pero en forma alguna a los actos internos, pues no se les confirió la facultad para convocar la junta general de accionistas, ni para cambiar el domicilio social, ni para solicitar la disolución de la sociedad o aumento de capital. Además, la resolución consideró que al no haberse demandado conjunta o previamente al administrador legal, no se puede determinar si su nombramiento lo fue como hombre interpuesto para cubrir la responsabilidad de los verdaderos administradores.

I.1.4. El concepto doctrinal de administrador de hecho

De lo hasta ahora expuesto se infiere que la Jurisprudencia ha tratado la cuestión del administrador de hecho como un problema eminentemente probatorio, limitándose la mayor parte de las resoluciones a hacer hincapié en la necesidad del demandante de

probar la concurrencia en la persona demandada de la condición de administrador de hecho y a señalar, en el caso concreto, cuáles son los hechos en los que funda la atribución de la condición o no de administrador de hecho al demandado.

Son muy escasas las aportaciones jurisprudenciales que señalen con carácter de generalidad cuáles son los requisitos que configuran la condición de administrador de hecho. A pesar de ello, se puede intentar elaborar una noción jurídica de administrador de hecho con las escasas notas que en este sentido aporta la Jurisprudencia.

Como punto de partida, hay que señalar que la actuación realizada por el administrador de hecho debe consistir en auténticos actos de gestión directiva, lo que excluye, por tanto, los supuestos en que un tercero da meros consejos o recomendaciones a los administradores de hecho.¹⁴ Sin embargo, en la elaboración del concepto de administrador de hecho, no basta con precisar cuáles son las actuaciones externas de representación y las internas de gestión, gobierno y administración, propias del cargo de administrador, lo que en ocasiones se ha venido a llamar el “núcleo central de la administración social”,¹⁵ puesto que como han señalado con acierto las SSTs de 14 de marzo de 2007 (RJA 2007/1783) y de 8 de febrero de 2008 (RJA 2008/2664), *“la característica del administrador de hecho no es la realización material de determinadas funciones, sino la actuación en la condición de administrador”*. Es decir, no importa tanto qué actos se realizan, puesto que es práctica habitual que determinados actos que conforman el núcleo central de la administración social sean delegados en directivos no vinculados orgánicamente sino laboralmente con la sociedad, que no por ello pasan a ser automáticamente administradores de hecho. Lo realmente importante son los caracteres con los que se realizan dichos actos; que quien los realice actúe en condición de administrador.

¹⁴ Vid. al respecto, LATORRE CHINER, N. *El administrador de hecho...*, págs. 68 y 69, que excluye del concepto de administrador de hecho, por no realizar actos de gestión, a las entidades de crédito que supervisan el empleo de los fondos puestos a disposición de la sociedad o al franquiciador que se limita a verificar la buena ejecución de las obligaciones del franquiciado.

¹⁵ SAP de Zaragoza (Sección 5ª) de 21 de noviembre de 2002, según la cual constituyen este núcleo central de las actuaciones de un administrador legal actos tales como, la adopción de las decisiones más importantes de la sociedad, estar en contacto con los proveedores, extender talones, hacer uso de la única tarjeta de crédito de la sociedad, utilizar el coche de la empresa, disponer de los fondos de la sociedad..etc.

La Jurisprudencia, aunque sea de manera aislada y sin la menor pretensión de construir un concepto general de administrador de hecho, ha señalado alguna de las características que deben concurrir en la actuación en condición de administrador.

a) Independencia de la actuación: sobre todo en relación a la posible concurrencia en los apoderados de la condición de administrador, se ha señalado en las citadas SSTs de 14 de marzo de 2007 (RJA 2007/1783) y de 8 de febrero de 2008 (RJA 2008/2664), que en línea de principio y salvo prueba en contrario, aquéllos no pueden ser tenidos por administradores de hecho, siempre que actúen “*regularmente por mandato de los administradores o como gestores de éstos*”. Luego en sentido contrario, una de las características esenciales de la actuación en concepto de administrador es la no sujeción a un poder de control o dirección superior.¹⁶ El administrador de hecho debe ejercer un auténtico poder de dirección, sin subordinación a las instrucciones de un tercero. No es administrador de hecho, por lo tanto, aquél que se limita a ejecutar acuerdos adoptados por un órgano social al que está subordinado o a implementar políticas acordadas por tal órgano.¹⁷ Tampoco puede considerarse como administrador de hecho, por no tener facultad de decidir de manera autónoma sobre la política general de la empresa y los planes de gestión, el órgano o el sujeto que se limita a ejercer una mera actividad de control sobre los administradores de derecho.

b) Continuidad en el ejercicio de las funciones de administrador: La realización de manera aislada de alguno de los actos que legal o estatutariamente estén conferidos al administrador legal, no atribuye a su autor la condición de administrador de hecho, puesto que para ello se requiere una serie continuada de actos pertenecientes al ámbito propio de la administración social, que permita entender que se está ejercitando en la práctica las funciones de poder efectivo de gestión, administración y

¹⁶ Con más claridad, que las resoluciones del Tribunal Supremo apenas citadas, la SAP de Barcelona de 24 de enero de 2005 ha declarado que el elemento definitorio de la figura del administrador de hecho “será el de autonomía o falta de subordinación a un órgano de la administración social... de tal modo que pueda razonablemente entenderse que está ejercitando en la práctica las funciones de un poder efectivo de gestión, administración y gobierno”.

¹⁷ En este mismo sentido, han señalado la necesidad de que la gestión social sea realizada de manera independiente y autónoma, ESPINÓS BORRÁS DE QUADRAS, A., *La responsabilidad civil...*, op. cit., pág. 97 y MARTÍNEZ SÁNZ, F., “Ámbito subjetivo de la responsabilidad”, en VVAA, *La responsabilidad de los administradores* (Dir. por Rojo. A., y Beltrán. E.), Valencia, 2005, pág. 62

gobierno de la sociedad que se trate.¹⁸ Implícitamente, está asumiendo este requisito de la continuidad en el ejercicio de las funciones de administrador, la Jurisprudencia en la STS de 30 de julio de 2001 (RJA 2001/6632), que negó que concurriera la condición de administradores de derecho ni de hecho, en quienes habían sido apoderados simplemente para realizar los actos externos de la sociedad, pero no para realizar actos internos, como convocar la junta general de accionistas, cambiar el domicilio social, o solicitar la disolución de la sociedad o aumento de capital. En este mismo sentido, la citada STS de 22 de marzo de 2004 (RJA 2004/1661) negó que tuviera la condición de administrador de hecho, quién se limitó a llevar a cabo gestiones para cobrar con poder suficiente la liquidación del finiquito de un Seguro de incendios.

c) Aceptación de los actos por la sociedad: se requiere que la sociedad asuma los actos del administrador de hecho como vinculantes para ella, por ser expresión de la voluntad social, ya que de no existir esa asunción, no habrá dominio social, ni actos de gobierno.¹⁹ En caso de que tales actos no asumidos como expresión de la voluntad social, hayan llegado a materializarse en el tráfico externo por quien tenga un poder para vincular a la sociedad, el apoderado se habría extralimitado de su mandato, y no asumirá la responsabilidad propia del administrador de hecho, sino la que se deriva de las normas previstas para el factor o mandatario en el CCom (arts. 281 y ss).

De acuerdo con esta caracterización, podemos definir al administrador de hecho como aquél que no reuniendo las condiciones para ser administrador de derecho, ejercita efectivamente funciones propias de la administración social, de manera independiente, con una cierta extensión y continuidad y sin oposición de la sociedad.

Sin embargo, a diferencia de otros autores, no consideramos, que el ejercicio de forma directa de los actos de administración social, sea un requisito específico de la condición de administrador de hecho,²⁰ puesto que también puede actuar como administrador quien impone sus propias decisiones de manera autónoma en la

¹⁸ Entre otros, han destacado el requisito del ejercicio constante de las funciones propias del administrador, ESPINÓS BORRÁS DE QUADRAS, A., *La responsabilidad civil...*, op. cit., pág. 97 y MARTORELL ZULUETA, P., “Administración, dirección y gestión de las sociedades mercantiles...”, op. cit., pág. 35, citando a DIAZ ECHEGARAY, J. L., *El administrador de hecho de las sociedades*, op. cit.

¹⁹ Vid. al respecto, ESPINÓS BORRÁS DE QUADRAS, A., *La responsabilidad civil...*, op. cit., pág. 99.

²⁰ LATORRE CHINER, N., *El administrador de hecho...*, op. cit., pág. 151 y MACHADO PLAZAS, J., *El concurso de acreedores culpable. Calificación y Responsabilidad Concursal*, Navarra, 2006, pág. 171.

conducción de los negocios sociales indirectamente, a través de los administradores legales designados o de apoderados, que le obedecen como meros testaferros, y en tal caso, no se plantea un problema de concepto sino simplemente de prueba.

I.2. EL ADMINISTRADOR DE HECHO Y LOS SUPUESTOS DE CALIFICACIÓN DEL CONCURSO COMO CULPABLE

Centrándonos ya en el ámbito de la responsabilidad concursal de los administradores de hecho por el déficit concursal a la que se refiere el art. 172.3 LC, hay que comenzar por precisar que dicha responsabilidad es una consecuencia de la calificación del concurso como culpable, que se añade a las demás consecuencias previstas en el art. 172. 2. LC (inhabilitación por un período de dos a 15 años para ejercer funciones de representante o administrador, pérdida de derechos como acreedores concursales y obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados) que recaerá, como esas otras, sólo sobre los administradores o liquidadores de hecho o de derecho que resulten afectados por la sentencia de calificación.

Por lo tanto, antes de proceder al análisis de la responsabilidad concursal del administrador de hecho es preciso detenerse en los distintos supuestos que según los art. 164 y 165 LC pueden dar lugar a la calificación del concurso como culpable y muy especialmente a la conducta que en relación a dichos supuestos puede realizar un administrador de hecho.

I. 2.1. Supuestos que dan lugar a la calificación del concurso como culpable

El legislador ha establecido en los arts. 164 y 165 LC distintas hipótesis que pueden dar lugar a la calificación del concurso como culpable. En primer lugar, el art. 164.1 LC contiene una cláusula general según la cual *“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".²¹ La culpa leve se excluye del supuesto de hecho de la calificación del concurso como culpable conforme a la cláusula general y, por lo tanto, del ámbito de la responsabilidad concursal, por lo que no procede el reproche de culpabilidad en el concurso a los administradores en los casos en los que la insolvencia se haya generado o agravado como consecuencia de la adopción de decisiones arriesgadas para la empresa, que se hayan revelado como negativas "ex post", siempre y cuando ese resultado lesivo sea consecuencia de la aleatoriedad inherente a toda decisión empresarial y no de una falta de planificación o estudio anterior a la misma. La culpa grave requiere que las decisiones empresariales que han generado o agravado la insolvencia se hayan adoptado temerariamente, sin una planificación y estudio adecuados a su trascendencia. Por lo tanto, los errores técnicos solamente darán lugar a la calificación del concurso como culpable y a la imposición de responsabilidad concursal cuando debieron haber sido conocidos "ex ante" con un mínimo análisis o planificación o cuando la decisión adoptada fuera a todas luces irracional.²²

Además, para que el concurso sea calificado como culpable de conformidad con la cláusula general es preciso que exista una relación de causalidad entre esa conducta dolosa o gravemente culposa y la generación o agravación del estado de insolvencia.

Junta a la cláusula general, en el art. 164.2 LC se tipifican una serie de supuestos que, en todo caso, darán lugar a la calificación del concurso como culpable:

2. En todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos:

1. Cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara.

²¹ Como ha puesto de manifiesto la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Palma de Mallorca de 11 de junio de 2007 (RJA 2008/158), el legislador al establecer este sistema con una cláusula general de cierre frente al sistema de *numerus clausus* tradicional pretende facilitar la interpretación de las denominadas "zonas grises u oscuras" en la aplicación de los tipos concretos de calificación.

²² Desde un sector importante de la doctrina mercantilista se niega incluso que las deficiencias de juicio caracterizadas por valoraciones incorrectas y equivocaciones técnicas den lugar a las acciones de responsabilidad societaria ex art. 133 de la LSA, por no constituir tales errores de juicio una infracción del deber general de diligencia del art. 127 de la LSA, puesto que el riesgo es inherente a la lógica empresarial y los jueces no deben valorar la oportunidad de las decisiones técnico empresariales, Vid. PAZ-ARES, C., "La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo", *RdS*, 2003 pág. 87; MORILLAS JARILLO, M. J., *Las normas de conducta de los administradores de las sociedades de capital*, Madrid, 2002, pág. 429.

2. Cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento, o hubiera acompañado o presentado documentos falsos.

3. Cuando la apertura de la liquidación haya sido acordada de oficio por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado.

4. Cuando el deudor se hubiera alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores o hubiera realizado cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación.

5. Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos.

6. Cuando antes de la fecha de la declaración de concurso el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia.

Según la dicción del art. 164.2 LC, en cualquiera de estos supuestos, el concurso será calificado como culpable “en todo caso”, es decir, sin posibilidad de desvirtuar el carácter doloso o gravemente culposo de la conducta y sin exigirse prueba de la relación de causalidad entre tales conductas y la insolvencia de la sociedad. Es decir, en el juicio acerca de la calificación del concurso como culpable, una vez que se ha constatado la concurrencia de la conducta tipificada en alguno de estos supuestos, el concurso será calificado como culpable, sin que sea necesario, ni posible, hacer ninguna valoración adicional. Esto es así, porque el legislador ha considerado en abstracto, que subyace a tales conductas un comportamiento doloso o cuanto menos culposo, que en cuanto tal y sin más valoraciones, merece la tacha de culpabilidad en el concurso.²³ Por lo tanto, no se puede decir que los supuestos tipificados en el art. 164.2º LC estén instaurando un régimen de responsabilidad objetiva, pero sí que la calificación culpable del concurso en ellos fundada se hace de manera abstracta, es decir, a partir de un juicio de reprochabilidad que ha sido efectuado “ex ante” por el legislador, sin atender a las circunstancias del caso concreto.

²³ Como afirma la SJMerc nº 2 de Bilbao de 8 de noviembre de 2007 “*El número 2 del art. 164 tipifica en seis ordinales conductas o actuaciones que en todo caso determinan la calificación del concurso como culpable, sin que ante su concurrencia quepa alegar defensa alguna salvo su no realización. Por ello, cuando la propuesta de calificación se fundamenta en alguna de dichas conductas, el único debate en la vista ante la oposición de dicha calificación culpable es si se produjo o no la conducta típica especificada, pero no cualquier otro aspecto, incluido el relativo al elemento culpabilístico de la conducta*”. En este mismo sentido ha afirmado MACHADO PLAZAS, J., *El concurso de acreedores culpable*, op. cit., pág. 93 que “la tipificación de determinados ilícitos civiles a los que se aplica la presunción *iuris et de iure* de concurso culpable evita que el juez del concurso al fundamentar su resolución deba valorar la concurrencia del requisito subjetivo del dolo o de la culpa grave y del nexo lógico causal entre un hecho ilícito tipificado y la agravación o causación de la insolvencia. La función de valoración del juez se limitará a constatar si el concurso declarado va acompañado de la concurrencia de los hechos de calificación previstos en el art. 164.2 LC”.

Por último, el sistema se cierra con una serie de presunciones “*iuris tantum*”, contenidas en el art. 165 LC:

Artículo 165. Presunciones de dolo o culpa grave.

Se presume la existencia de dolo o culpa grave, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores:

1. Hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso.
2. Hubieran incumplido el deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal, no les hubieran facilitado la información necesaria o conveniente para el interés del concurso o no hubiesen asistido, por sí o por medio de apoderado, a la junta de acreedores.
3. Si el deudor obligado legalmente a la llevanza de contabilidad, no hubiera formulado las cuentas anuales, no las hubiera sometido a auditoría, debiendo hacerlo, o, una vez aprobadas, no las hubiera depositado en el Registro Mercantil en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso.

En cuanto al alcance de las presunciones contenidas en el art. 165 LC, un sector importante de la doctrina mercantilista las ha venido interpretando restrictivamente, considerando que alcanzan únicamente a la existencia de dolo o culpa grave, pero que no se extienden al segundo elemento del supuesto de hecho de la cláusula general del art. 164.1, esto es, a la relación de causalidad entre el hecho doloso o gravemente culpable y la generación o agravación del estado de insolvencia. Desde esta perspectiva, para que el concurso sea calificado como culpable con arreglo a alguna de las presunciones previstas en el art. 165, no bastaría con que se verificase el incumplimiento de alguno de los deberes contemplados en los tres apartados del precepto, sino que además sería necesario, tal y como exige la cláusula general del art. 164.1, que dicho incumplimiento hubiera sido causa de la generación o agravación del estado de insolvencia.²⁴ No podemos compartir esta tesis por dos razones. En primer lugar, porque está estableciendo una vinculación entre las presunciones del art. 165 y la cláusula general del art. 164.1 que el legislador no ha previsto, muy al contrario, el

²⁴ Siguen esta tesis entre otros, GARCÍA CRUCES, J. A., “El problema de la represión de la conducta del deudor común” en *La reforma de la legislación concursal*, (Rojo Fernández del Río), Madrid-Barcelona, 2003, para quien “la eficacia de estas presunciones habrá de limitarse a la de estimar la concurrencia de aquél elemento intencional...en la sustanciación de la Sección Sexta de calificación, resultará necesario – además- acreditar la participación del deudor común en el origen o empeoramiento de su estado de insolvencia” y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “En torno a la naturaleza de la responsabilidad concursal”, (comentario a la sentencia de la Sección 28^a de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de febrero de 2008)”, *ADCo*, 2008, nº 14, págs. 346 a 348, pág. 365, según el cual, “.hay que probar lo que el artículo 165 no presume y exige el art. 164.1, es decir, que los administradores causaron o agravaron la insolvencia”. También en la jurisprudencia menor hay algún pronunciamiento sobre el alcance restringido de las presunciones del art. 165, así la SJMer núm. 5 de Madrid de fecha 16 de febrero de 2006 y la SAP de Córdoba de 28 de marzo de 2008, según la cual “...no tienen la misma amplitud las presunciones *iuris tantum* del art. 165, que las presunciones *iuris et de iure* del art. 164.2 y no sólo porque aquéllas, a diferencia de éstas, admiten prueba en contrario, sino porque las presunciones *iure et de iure*, amparan todos y cada uno los requisitos o elementos exigidos para la declaración de concurso culpable...Por el contrario, las presunciones del art. 165...sólo permiten presumir la concurrencia del dolo o culpa grave.”

legislador parece haber configurado estas presunciones como supuestos autónomos, que de modo similar a cuanto ocurre con los supuestos del art. 164.2, no exigen la verificación de la relación de causalidad con la generación o agravación del estado de insolvencia que sí exige la cláusula general.²⁵ Por otra parte, si se exigiera para la calificación del concurso como culpable, que los hechos que se presumen dolosos o gravemente culposos, fueran causa además de la generación o agravación del estado de insolvencia, las posibilidades reales de que el concurso fuera calificado como culpable en virtud del artículo 165 LC serían mínimas y hasta nulas en el supuesto contemplado en el art. 165.2, que se refiere al incumplimiento de deberes de colaboración en el propio procedimiento concursal.²⁶

Sin embargo, el rigor de esta interpretación amplia sobre el alcance de las presunciones del art. 165 LC, que implica que el concurso sea calificado como culpable siempre que se verifique el supuesto de hecho contemplado en la presunción y el administrador de hecho o de derecho afectado no haya acreditado la ausencia de dolo o culpa grave en su actuación, se puede ver atenuada en relación a la responsabilidad concursal, ya que como tendremos ocasión de analizar más adelante, de conformidad con el tenor literal del art. 172.3 LC, la imposición de esta responsabilidad no es una consecuencia automática de la calificación del concurso como culpable. Entre las circunstancias a tener en cuenta para no imponer la responsabilidad concursal a los administradores de hecho o de derecho afectados por la calificación del concurso como

²⁵ Son muy interesantes a este respecto las reflexiones de MACHADO PLAZAS, J, *El concurso de acreedores culpable*, op. cit., en el sentido de excluir las interpretaciones integradoras de los supuestos tipificados en los arts. 164.2 y 165 con la cláusula general del art. 164.1 LC, “Una tesis integradora no pretende más que una interpretación restrictiva de los hechos base de las presunciones legales ex arts. 164 y 165 LC, técnica integradora que conduce a resultados absurdos”. Más adelante en esa misma obra, el autor señala que “en caso de exigencia de la prueba de relación de causalidad entre los incumplimientos del art. 165 LC y la causación o agravación del estado de insolvencia, la norma se convertiría en una norma inútil, ajena a la finalidad o razón que entraña. El legislador no hace sino singularizar una serie de hipótesis de incumplimiento de deberes anteriores y posteriores al concurso que considera esenciales, incumplimientos que no tienen, por tanto, que causar ni agravar la insolvencia”. En ese mismo sentido, ALCOVER GARAU, G., “Aproximación a la naturaleza jurídica de la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital” *RDCP*, 2007, nº 7 (edición laleydigital.es ref. 5462/2007), pág. 6, ha señalado que “del análisis de estos supuestos (del art. 165) se desprende que también en relación a ellos será muy frecuente que no se pueda establecer una relación de causalidad entre la conducta de los administradores y un concreto daño al patrimonio social.”

²⁶ Aunque no compartimos la tesis indemnizatoria que se ha convertido casi en la marca distintiva de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, sí que estamos de acuerdo con el referido órgano en la interpretación que hace del alcance de las presunciones del art. 165 LC, cuando establece por ejemplo en la Sentencia de 21 de febrero de 2008 que “*desgajar la primera norma del artículo 165 para conectarla con la regla abierta (del art. 164.1 LC) supone mezclar de forma asistemática normas jurídicas que responden a principios diferentes*”.

culpable de conformidad con las presunciones del art. 165 LC, podría valorarse la ausencia de un perjuicio real derivado del incumplimiento de los deberes legales en ellas previstos.²⁷

I.2.2. La imputación de las conductas descritas en los arts. 164 y 165 LC al administrador de hecho

La responsabilidad concursal del art. 172.3 LC no recae sobre todos los administradores o liquidadores de la sociedad concursada por el mero hecho de que el concurso haya sido calificado como culpable, sino sólo sobre aquéllos a los que las conductas descritas en los arts. 164 y 165 LC, les sean imputables. Aunque el art. 172.3 LC, con una pésima redacción en este sentido, no exige expresamente que sean imputables a los administradores o liquidadores que hayan de responder por el déficit concursal las conductas que hayan motivado la calificación del concurso como culpable, no puede llegarse a otra conclusión, si se toma en consideración lo dispuesto por el art. 172.2.1 LC que exige que la sentencia de calificación contenga un pronunciamiento sobre las personas afectadas por la calificación.²⁸

Por lo tanto, la imputación de responsabilidad concursal ex art. 172.3 LC al administrador de hecho, requiere no solamente acreditar que concurre tal condición en un sujeto que no reúna los requisitos de administrador, sino que además es preciso que la concreta conducta que ha motivado la calificación del concurso como culpable le sea imputable a aquél. En caso de que el administrador de hecho actúe directamente en el tráfico externo o en la gestión interna mediante un apoderamiento, la imputación de la conducta concreta que ha motivado la calificación del concurso como culpable se verá

²⁷ Así, si el concurso se hubiera calificado como culpable por incumplimiento del deber de solicitar la declaración del concurso o de los deberes de formulación, sometimiento a auditoría o depósito en el registro mercantil de las cuentas anuales, podría no imponerse responsabilidad ex art. 172.3 LC a los administradores afectados por la calificación, si el incumplimiento de estos deberes no pudo incidir de modo alguno, ni tan siquiera de manera hipotética o difusa, en la generación o en la agravación del estado de insolvencia, como ocurre en el supuesto de que la persona jurídica deudora no hubiera contraído nuevas obligaciones después de haberse producido el incumplimiento de tales deberes. De manera análoga, cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable por incumplimiento de los deberes de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal, podría no imputarse responsabilidad por el déficit concursal si la omisión de colaboración no hubiera supuesto un obstáculo significativo para el desarrollo del procedimiento concursal.

²⁸ Sobre la necesaria imputación de la declaración del concurso culpable a los administradores o liquidadores de hecho o de derecho, vid. MACHADO PLAZAS, J., *El concurso de acreedores culpable...*, op. cit., págs. 283 a 285.

facilitada; hay que probar que quien formalmente aparece como un apoderado en realidad actuó como un administrador de hecho, por no estar sujeto a ningún poder de dirección superior. Sin embargo si el administrador de hecho, no actúa directamente sino que se vale del órgano de administración formal o de otro apoderado a los que impone como meros testaferros sus órdenes, la prueba de la imputación de la conducta que ha motivado la calificación del concurso como culpable será considerablemente más difícil.

Puede resultar problemática la imputación al administrador de hecho de la conducta que ha dado lugar a la calificación del concurso como culpable, cuando ésta consista en el incumplimiento de un deber legalmente impuesto al administrador de derecho y que, por lo tanto, el administrador de hecho, al menos formalmente, no tiene legitimación para cumplir. Muchas de las conductas que dan lugar a la calificación del concurso como culpable están relacionadas precisamente con el incumplimiento de obligaciones reservadas por la Ley a los miembros del órgano de administración, entre ellas: los incumplimientos sustanciales de obligaciones contables (art. 164.2.1 LC), el incumplimiento de la obligación de solicitar la declaración de concurso (art. 165.1 LC), el incumplimiento del deber de colaboración con el juez del concurso y con la administración concursal (art. 165.2), el incumplimiento de la obligación de formulación, auditoría y depósito de las cuentas anuales (art. 165.3 LC)

En relación a estos supuestos, un sector de la doctrina ha considerado que los administradores de hecho sólo responden de actuaciones relativas a la gestión de la empresa o a la consecución del objeto social y no del correcto ejercicio de funciones de orden interno reservadas por la Ley o los estatutos a los miembros del órgano, puesto que carecen de legitimación para realizar tales funciones.²⁹ No podemos compartir esta tesis que permite al administrador de hecho conseguir la finalidad elusiva de su responsabilidad, que persigue con la ocultación de su condición de administrador real. Si el administrador de hecho es la persona que de manera autónoma, con cierta continuidad y sin oposición social, realiza actos de gestión y dirección de la sociedad, como correlato de este poder de dirección, tiene la responsabilidad de exigir el cumplimiento de estos deberes a quienes obedezcan a dicho poder de dirección, ya sea

²⁹ LATORRE CHINER, N, *El administrador de hecho....*, op. cit., págs. 61 a 65 y VERDÚ CAÑETE, M. J., *La responsabilidad civil del administrador de sociedad..*, op. cit., pág. 135.

el órgano de administración formal u otros apoderados, y tengan externamente legitimación para hacerlo. La SJMerc nº 2 de Bilbao de 3 de octubre de 2007 (La Ley 139150/2007) consideró que la responsabilidad concursal del administrador de hecho era cumulativa con la del administrador de derecho en relación al incumplimiento del deber de formular las cuentas anuales, por cuanto que otra cosa sería auspiciar que el administrador de hecho, realmente infractor de la lealtad y transparencia de la contabilidad, no se considerara legitimado pasivo de la afectación por dicha causa, en tanto que no firmó las cuentas anuales, y al tiempo, la formalmente legitimada, pudiera quedar exonerada por el dato de la existencia de aquel primero como autor ideológico de la conducta ilícita.

El problema que se plantea en relación a la imputación a los administradores de hecho del incumplimiento de funciones reservadas por la Ley a los administradores de derecho en orden a la imputación de responsabilidad concursal, es similar al de la posibilidad de imputar la responsabilidad por deudas del art. 262.5 LSA en caso de no disolución por pérdidas a los administradores de hecho, que formalmente no tienen legitimación para promover la disolución. En este sentido, la Jurisprudencia no ha vacilado en responsabilizar ex art. 262.5 LSA a quienes tienen la condición de administradores de hecho y un buen ejemplo es la STS de 26 de mayo de 2003 (RJA 2003/3926).

PARTE SEGUNDA. RÉGIMEN GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL

El hecho de que el administrador de hecho sea señalado en la sentencia que pone fin a la sección de calificación como sujeto afectado por la calificación del concurso como culpable, conlleva automáticamente la imposición de las consecuencias previstas en el art. 172.2. LC -inhabilitación por un período de dos a 15 años para ejercer funciones de representante o administrador, pérdida de derechos como acreedores concursales y obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados- pero la condena a la responsabilidad concursal del art. 172.3 LC no es una consecuencia que se anude automáticamente a la calificación del concurso como culpable. Así se desprende de su propio tenor literal, que en relación a la responsabilidad concursal dispone “..la

sentencia podrá, además, condenar...”, revelando así su carácter potestativo. La cuestión de cuándo proceda o no imponer la responsabilidad concursal a los administradores de hecho afectados por la sentencia de calificación, dependerá del posicionamiento que se adopte acerca de la naturaleza de esta responsabilidad como un supuesto de responsabilidad civil por daños o como una sanción civil, cuestión ésta que tratamos seguidamente.

II.1 LA CONTROVERSIA EN TORNO A LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL DEL ART. 172.3 LC

II.1.1 El amplio margen de discrecionalidad del art. 172.3 LC

Con más o menos acierto, el art. 172.3 LC ha atribuido al juzgador un amplio margen de discrecionalidad en la imposición de la llamada responsabilidad concursal, esto es, la responsabilidad de los administradores o liquidadores de hecho o de derecho de una persona jurídica concursada, por el importe total o parcial de los créditos que no sean satisfechos con la liquidación de la masa activa, en caso de que el concurso sea calificado como culpable y además la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación . El referido art. 172.3 LC dispone:

“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.”

De la redacción del precepto y de su ubicación sistemática en la sección sexta de calificación, solamente se desprenden con claridad algunos de los presupuestos objetivos de su supuesto de hecho: que el concurso haya sido calificado como culpable, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 164 y 165 LC; que la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la

fase de liquidación -lo que excluye la responsabilidad concursal cuando el concurso haya finalizado con el cumplimiento del convenio; que el concursado sea una persona jurídica-; y que tras la liquidación de la masa activa exista un déficit o fallido concursal. Más allá de eso, el art. 172.3 LC deja sin aclarar cuándo procede la imposición de la responsabilidad concursal, en qué cuantía procede imponerla, quiénes deben ser los sujetos responsables y si deben serlo con carácter solidario o mancomunado.³⁰

Por un lado, el precepto dispone que la sentencia que califique el concurso como culpable, en caso de que la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, “podrá, además, condenar..” a los administradores o liquidadores a pagar todo o parte del déficit concursal. La utilización del verbo poder en el supuesto de hecho de la norma pone de manifiesto que la responsabilidad concursal es una sanción cuya imposición no se anuda automáticamente a la calificación culpable del concurso, como ocurre con el resto de consecuencias previstas en le art. 172.2 LC, pero no se especifica en qué casos o con arreglo a qué criterios se debe valorar si procede o no esa condena adicional que supone la responsabilidad concursal.

Por otra parte, dispone el art. 172.3 LC que la condena consiste en “pagar a los acreedores concursales, *total o parcialmente*, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa”, sin concretar cuándo se debe condenar al pago total

³⁰ De acuerdo con el objeto general de esta obra, no podemos dedicarnos al análisis de todos los problemas que plantea la aplicación práctica de la responsabilidad concursal. No son analizadas cuestiones tales como la legitimación para la ejecución del crédito nacido de la responsabilidad concursal, tratada con suficiencia por HERRERA PETRUS, C., “El crédito contra los administradores en la sección de calificación (Naturaleza, legitimación y tratamiento en el concurso del administrador condenado), *ADCo*, 2007, nº 10, págs. 479 a 506) o el problema de la concurrencia con las demás acciones de responsabilidad de los administradores, analizado entre otros por GARCÍA CRUCES, J. A., “Acumulación y coordinación de acciones de responsabilidad de los administradores de una persona jurídica en concurso” *Aranzadi Civil*, 2003, nº 18, págs. 15 y ss. y por ALONSO UREBA, A., “El artículo 48.2 LC y el marco de las relaciones de la responsabilidad concursal del art. 172.3 con la responsabilidad de los auditores y con las acciones societarias de responsabilidad de administradores y liquidadores”, *RDCP*, 2005, nº 1, págs. 91 y ss. Tampoco se analiza en este artículo el embargo preventivo previsto en el art. 48.3 LC de los bienes de los administradores o liquidadores de la sociedad concursada para asegurar el cumplimiento de la eventual sentencia de condena, sobre el que ha tratado, entre otros, ESPINÓS BORRÁS DE QUADRAS, A., *La responsabilidad civil en las sociedades mercantiles*, op. cit., págs. 220 a 231. Un análisis exhaustivo de los distintos problemas procesales que plantea la acción de responsabilidad concursal puede verse en el trabajo de PÉREZ BENÍTEZ, J. J., “Problemas procesales de la calificación del concurso” *ADCo*, 2008, nº 14, págs., 149 y ss. De manera más particularizada, sobre la posible ejecución provisional de la sentencia de calificación del concurso como culpable trata DÍAZ MARTÍNEZ, M., “Ejecución provisional de la sentencia de calificación culpable del concurso”, *ADCo*, 2008, Nº 15.

del fallido concursal y cuándo, por el contrario, se deba condenar al pago parcial del mismo y, en tal caso, en que proporción.

Por último, en cuanto a la determinación de los sujetos responsables, la norma dispone que se podrá 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”* y con ello está estableciendo una imputación genérica, sin especificar claramente que, de acuerdo con su naturaleza sancionadora, la responsabilidad debe imponerse a título individual, a los administradores o liquidadores de hecho o de derecho afectados por la calificación del concurso como culpable, discriminando incluso entre ellos en atención a la reprochabilidad que merezca su conducta.

Transcurridos casi cinco años desde la entrada en vigor de la Ley Concursal, era de pensar que las resoluciones de los juzgados de lo mercantil y de las audiencias provinciales hubieran conformado un acervo claro con los criterios que, de acuerdo con el amplio margen de discrecionalidad concedido por el legislador, sirvieran para determinar en qué casos, a quién y en qué cuantía procede imponer la responsabilidad concursal. Sin embargo, los juzgados y tribunales, con notables excepciones, más que establecer estos criterios de valoración en la aplicación del artículo 172.3 LC, han tratado en múltiples ocasiones eludir el amplio margen de discrecionalidad que les atribuye el precepto, haciendo interpretaciones forzadas sobre la naturaleza de la responsabilidad concursal y el sentido de los términos empleados en el mismo, que no tienen más objeto que el de evitar el juicio valorativo que, conforme a la letra de la norma, ha de efectuar el juzgador en la determinación de cuándo procede imponer la responsabilidad concursal, a quién y en qué medida. Ello pone de manifiesto que el juzgador no se siente cómodo con un margen de valoración tan amplio para imponer una condena económica, pues las penas privadas –no otra cosa es la responsabilidad concursal- son todavía un cuerpo extraño en nuestra tradición jurídica. Por decirlo de alguna manera, el juzgador renuncia a la discrecionalidad que el legislador le ha conferido en la plasmación del supuesto de hecho del art. 172.3 LC, pero dicha renuncia no es gratuita, puesto que se hace a costa de interpretaciones que alteran la auténtica naturaleza de la responsabilidad concursal y el sentido de los términos empleados,

generándose de esta manera una confusión en torno al precepto, que es seguramente peor que la discrecionalidad en su aplicación que se pretende evitar.

En primer lugar, se ha hecho depender el juicio acerca de cuándo procede imponer la responsabilidad concursal, en qué cuantía y a quién, de una valoración previa sobre la naturaleza jurídica de dicha responsabilidad, como un supuesto de responsabilidad civil o como una sanción civil. Si el art. 172.3 LC instaura un supuesto de responsabilidad civil o por daños, de acuerdo con los presupuestos de la responsabilidad civil, que exige una relación de causalidad entre una conducta y el daño que se repara, los administradores o liquidadores del deudor solamente serán responsables ex art. 172.3 si el hecho que ha dado lugar a la calificación del concurso como culpable ha sido la causa de la generación o agravación del estado de insolvencia del deudor y sólo en la cuantía en que tal conducta haya contribuido a la generación o agravación de ese estado de insolvencia. Si por el contrario, se considera que la responsabilidad concursal del art. 172.3 LC es una sanción civil, la condena no dependerá del daño efectivamente causado por la conducta que ha motivado la calificación del concurso como culpable, sino de la gravedad de dicha conducta. El debate está todavía presente en la jurisprudencia y en la doctrina, aunque se puede afirmar que es mayoritaria la tesis que preconiza la naturaleza sancionadora de la responsabilidad concursal.^{31 32}

³¹ Es la Sección 15ª de la AP de Barcelona el órgano jurisdiccional que más claramente se ha decantado por considerar la responsabilidad concursal de los administradores ex artículo 172.3 como una hipótesis de responsabilidad civil por daño, que exige una relación de causalidad entre la conducta de los administradores y el daño en la masa activa del deudor por el que deben responder. A título de ejemplo, se pueden citar, la sentencia de 19 de marzo de 2007 (RJA 2007/272870) y los autos de 6 de febrero de 2006 (AC 2006/242022), de 27 de septiembre de 2006 (AC 2007/463) y de 30 de marzo de 2006 (RJA 2007/400). A esta tendencia, se han sumado también resoluciones dictadas por otros órganos jurisdiccionales, como las sentencias del JMerc nº 2 de Barcelona de 19 de enero de 2007, del JMerc nº 1 de Palma de Mallorca (Islas Baleares) de 11 de junio de 2007 (RJA 2008/158), la SJMerc nº 3 de Barcelona de 5 de octubre de 2007 y la SJMerc de A Coruña de 20 de junio de 2006. Entre las resoluciones, claramente mayoritarias, que consideran que la responsabilidad concursal es una sanción civil, se pueden citar, las sentencias del JMerc nº 5 de Madrid de 16 de febrero de 2006, de 5 de diciembre de 2006 y de 18 de enero de 2007, la SJMerc de Málaga de 22 de mayo de 2006, la SJMerc de Granada de 17 de octubre de 2006, la SJMerc nº 1 de Madrid de 16 de enero de 2007, la SJMerc nº 1 de Oviedo de 2 de junio de 2007, la SAP de Madrid (Sección 28ª) de 5 de febrero de 2008, la SAP de Córdoba (Sección 3ª) de 15 de julio de 2008, la SAP de Granada (Sección 3ª) de 14 de octubre de 2008.

³² El debate doctrinal sobre la naturaleza de la responsabilidad concursal es tan profuso, que resulta imposible una cita completa de todos los autores que se han pronunciado. Entre los defensores de la tesis indemnizatoria destacan, ALONSO UREBA, A., “Responsabilidad concursal de administradores y liquidadores de la persona jurídica en concurso (art. 172.3)” en *Comentarios a la legislación concursal*, (dirs. Pulgar, Alonso Ureba, Alonso Ledesma, Alcover), Madrid, 2004, págs. 1444 a 1448; MORILLAS JARILLO, M. J., “Responsabilidad concursal de administradores y liquidadores: balance del primer bienio de vigencia de la Ley Concursal (II)” *RDCP*, nº 7 (2007), págs. 53 a 88; RONCERO SÁNCHEZ,

Por otra parte, algunas resoluciones judiciales que consideran, correctamente, que la responsabilidad concursal del art. 172.3 LC es una sanción civil, en un intento también por evitar el margen de discrecionalidad concedido por el legislador al juez, privan de significado al verbo poder, empleado en el supuesto de hecho de la norma. De este modo, jueces y tribunales se auto limitan en el ejercicio de la facultad potestativa de imponer o no la responsabilidad concursal cuando el concurso ha sido calificado como culpable, considerando que dicha sanción es una consecuencia automática de tal calificación. Incluso se observa una tendencia a imponer la responsabilidad por la totalidad del déficit concursal, sin valorar si en atención a la gravedad de la conducta que motivó la calificación del concurso como culpable y a las circunstancias concurrentes, no hubiera sido más adecuado imponer una condena a pagar sólo una parte del mismo.

Las resoluciones judiciales en torno a la aplicación del art. 172.3 LC se mueven entre dos extremos: o bien no imponen una auténtica sanción a los administradores o liquidadores, sino simplemente una obligación de resarcir los daños que hayan causado con la conducta que haya motivado la calificación del concurso como culpable, o bien imponen una sanción que se extiende a la totalidad del déficit concursal, siempre que el concurso se haya calificado como culpable, sin hacer un juicio valorativo sobre la gravedad de la conducta de los administradores o liquidadores afectados por la sentencia

A, “Naturaleza y caracteres de la responsabilidad concursal de los administradores de sociedades de capital (a propósito de la sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de marzo de 2007)” *RDCP*, nº 7, 2007, (edición laleydigital.es ref. 5468/2007), págs. 7 y ss; VERDÚ CAÑETE, M. J., *La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en el concurso de acreedores*, Madrid, op. cit., págs. 103 a 111 y recientemente, cambiando su posición inicial, VICENT CHULIÁ, F., “Tres años de Ley Concursal: Temas de Reforma”, *RDCP*, 2008, nº 8 (edición laleydigital.es, ref. 5271/2008), pág. 8. La tesis sancionadora ha sido sostenida por la doctrina, entre otros por, GARCÍA CRUCES, J. A., *La calificación del concurso*, Navarra, 2004, págs., 179 a 188; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “La responsabilidad concursal de los administradores de las sociedades de capital” en *Comentarios a la Ley Concursal* (coords. por Fernández de la Gándara, Sánchez Álvarez), Madrid-Barcelona, 2004, pág. 715; MACHADO PLAZAS, J., *El concurso de acreedores culpable. Calificación y responsabilidad concursal*, op. cit., págs. 266 a 270; ALCOVER GARAU, G., “Aproximación a la naturaleza jurídica de la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital” *RDCP*, 2007, nº 7 (edición laleydigital.es ref. 5462/2007), págs. 6 a 13; HERRERA PETRUS, C., “El crédito contra los administradores...”, op. cit., págs. 481 a 487; LÓPEZ DE MEDRANO, F., “Las acciones de daños y de cobertura del pasivo en el concurso de acreedores”, *ADCo*, 2007, nº 12, págs., 66-68; BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “En torno a la naturaleza de la responsabilidad concursal...”, op. cit., págs. 346 a 348. Una cita más extensa sobre el estado de la doctrina, puede encontrarse en el último trabajo citado de BELTRÁN, págs. 353 y 353.

de calificación.³³ Esta forma de proceder ha dado lugar en el ámbito de la responsabilidad concursal a una inseguridad jurídica difícilmente tolerable, que se acrecienta, además, en relación a la posible responsabilidad de los administradores de hecho.

II.1.2 La especial significación de la indeterminación del supuesto de hecho del art. 172.3 LC en relación a la responsabilidad concursal del administrador de hecho

Las distintas opciones que se sigan en torno a la naturaleza del régimen de la responsabilidad concursal, como un supuesto de responsabilidad civil o de sanción civil, tienen en cualquier caso una importantísima repercusión en cuanto a la existencia misma de responsabilidad, la determinación de los sujetos responsables, la fijación el cuántum, o su carácter solidario o mancomunado en caso de que haya una pluralidad de responsables.

Además, en el caso concreto de que el sujeto afectado por la sentencia de calificación sea un administrador de hecho, la indeterminación del supuesto de hecho del art. 172.3 LC adquiere una significación especial, porque la resolución de alguno de los problemas que de manera particular plantea la acción de responsabilidad concursal frente a los administradores de hecho, dependerá en gran medida del posicionamiento que se adopte en torno a la naturaleza y al régimen general de la responsabilidad concursal.

Así, teniendo en cuenta que la prueba de la condición de administrador normalmente sólo podrá fundarse en indicios, podría entrarse a valorar la posible vulneración del principio de presunción de inocencia, si se concibe la responsabilidad concursal como un supuesto de sanción civil.

Igualmente, la naturaleza sancionadora de la responsabilidad concursal puede tener influencia en relación a la cuestión de la posible estimación de oficio por el juez

³³ Una buena muestra de esta tendencia a la imputación de responsabilidad concursal por la totalidad del déficit concursal la manifiesta la SJMerc nº 2 de Pontevedra de 14 de abril de 2008, que en un supuesto de ausencia total de incumplimiento de las obligaciones contables (art. 164.2.1º LC), condenó a los administradores a cubrir todo el déficit con la lacónica justificación de que *“no se encuentran datos que permitan minorar el importe de la condena solicitada”*.

concurzal de la concurrencia de la condición de administrador de hecho en algún sujeto no señalado como tal en el informe de la administración concurzal o en el dictamen del Ministerio Fiscal y en un sentido similar, en relación a la legitimación de los acreedores concursales para ejercitar la acción de responsabilidad concurzal contra un administrador de hecho.

También la naturaleza de la responsabilidad concurzal tendrá un papel relevante en cuanto a la posible imputación de responsabilidad al administrador legal pasivo en concurrencia con el administrador de hecho y a la relación de solidaridad o mancomunidad que pueda existir entre ambas responsabilidades.

Por otra parte y partiendo ya de la consideración de la responsabilidad concurzal como un supuesto de sanción civil, la discusión sobre su carácter necesario o potestativo, influirá en la posibilidad de que la misma no resulte impuesta al administrador de hecho que, aun viéndose afectado por la sentencia de calificación del concurso como culpable, no hubiera actuado con dolo o culpa grave en relación al acto que ha motivado dicha calificación, lo que puede acontecer por ejemplo, cuando la causa de calificación del concurso fuera el incumplimiento de algún deber legal, que estuviera realmente delegado en el administrador legal.

Igualmente, la fijación de los criterios que deben tomarse en consideración para la determinación del quantum de la responsabilidad concurzal, tiene trascendencia en la cuestión de si la responsabilidad concurrente del administrador de hecho y del administrador formal pasivo por el déficit concurzal debe establecerse en términos idénticos o diferentes. También debe plantearse si entre dichos criterios, debe tenerse en cuenta como circunstancia agravante de la sanción la propia estrategia de ocultamiento de la condición real de administrador llevada a cabo por el administrador de hecho.

El haz de problemas apenas planteados, obliga a tomar partido sobre cuestiones atinentes al régimen general de la responsabilidad concurzal.

II. 2 LA NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL

II.2.1 La inconsistencia de la tesis indemnizatoria de la responsabilidad concursal

Entendida la responsabilidad concursal como un supuesto de responsabilidad civil, los administradores de hecho afectados por la sentencia de calificación sólo serían responsables ex art. 172.3 LC en la medida y en la cuantía en la que su conducta hubiera sido la causa de un daño en el patrimonio social del deudor que contribuyera a la generación o agravación del estado de insolvencia.

De este modo, a la calificación del concurso como culpable, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 164 y 165 LC, no se colegiría como una consecuencia inescindible la obligación de los administradores de hecho afectados por la calificación de responder ex art. 172.3 LC, ya que es posible que la conducta que ha motivado la calificación del concurso como culpable no hubiera sido la causante en modo alguno de la generación o agravación del estado de insolvencia.³⁴ Alguno de los supuestos que están tipificados en el art. 164.2 o que dan lugar a la presunción “*iuris tantum*” del art. 165 LC, por su propia naturaleza, al referirse al incumplimiento de deberes inherentes al propio procedimiento concursal, no pueden ser causa de la generación o agravación del estado de insolvencia.³⁵ Otros de los supuestos contemplados en los arts. 164.2 y 165 LC sólo pueden dar lugar a un daño difuso en el patrimonio social del deudor, que no cumpliría con el requisito de la existencia de una relación de causalidad directa entre una conducta y un daño que exigen los postulados de la responsabilidad civil.³⁶

³⁴ Así lo han puesto de manifiesto los ya citados autos de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) de 30 de marzo de 2006 y 27 de septiembre de 2007, según los cuales sólo cuando el concurso haya sido calificado como culpable de conformidad con la cláusula general del art. 164.1, “*la conducta merecedora de la calificación culpable del concurso lo será también de la responsabilidad del administrador para pagar todo o parte de los créditos concursales. Sin embargo ello no siempre ocurrirá cuando se acuda a los otros dos criterios para justificar la calificación culpable (164.2 y 165), pues es muy probable que la conducta tipificada no haya incidido, ni por su propia naturaleza pueda incidir, en la generación o agravación de la insolvencia.*”

³⁵ Tal es el caso de la hipótesis contemplada en el art. 164.1.3º., que prevé que el concurso se califique como culpable en caso de apertura de la fase de liquidación acordada de oficio por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado, o del supuesto del art. 165.2 que establece una presunción de dolo o culpa grave en caso de incumplimiento del deber de colaboración con el juez del concurso y con la administración concursal y en concreto, por no haber facilitado la información necesaria o conveniente para el interés del concurso o no haber asistido, por sí o por medio de apoderado, a la junta de acreedores.

³⁶ Es lo que ocurre en los casos en los que el concurso se califique como culpable por incumplimiento sustancial de los deberes contables (art. 164.2.1º) o por inexactitud o falsedad de los documentos presentados durante la tramitación del concurso (art. 164.2.2º) o con arreglo a las presunciones de dolo o

La tesis que atribuye naturaleza indemnizatoria a la responsabilidad concursal está fundada en el empleo por el art. 172.3 LC del término la “la sentencia *podrá* condenar..” y en la referencia a la obligación de pagar “*total o parcialmente*” el importe de los créditos no satisfechos. Según los partidarios de esta interpretación, la utilización del verbo poder en el supuesto de hecho del artículo, no puede más que significar que los administradores o liquidadores afectados por la sentencia de calificación sólo serán responsables ex art. 172.3 LC, cuando su conducta haya sido causa directa de la generación o agravación del estado de insolvencia y la referencia a la obligación de pagar la totalidad o parte del déficit concursal, implica que el “quantum” de esta responsabilidad se restringe al daño que efectivamente haya causado tal conducta.³⁷

Así, la Audiencia Provincia de Barcelona (Sección 15ª) en la sentencia de 19 de marzo de 2007 (RJA 2007/272870), dispone que el 172.3 LC “*es un supuesto de responsabilidad por daño y culpa..*” y “*Abunda en el argumento el tenor literal del artículo 172.3 LC que no se refiere a la imposición de una sanción automática consecuencia de la calificación del concurso culpable, sino que otorga al juez la facultad de poder condenar o no a los administradores: la sentencia podrá, además, condenar a los administradores. Luego si el juez puede condenar, también puede no condenar. Y tanto si lo hace como si no, debe acudir a un criterio, que responde al esquema de responsabilidad subjetiva por culpa*”.³⁸

culpa grave que derivan del incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso (art. 165.1º) o del incumplimiento de las obligaciones de formulación, depósito y auditoría de las cuentas anuales (165.3º).

³⁷ Vid., por todos VERDÚ CAÑETE, M. J. *La responsabilidad civil...*, op. cit., pág. 107, para quien “la referencia al pago total o parcial, puede considerarse como una invocación de los principios generales de la responsabilidad civil, en el sentido de que el juez debe modular el importe de las indemnización atendiendo a la relación de causalidad existente entre el incumplimiento y el daño”.

³⁸ A título de ejemplo, se pueden citar otras resoluciones de este mismo órgano judicial que expresan el mismo criterio, como el auto de 27 de septiembre de 2006 (RJA 2007/463), que deniega la petición de embargo cautelar de los bienes de los administradores de la sociedad concursada, previsto en el artículo 48.3 LC, por entender que la existencia de irregularidades contables graves que podrían conllevar que el concurso fuera calificado como culpable, en ningún caso motivarían la responsabilidad de los administradores en virtud del artículo 172.3, puesto que las mismas no son causa de generación, ni de agravación del estado de insolvencia. En idéntico sentido, el Auto de 30 de mayo de 2006 del mismo órgano jurisdiccional (RJA 2007/400), deniega también el embargo preventivo de los bienes de los administradores por negar que la conducta imputable a los mismos, el retraso en la solicitud del concurso, hubiera agravado el estado de insolvencia de la sociedad concursada.

Sin embargo, a nuestro juicio, no se puede justificar la naturaleza indemnizatoria de la responsabilidad concursal por la interpretación que se hace de los términos empleados por el art. 172.3 LC, puesto que los mismos términos pueden interpretarse de otro modo si se considera que la responsabilidad concursal es una sanción civil. Así, desde esta otra perspectiva, tanto la utilización del verbo poder, como la referencia a la condena a pagar total o parcialmente el déficit concursal, no vendrían a significar más que la atribución de una potestad al juzgador para decidir si procede o no la imposición de la sanción y en qué cuantía, atendiendo a la gravedad de la conducta que ha motivado la calificación del concurso como culpable, al perjuicio causado y a las circunstancias concurrentes en cada caso. Siendo así que los términos empleados por el artículo 172.3 LC admiten dos interpretaciones diversas, según la naturaleza indemnizatoria o sancionadora que se le atribuya al mismo, la literalidad del precepto no debe ser el punto de partida para determinar la naturaleza de la responsabilidad concursal, sino antes bien, un punto de destino. Es decir, la interpretación de los términos, “la sentencia *podrá*, además..” condenar a pagar “*total o parcialmente*”, empleados por el art. 172.3 LC viene condicionada por el juicio que previamente se haya hecho sobre su naturaleza jurídica y no al revés. Por lo tanto, la tesis indemnizatoria de la responsabilidad concursal debe fundarse en otros argumentos.

Entre estos otros argumentos empleados por la doctrina a favor de la tesis indemnizatoria, se ha hecho especial hincapié en la vinculación que el precepto establece entre la responsabilidad y el daño sufrido por los acreedores del concursado.³⁹ El daño, entendido como la parte de los créditos concursales (y también, pese a la dicción del precepto, de los créditos contra la masa) que no haya podido ser satisfecha en la liquidación de la masa activa, ciertamente es un presupuesto de la responsabilidad ex artículo 172.3 LC, puesto que si no existe tal daño, es decir, si no ha habido un déficit concursal, no habría tal responsabilidad por muy reprobable que fuera la conducta de los administradores. Sin embargo, consideramos que de ello no se puede inferir que el precepto haya establecido una hipótesis de responsabilidad civil, puesto que solamente dispone que el responsable deberá pagar “total o parcialmente” el daño sufrido por los acreedores del deudor como consecuencia de su insuficiencia

³⁹ Vid. por todos, VERDÚ CAÑETE, M. J., *La responsabilidad civil...*, op. cit., pág. 103 y 104.

patrimonial, pero no exige que este daño haya sido causado precisamente por la conducta del acreedor que ha motivado la calificación del concurso como culpable.

Afirmar que el artículo 172.3 LC está estableciendo esta relación de causalidad entre la conducta del administrador que ha motivado la calificación del concurso como culpable y el daño por el que deba responder es, a nuestro juicio, dar un salto al vacío.⁴⁰ Una cosa es admitir que sin daño no haya responsabilidad ex art. 172.3 LC y otra cosa bien distinta es entender que el artículo 172.3 está estableciendo que sólo deba responder el administrador afectado por la calificación del concurso por el daño que él haya causado en el patrimonio social del deudor.⁴¹

Pero, sin lugar a dudas, de todos los argumentos que se pueden esgrimir en contra de la consideración de la responsabilidad concursal del artículo 172.3 LC como un supuesto de responsabilidad civil, el que tiene mayor peso específico es el de la incoherencia que supone la instauración de un régimen de responsabilidad civil absolutamente superfluo, pues nada añadiría el artículo 172.3 LC así entendido, a la denominada acción social de responsabilidad civil de los administradores por los daños causados a la sociedad concursada e, indirectamente a sus acreedores, establecido en el artículo 134 de la LSA, cuya compatibilidad con la responsabilidades específicas la ley concursal está expresamente reconocida en el artículo 48.2 LC.⁴²

⁴⁰ Estamos plenamente de acuerdo con la con la SJMer de Madrid de 16 de enero de 2007 (AC 2007/857), cuando dispone que *“en el texto del precepto (art. 172.3 LC) no se encuentra alusión alguna al nexo causal que se constituye como uno de los elementos esenciales en tal clase de responsabilidad (civil)”* y con la SAP de Madrid (Sección 28ª) de 5 de febrero de 2008, que en términos similares dispone que en el art. 172.3 LC *“no prevé la indemnización del daño causado por la conducta del sujeto al que se atribuye la responsabilidad. No hay mención alguna a la exigencia de causalidad entre una conducta y un daño, sino una previsión legal de responsabilidad por deudas ajenas (las de la sociedad de la que es administrador o liquidador)”*.

⁴¹ En un sentido similar, GARCÍA CRUCES, J. A., *La calificación...*, cit. pág. 184, señala que *“en la responsabilidad concursal ese origen o empeoramiento de la insolvencia es un mero presupuesto que, con independencia de su significado como daño a la sociedad concursada, permite atender a una finalidad distinta, como es el de sancionar la conducta seguida por los administradores procurando un mecanismo de cobertura al fallido concursal”*. De manera análoga, BELTRÁN, E., *“En torno a la naturaleza de la responsabilidad contractual”*, op. cit., pág. 354, considera que aunque el sistema instaurado por el art. 172.3 busque, en sentido amplio, una reparación del perjuicio que la insolvencia ha causado en los acreedores, la técnica seguida para ello no ha sido la de la responsabilidad por daños, *“El sistema legal, no consiste, en efecto, en la imposición a los administradores de una responsabilidad por los daños derivados de la generación o agravación de la insolvencia que conduce a la calificación del concurso como culpable, sino en condenarles, como efecto de esa conducta, a satisfacer, total o parcialmente, el importe de los créditos que no puedan ser pagados en el concurso”*.

⁴² La crítica a la admisión de una duplicidad de regímenes con la misma finalidad es efectuada entre otros por GARCÍA CRUCES, J. A., *La calificación del concurso*, op. cit., págs. 184 y 185 y HERRERA PETRUS, C., *“El crédito contra los administradores...”*, op. cit., pág. 485.

El carácter superfluo de la responsabilidad prevista en el artículo 172.3 LC entendida como un supuesto de responsabilidad civil, es aún más evidente si se tiene en cuenta que el artículo 172.2.3º de la Ley Concursal ya ha previsto expresamente en sede concursal y como una consecuencia automática de la calificación del concurso como culpable, la condena a los administradores afectados por la calificación y a las personas declaradas cómplices a indemnizar los daños y perjuicios causados, al disponer que la sentencia que califique el concurso como culpable, contendrá el pronunciamiento relativo a la condena a las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices “..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*”. No es posible que en el mismo artículo 172 de la Ley Concursal se esté estableciendo por dos veces un mismo supuesto de responsabilidad civil.⁴³

⁴³ A este respecto, se ha tratado de justificar la naturaleza indemnizatoria del artículo 172.3 LC, restringiendo el ámbito de aplicación del artículo 172.2.3º LC. Según este argumento, el artículo 172.2.3º no estaría estableciendo un régimen de responsabilidad civil por el daño consistente en la generación o agravación del estado de insolvencia, sino que su alcance sería mucho más limitado, se limitaría exclusivamente a la indemnización de los daños ocasionados como consecuencia de la indebida detracción de bienes o derechos de la masa, que se han debido restituir por los administradores (intereses de la suma dineraria indebidamente percibida por los administradores, daños o deterioros experimentados en los bienes detráídos e incluso la ganancia dejada de obtener a consecuencia de dicha detracción). Esta interpretación limitativa de la extensión de la obligación de indemnizar los daños causados prevista en el artículo 172.2.3 LC, se funda en el hecho de que en el referido precepto, la condena a indemnizar los daños y perjuicios causados, se sitúa inmediatamente a continuación de la condena a devolver los bienes o derechos indebidamente percibidos del patrimonio del deudor o los recibidos de la masa activa, lo que denotaría una voluntad del legislador de restringir el ámbito de los daños indemnizables sólo a los que estuvieran conectados causalmente con la detracción indebida de bienes o derechos de la masa que el mismo precepto obliga a reintegrar. El argumento es empleado por la SJMerc nº 1 de A Coruña de 20 de junio de 2006 (AC 2007/203), según la cual “*la expresión legal así como a indemnizar los daños y perjuicios causados, a continuación de la relativa a la condena a devolver los bienes o derechos indebidamente percibidos del patrimonio del deudor o los recibidos de la masa activa, restringe significativamente el alcance de esta condena. Ha de entenderse limitada a los daños y perjuicios que las personas afectadas por la calificación o el cómplice hubiese causado a la masa activa, como consecuencia de los actos de disposición patrimonial previos al concurso, o de la detracción de bienes o derechos de la masa*”. Siguen este argumento en la doctrina RONCERO SÁNCHEZ, A, “Naturaleza y caracteres de la responsabilidad concursal de los administradores de sociedades de capital”, op. cit. pág. 9 y VERDÚ CAÑETE, M. J., *La responsabilidad civil...*, op. cit., pág. 102. Esta interpretación limitativa del ámbito de aplicación de la obligación de indemnizar los daños causados del artículo 172.2.3 LC quiebra, en la medida en que no logra dar una explicación coherente al problema del solapamiento entre la responsabilidad del artículo 172.2.3 y la responsabilidad concursal del artículo 172.3, entendida como una hipótesis de responsabilidad civil. La razón es que si la responsabilidad concursal del artículo 172.3 LC fuera una hipótesis de responsabilidad civil, abarcaría también la responsabilidad por los daños estrictamente causados por la indebida apropiación de bienes y derechos del patrimonio del deudor o de su masa activa, por cuanto que estos daños contribuyen por sí mismos a la generación o agravación del estado de insolvencia, ya que suponen una merma del patrimonio social del deudor. De este modo, el artículo cuya existencia no alcanzaría a explicarse no sería el 172.3 LC, sino el mismo artículo 172.2.3º por encontrarse su supuesto de hecho, interpretado de una manera tan restrictiva, subsumido en la más amplia responsabilidad civil que establecería el artículo 172.3. Coincidimos, con la SAP de Córdoba de 15 de

Todo ello lleva a concluir que la única explicación coherente que se puede dar de la concurrencia de la condena a los administradores afectados por la calificación del concurso a indemnizar los daños causados prevista en el artículo 172.2.3º, con la responsabilidad concursal del artículo 172.3 es entender que esta última no está instaurando otra hipótesis de responsabilidad por daños, sino una sanción civil.⁴⁴

Por otra parte, la tramitación parlamentaria de la Ley Concursal denota que el legislador concibió desde un primer momento la responsabilidad concursal ex art. 172.3 LC como una sanción que se añadía a la obligación de reparar los daños y perjuicios causados en el patrimonio social del deudor. Así lo demuestra el hecho de que se rechazaran dos enmiendas tendentes a dotar a la responsabilidad concursal de carácter indemnizatorio. La enmienda núm. 16 presentada por el Grupo Parlamentario Mixto en el Congreso de los Diputados proponía adicionar al art. 172.3 LC el siguiente párrafo *"siempre que hubiera actuado con dolo o negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones y que exista relación de causa a efecto entre los actos dolosos o negligentes y la falta de cobro por parte de los acreedores"*. En términos similares, la enmienda núm. 368 del Grupo Parlamentario Socialista pretendía que se incluyera en el art. 172.3 LC el siguiente párrafo: *"3. (...) la cuantía de la cantidad a pagar será*

julio de 2008, cuando manifiesta que *"si cohonestamos el artículo 172.3 de la Ley Concursal con los artículos 169.1 y 172.2.3º de la misma Ley, se aprecia que tales preceptos no limitan la producción de daños por los responsables de la calificación culpable a una indebida sustracción de bienes o derechos del patrimonio del deudor o de la masa activa, sino que no establece restricción alguna"*.

⁴⁴ Claramente lo explica la SJMerc Nº 4 de Barcelona de 31 de mayo de 2007 (AC 2007/204) cuando dispone *"..es indiscutible que la responsabilidad concursal es diferente de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios derivados de la conducta negligente de las personas afectadas por la calificación, responsabilidad que impone..el párrafo anterior del mismo artículo, en concreto art. 172.2.3º LC. Pero si mantenemos que el administrador sólo responde cuando su comportamiento negligente ha sido la causa de la generación o agravación de la insolvencia, esta responsabilidad concursal se confundiría con aquella otra obligación de resarcimiento a la masa del concurso que la Ley también impone. Parece lógico entender que hay que buscar un título de imputación de esa responsabilidad diferente en ambos casos"*. En el mismo sentido, más recientemente la SAP de Madrid (Sección 28º) de 5 de febrero de 2008, establece que *"Carece de sentido, pues, que la responsabilidad del art. 172.3 LC sea de la misma naturaleza, resarcitoria, que la del art. 172.2.3º de la Ley Concursal, pues entonces aquélla sería superflua, redundante e innecesaria"*. En términos parecidos, la SJMerc nº 1 de Madrid de 16 de enero de 2007 (AC 2007/857), citando el Auto del JMERC nº 5 de Madrid, distinguiendo entre la función de ambas responsabilidades, dispone que *"si en virtud de la indemnización prevista en el artículo 172.2.3º LC, la masa activa se resarce de los daños y perjuicios causados por los administradores, la denominada responsabilidad concursal se impone no para resarcir los daños y perjuicios causados, que ya han sido indemnizados, sino como una sanción que la Ley reserva al supuesto que estima de mayor reproche como es la liquidación con insuficiencia patrimonial para satisfacer íntegramente a los acreedores"*.

*proporcional al daño causado por quienes hubieran producido o agravado el estado de insolvencia”.*⁴⁵

Por lo tanto, ni la literalidad del art. 172.3 LC, ni los trabajos preparatorios del mismo, ni su finalidad, ni la coherencia interna con lo dispuesto en el art. 172.2.3º, justifican que se le atribuya a la responsabilidad concursal instaurada en el mismo naturaleza indemnizatoria.⁴⁶ Entendemos que este esfuerzo doctrinal y jurisprudencial por considerar la responsabilidad concursal como un supuesto de responsabilidad civil, no tiene más sentido que el de evitar hacer un juicio sobre la procedencia de imponer la responsabilidad del art. 172.3 LC y la graduación de su cuantía, que esté fundado en la gravedad de la conducta de los administradores o liquidadores afectados por la calificación, como exige la norma. Se insiste en que para evitar la arbitrariedad del juez del concurso deben establecerse unos criterios que reporten seguridad en la cuantificación de la responsabilidad concursal y tales criterios no pueden ser otros que los presupuestos de la responsabilidad por daños.⁴⁷

De este modo, la responsabilidad concursal se califica como un supuesto de responsabilidad civil, no tanto por el convencimiento de que en el precepto subyacen los postulados dogmáticos de una responsabilidad por daños, sino como un instrumento para huir de la inseguridad jurídica y la posible arbitrariedad que se deriva de la falta de determinación legal de las hipótesis en las que procede imponer la sanción y de la cuantía de la misma. La calificación de la responsabilidad ex artículo 172.3 LC como

⁴⁵ A estos trámites parlamentarios alude expresamente la SJMerc nº 1 de Madrid de 16 de enero de 2007.

⁴⁶ Nos parece en cambio menos consistente como argumento para justificar el carácter sancionador y no indemnizatorio de la responsabilidad concursal ex art. 172.3 LC, la relación sistemática del mismo con el art. 48.3 LC, que simplemente requiere para que proceda el embargo preventivo de bienes de los administradores al efecto de asegurar el cumplimiento de la posible condena de los administradores a pagar el importe total o parcial del déficit concursal, que de lo actuado en el procedimiento 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, sin exigirse además que resulte probable la existencia de una relación de causalidad entre la conducta del administrador que ha motivado la calificación del concurso como culpable y la generación o agravación del estado de insolvencia. El argumento, que ha sido empleado por la SAP de Madrid (Sección 28º) de 5 de febrero de 2008, tiene una validez relativa puesto que como ya pusiera de manifiesto, correctamente en este sentido, el auto de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de marzo de 2006, el artículo 48.3 de la LC como medida preventiva que es, tiene un carácter instrumental o auxiliar respecto del artículo 172.3 de la LC y, por lo tanto, es aquél el que tiene que ser interpretado en función del sentido que se le atribuya a la responsabilidad concursal del artículo 172.3 y no al revés. En este mismo sentido ha dispuesto BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “En torno a la naturaleza de la responsabilidad concursal”, op. citl, pág. 359, que este argumento “no puede considerarse fuerte en la medida en que la norma instrumental no tiene por qué reiterar todos los presupuestos de la norma principal”.

⁴⁷ Vid. VERDÚ CAÑETE, M. J., *La responsabilidad civil...*, op. cit., pág. 107.

responsabilidad civil, no representa más que una huída de la inseguridad de un régimen sancionador, que en cuanto tal, no está bien construido por el legislador, hacia la mayor seguridad de una responsabilidad por daños.⁴⁸ Con este modo de proceder se está obviando la auténtica finalidad del precepto que es reprimir y prevenir conductas ilícitas de los administradores, dolosas o gravemente culposas, relacionadas con la generación de un concurso de acreedores. Esta finalidad represora implica que la responsabilidad concursal debe conllevar, cuando proceda, la condena a pagar una cantidad mayor de la que se derive del daño directamente causado por la conducta de los administradores, máxime cuando este deber de indemnizar ya procede con arreglo a otros títulos previstos en el ordenamiento, como el artículo 134 de la LSA o el art. 172.2.3º LC.

Ciertamente, hay que fijar criterios que reporten seguridad jurídica en relación a los supuestos en los que procede la imputación de la sanción y a la cuantificación de la misma, pero esta seguridad jurídica debe alcanzarse de acuerdo con los principios y postulados propios de la lógica sancionadora y no travistiendo la naturaleza sancionadora subyacente al artículo 172.3 LC en un supuesto de responsabilidad por daños.

II.2.2. La responsabilidad concursal como un supuesto de sanción civil

La responsabilidad concursal de los administradores, entendida como un supuesto de sanción civil tiene un a doble finalidad. Por un lado, responde a la finalidad de represión y prevención de conductas ilícitas de los administradores o liquidadores, dolosas o gravemente culposas, producidas con anterioridad a la generación de un concurso de acreedores o durante la tramitación del mismo.⁴⁹ Esta función preventiva y represora es la que justifica que deban responder por un montante que puede ser superior al daño efectivamente causado por la conducta sancionable o que respondan incluso cuando la conducta que ha motivado la calificación del concurso como culpable

⁴⁸ A la misma conclusión llega ALCOVER GARAU, G., “Aproximación a la naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal de los administradores de las sociedades de capital”, op. cit., pág. 1, cuando señala que “Esta discrecionalidad y esta falta de criterios determinan que la norma deba ser objeto de crítica y, desde esta perspectiva, no debe extrañar —es más, es lógico— que haya relevantes autores que hayan defendido que la norma regula una responsabilidad de tipo indemnizatorio: al hacer tal afirmación, afloran unos criterios, los de la responsabilidad por culpa, que eliminan la discrecionalidad.”

⁴⁹ A un “deseo de moralización de las conductas de los acreedores” se refiere GARCÍA CRUCES, J. A., en *La calificación del concurso*, Navarra, 2004, pág. 187.

no haya causado daño alguno en el patrimonio del deudor que haya contribuido a la generación o agravación del estado de insolvencia. Esta función represora, no impide que, por otra parte, la responsabilidad concursal esté orientada también a permitir una mayor satisfacción de los acreedores concursales.⁵⁰

Nuestro ordenamiento ha establecido de forma ocasional algunos supuestos de sanción civil, como el recargo de las prestaciones a las que tiene derecho un trabajador en caso de accidente laboral, que tenga su causa en el incumplimiento de normas sobre seguridad e higiene en el trabajo, previsto en el artículo 123 del TRLGSS y, en el ámbito estrictamente societario, la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales en caso de incumplimiento de su obligación legal de proceder a la disolución, prevista en los artículos 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas y 105.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.⁵¹

A diferencia de cuanto ocurre en estas otras hipótesis de sanciones civiles, en las que tanto el supuesto de hecho como el método de cuantificación de la sanción están bien definidos por el legislador, la responsabilidad concursal, tal y como ha sido prevista en el art. 172.3 LC, atribuye al intérprete un amplio margen de valoración en la determinación de cuando procede imponerla y de la cuantía de la misma.

Como ha señalado la SJMerc nº 1 de Oviedo de 2 de junio de 2007 *“Al final la solución que se impone es que el juez del concurso, valorando la gravedad de la conducta o conductas que han dado pie a la calificación culpable del concurso, fije prudencialmente la sanción”*.

En este contexto, se hace preciso elaborar, con los escasos mimbres que aporta el art. 172.3 LC y las mejores aportaciones jurisprudenciales al respecto, un régimen de la

⁵⁰ A esta doble finalidad de la responsabilidad concursal aluden también MACHADO PLAZAS, J. *El concurso de acreedores culpable*, op. cit., pág. 177 y HERRERA PETRUS, C., “El crédito contra los administradores...”, op. cit., pág. 481.

⁵¹ También participan en cierta medida de la naturaleza de sanciones civiles aquellas normas que prevén que la cuantía de la indemnización a la que tenga derecho la víctima de un interés lesionado, se calcule a partir no sólo del daño efectivamente sufrido, sino del beneficio obtenido por el infractor, como ocurre con el artículo 9.3 de la Ley 1/1982 de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la propia imagen o con el artículo 140.2.a) del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual o el art. 42.3 de la Ley de Marcas 7/2001.

responsabilidad concursal, entendida como sanción civil, que cuanto menos establezca criterios racionales, que eviten la arbitrariedad en su aplicación, relativos a cuándo procede la imposición de la sanción, la graduación de la misma en atención a la gravedad de la conducta de los administradores afectados y la determinación de los sujetos responsables, aspectos todos ellos que tienen una especial significación en relación a la responsabilidad del administrador de hecho y a la eventual responsabilidad concurrente con la de éste del administrador formal.

II.2.3. El carácter contingente de la sanción: el significado del término “podrá”

En un intento por evitar este margen de discrecionalidad atribuido por la norma al juez, algunas resoluciones judiciales privan de significado al verbo poder utilizado en el precepto, por considerar que tiene un sentido neutro y que no es expresión de una voluntad del legislador de atribuir una auténtica facultad al juzgador para decidir sobre la imposición o no de tal condena, que vendría a ser una consecuencia automática de la calificación del concurso como culpable, siempre que la sección de calificación se hubiera formado o reabierto como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación. Así, la Sentencia del JMERC n° 1 de Madrid de 16 de enero de 2007 (AC 2007/858) dispone que *“El artículo 172.3 parece referirse a que cuando concurren los requisitos que en el mismo se plasman, la Sentencia podrá alcanzar a los administradores y liquidadores en los términos del aludido artículo. El verbo poder no se utiliza en la acepción equivalente a facultad, sino en la de potencialidad referida al texto de la sentencia”*.⁵² La SJMERC n° 2 de Pontevedra de 14 de abril de 2008 entiende que *“el principio de legalidad”* obliga a entender, a pesar del aparente carácter potestativo del pronunciamiento sobre la responsabilidad concursal para el juez, *“que si concurren los presupuestos legales habrá de pronunciarse necesariamente”*. No llegamos a comprender por qué el principio de legalidad debe imponer una interpretación que es precisamente contraria al tenor literal de la Ley.⁵³

⁵² Muy acertada nos parece la crítica que de este pronunciamiento efectúa ALCOVER GARAU, G., “Aproximación a la naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal...”, op. cit., 12 para quien, “es muy extraño que si el legislador abogará por el defendido automatismo, no sólo no lo estableciera con claridad, sino que lo derivara de la utilización del verbo «podrá» no como «facultad», sino como «potencialidad»

⁵³ En un sentido no del todo coincidente, pero también restrictivo de la facultad del juez del concurso para imponer o no la responsabilidad concursal, la SAP de Madrid (sección 28ª) de 5 de febrero de 2008 tras afirmar que en relación a la utilización del término “podrá”, *“los operadores jurídicos han vertido ríos de tinta sobre lo que parece no ser otra cosa que una cierta imprecisión en la redacción del texto del*

No podemos compartir esta interpretación que evaporiza el significado del término “podrá” empleado en el supuesto de hecho del art. 172.3 LC. Si el legislador ha utilizado este término conscientemente en el precepto, el mismo debe tener algún significado. Además, contrasta la utilización del término “podrá” en el supuesto de hecho del art. 172.3 LC, con la redacción en términos imperativos del art. 172.2 LC, en relación a la imposición del resto de consecuencias que se derivan de la declaración del concurso como culpable, según el cual “*La sentencia que califique el concurso como culpable contendrá, además, los siguientes pronunciamientos*”. Si la intención del legislador hubiera sido la de anudar automáticamente a la calificación del concurso como culpable la imposición de la responsabilidad por el déficit concursal a los administradores de hecho o de derecho afectados por la calificación, lo lógico hubiera sido que sumara dicha consecuencia, sin ninguna distinción, al resto de efectos que de modo imperativo se derivan para los mismos de la declaración del concurso como culpable.⁵⁴

Consecuentemente, el carácter contingente de la imposición de responsabilidad concursal ex art. 172.3 implica que la misma se hace depender de un juicio que realiza

precepto”, dispone que “*la expresión puede hacer perfectamente referencia (...) a la circunstancia de que no necesariamente a todo el que haya sido administrador o liquidador de la sociedad en los dos años anteriores a la declaración del concurso le será exigible tal responsabilidad, sino tan sólo a aquellos que hayan sido considerados, por su participación en la conducta determinante de la calificación de culpabilidad del concurso, como personas afectadas por tal calificación*”. También en la doctrina han señalado el automatismo en la condena ex art. 172.3 LC, MACHADO PLAZAS, J., *El concurso de acreedores culpable*, op. cit., pág. 297, según el cual, la discrecionalidad para imponer o no imponer la responsabilidad concursal es excesiva y en consecuencia “el cumplimiento de los presupuestos legales de la responsabilidad...configuran el *deber* del juez del concurso de condenar a los administradores y liquidadores conforme al artículo 172.3 LC” y HERRERA PETRUS, C. “El crédito contra los administradores...”, op. cit., pág. 484, para quien “el término podrá no significa en realidad margen de maniobra para el juez, quien, pese al sentido literal de esta expresión verbal, viene obligado a condenar si se dan los presupuestos para ello”.

⁵⁴ En la tramitación parlamentaria fue rechazada la enmienda nº 558 presentada por el Grupo Parlamentario Catalán al Ante Proyecto de Ley Concursal, que proponía una modificación del texto del art. 172.3 LC en el sentido de remarcar el automatismo de la sanción, con la justificación de que el texto proyectado contenía “*excesivos elementos de indeterminación, que en la práctica se traducirán en atribuir al Juez la espinosa decisión sobre la imposición o no de esta rigurosa sanción y, en caso de imponerla, cuantificar su alcance*”, por lo que “*o se impone la sanción, en todo caso, o la norma es un brindis al sol o, lo que aún es peor, se contravienen las más elementales exigencias de seguridad jurídica. Si se opta por la sanción, ha de hacerse con todas las consecuencias*”. Si la enmienda fue rechazada, no puede afirmarse que la utilización del verbo poder en el supuesto de hecho de la norma fuera producto de un error inconsciente o de una mera imprecisión técnica en la redacción del texto, sino que obedece a una decisión del legislador de conferir al juez del concurso la potestad para decidir si procede o no imponer la responsabilidad concursal a los administradores o liquidadores afectados por la sentencia de calificación.

el juez del concurso, tras el juicio de calificación del concurso como culpable y que, por lo tanto, permite tomar en consideración unos elementos distintos a los que han llevado a la calificación del concurso como culpable. Este análisis de las circunstancias puede llevar a concluir que la conducta de los administradores o liquidadores, aun implicando la calificación del concurso como culpable en virtud de los supuestos de los arts. 164 y 165, no es merecedora del reproche especial que supone la imposición de la responsabilidad concursal.⁵⁵ Entre las circunstancias a tener en cuenta en este juicio “ex post” de imputación de responsabilidad concursal a los administradores afectados por la sentencia de calificación, ocupa un lugar preeminente la inexistencia de dolo o culpa grave en la conducta de dichos administradores, lo cual no es contradictorio con la calificación misma del concurso como culpable, ya que como ocurre en relación a alguno de los supuestos tipificados por el art. 164.2 LC, por el juego de las presunciones “iuris et de iure”, la culpa ya viene “puesta” por el mismo supuesto legal, sin que sea posible efectuar una valoración de la conducta real de los administradores responsables en el juicio de calificación.⁵⁶

De acuerdo con lo anterior, no se debe excluir la posibilidad de que de conformidad con las circunstancias del caso concreto, no se le imponga la responsabilidad por el déficit concursal del art. 172.3 LC al administrador de hecho afectado por la calificación del concurso como culpable, lo cual puede acontecer muy

⁵⁵ Esta idea es expresada con claridad por la SAP de Granada de 14 de octubre de 2008, cuando dispone que *“el marcado carácter objetivo de esta responsabilidad que hace irrelevante el análisis de la culpa, que el precepto (164 LC) ya exige que sea grave o incluso a título de dolo, no impide, ni excluye, dado el carácter potestativo último que se reserva a la autoridad judicial, el siempre necesario juicio de valor en orden a la imputabilidad personal para justificar motivadamente, desde ese plano, la exoneración o la condena...”*.

⁵⁶ Un ejemplo de la valoración de las circunstancias del caso concreto, que permitiría no imputar responsabilidad ex art. 172.3 LC a los administradores afectados por la sentencia de calificación del concurso como culpable, lo aporta el caso resuelto por la SAP de Barcelona (Sección 15ª) de 27 de abril de 2007 (AC 2007/1697). El concurso fue calificado como culpable en virtud del art. 164.2.1º por haberse cometido irregularidades contables relevantes para la comprensión de la situación patrimonial de la empresa (en concreto se incluyeron unos gastos correspondientes a salarios y seguridad social en la cuenta de mercaderías y no en la de gastos, por lo que se generó un activo ficticio). Pese a ello, la sentencia de instancia, confirmada por la de apelación, no imputó al administrador afectado por la calificación, la responsabilidad por el déficit concursal del art. 172.3 LC, en atención a dos circunstancias concurrentes: por un lado, el error fue debido a un mal asesoramiento contable imputable a la gestoría a la que el deudor encomendó la llevanza de su contabilidad y, por otra parte, el administrador reconoció la irregularidad en el propio escrito de solicitud del concurso, lo que evidencia la ausencia de una intención dolosa. Aun cuando la sentencia referida no imputó responsabilidad concursal a los administradores por seguir la tesis indemnizatoria y no haber relación de causalidad entre su conducta y un daño al patrimonio social, bien pudo haber llegado a la misma conclusión desde la consideración de la responsabilidad concursal como un supuesto sancionador, puesto que como bien dice la misma sentencia, las circunstancias referidas *“no pueden evitar la calificación culpable, aunque sí mitigar el rigor de las consecuencias de dicha calificación”*.

especialmente en relación a los supuestos en los que la causa de calificación del concurso como culpable sea el incumplimiento de algún deber legal, como el incumplimiento sustancial de los deberes contables (art. 164.2 LC), cuando aquél logre acreditar que el cumplimiento de dicho deber había sido realmente delegado en el administrador legal.

II.3. LA FIJACIÓN DEL QUANTUM

El legislador no ha efectuado una valoración en abstracto de la gravedad de cada una de las conductas que dan lugar a la calificación del concurso como culpable y ni tan siquiera ha establecido los criterios conforme a los cuales determinar la cuantía de la sanción.⁵⁷ Ante este silencio y para evitar la arbitrariedad en la aplicación de una norma de naturaleza punitiva, el juzgador debe motivar la imposición de la condena a los administradores o liquidadores afectados por la sentencia de calificación, a pagar en todo o en una parte el déficit concursal, a partir de un juicio valorativo complejo en el que se tomen en consideración no sólo circunstancias objetivas, como la mayor o menor reprochabilidad que en abstracto merecen las distintas conductas que dan lugar a la calificación del concurso como culpable, sino también particulares del caso concreto, como el perjuicio que efectivamente se haya causado y las circunstancias concurrentes.

Con acierto, señala la SJMerc de Granada de 17 de octubre de 2006, que *“el legislador, al igual que tampoco define cuando procede imponer “total o parcialmente” esta sanción, parece dejar al criterio o arbitrio del juez la aplicación de esta sanción, una vez concurran los presupuestos arriba indicados para su aplicación, así como la determinación de su extensión, debiendo judicialmente explicarse, en cada caso (..), tanto las razones de la imposición de esta sanción facultativa, como los motivos que llevan a fijarla en una determinada extensión.”*

⁵⁷ A pesar del amplio margen de discrecionalidad que atribuye la norma al juzgador, la SAP de Madrid (Sección 28ª) de 5 de febrero de 2008 considera que el precepto no vulnera el principio de seguridad jurídica consagrado en el art. 9.3 de la CE, puesto que descartado el carácter penal o administrativo sancionador del art. 172.3 LC, se excluye el mayor rigor en su tipificación y exigencia derivados de las garantías específicas previstas para estos supuestos en los arts. 24 y 9.3 de la CE.

El primer elemento a tomar en consideración en la determinación del quantum de la sanción es la gravedad en abstracto de la conducta que ha motivado la calificación del concurso como culpable, ya que resulta evidente que no todas las conductas de los administradores que dan lugar en abstracto a la calificación del concurso como culpable de acuerdo con los arts. 164 y 165 merecen el mismo reproche. Así lo evidencia el hecho de que alguna de estas conductas sea constitutiva de delito, mientras que otras solamente constituyen ilícitos de naturaleza civil. Sin embargo, no resultar fácil establecer con parámetros objetivos una gradación de la gravedad de las conductas que motivan la calificación del concurso como culpable, cuando el legislador no lo ha hecho.⁵⁸ En atención al reproche penal que merecen alguno de los supuestos descritos en los arts. 164 y 165 LC, en el lugar más alto de una hipotética escala que midiera la gravedad en abstracto de las conductas que motivan la calificación del concurso como culpable, se encontrarían aquellas que constituyen acciones delictivas. Entre ellas, la generación o agravación dolosa del estado de insolvencia, que es constitutiva del tipo de insolvencia punible previsto en el art. 260 del CP.⁵⁹

También debe valorarse el grado de intencionalidad en la realización de las conductas que han motivado la calificación del concurso como culpable. Este criterio resulta de gran trascendencia en orden a la determinación del quantum de la

⁵⁸ Un intento al respecto ha hecho la SJMerc nº 1 de Oviedo de 2 de junio de 2007, que ordena las conductas descritas en los arts. 164 y 165 LC en tres categorías, a saber: “a) En un primer grupo se situarían aquellas conductas de gravedad extrema, como la llevanza de doble contabilidad, la inexactitud grave o la falsedad en la documental aportada al concurso, el alzamiento de bienes, los actos que retrasen, dificulten o impidan la eficacia de un embargo, la salida fraudulenta de bienes o los actos de simulación. En estos supuestos entiendo que la condena debería fijarse entre un 75 % y un 100 % del desbalance patrimonial, incluidos los créditos contra la masa. b) En un segundo grupo situaría el incumplimiento sustancial de la obligación de llevanza de contabilidad, la irregularidad relevante contable, la apertura de la fase de liquidación por incumplimiento del convenio por causa imputable al concursado y los supuestos relativos a las cuentas anuales del art. 165.3º. En estas hipótesis el porcentaje de condena oscilaría entre un 30 y un 75 %. c) En un último grupo quedarían situadas el incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso, el incumplimiento del deber de colaboración e información y la falta de asistencia a la Junta de acreedores, supuestos en los que la condena no debería superar el 30 %”.

⁵⁹ También alguna de las conductas tipificadas en el art. 164.2 LC puede dar lugar a responsabilidades penales: - El alzamiento de bienes y la realización de actos tendentes a dilatar, dificultar o impedir la eficacia de un embargo (art. 164.2.4º LC), conducta tipificada en el art. 257 del CP. -En algunos casos, las irregularidades contables sustanciales (art. 164.2.1º LC), que pueden ser constitutivas del delito previsto en el art. 261 del CP, si consistieran en la presentación a sabiendas de datos falsos relativos al estado contable, con el objetivo de lograr indebidamente la declaración de concurso, o al delito tipificado en el art. 290 del CP, si consistieran en un falseamiento doloso de la situación económica o jurídica de la entidad, idóneo para causar un perjuicio económico a la misma o a los acreedores. -También puede ser delictiva, la falsedad de los documentos aportados al concurso (art. 164.2.2º LC), que siendo dolosa, da lugar al delito de falsificación de documentos privados aportados a juicio previsto en el art. 396 del CP.

responsabilidad del administrador formal, cuando la calificación del concurso como culpable se haya efectuado de conformidad con la cláusula general del art. 164.1 LC, ya que por hipótesis se debe descartar que un comportamiento doloso del mismo haya sido la causa de la generación o agravación del estado de insolvencia y su responsabilidad sólo puede derivar de una negligencia grave por omisión de los deberes de control sobre la marcha de los asuntos sociales, que como administrador formal le compete.

Por aplicación analógica de lo que dispone el art. 172.2.2º LC, en relación a la modulación entre dos y quince años de la condena a la inhabilitación para ejercer funciones de representante o administrador, en la cuantificación de la responsabilidad concursal ex art. 172.3 también se debe atender a la entidad del perjuicio causado, lo que además es expresión del principio de proporcionalidad en la aplicación de una norma sancionadora. Conviene recordar que no todos los supuestos tipificados en los arts. 164.2 y 165 LC pueden ser por su propia naturaleza causa directa de un perjuicio patrimonial que contribuya a la generación o agravación del estado de insolvencia. Si la cuantificación de la responsabilidad concursal se hiciera depender sólo del perjuicio patrimonial directo causado por la conducta de los administradores o liquidadores afectados por la calificación, se estarían reintroduciendo en sede de cuantificación de la sanción, postulados propiamente resarcitorios. Por eso la valoración del perjuicio causado tiene que hacerse desde una perspectiva más amplia que no identifique este perjuicio con el daño directamente causado por la conducta de los administradores y liquidadores en el patrimonio social del concursado, sino que tome en consideración la razón que ha llevado a tipificar cada uno de los supuestos previstos en los artss. 164.2 y 165 LC como causa de calificación culpable del concurso.⁶⁰

⁶⁰ Por lo que respecta al incumplimiento de deberes que sólo de manera indirecta o difusa pueden contribuir a la generación o agravación del estado de insolvencia, como es el caso de la comisión de irregularidades contables relevantes (art. 164.2.1º LC) o del incumplimiento del deber de solicitar la declaración del concurso (art. 165.1) o de los deberes de formulación, auditoría o depósito de las cuentas anuales (art. 165.3), la entidad del perjuicio debe valorarse atendiendo a la incidencia que de manera potencial o indirecta ha tenido dicha conducta en la generación o agravación del estado de insolvencia, lo que dependerá del volumen de las obligaciones que se hayan asumido con posterioridad al incumplimiento de tales deberes. Las conductas tipificadas relativas al incumplimiento de deberes de colaboración en el procedimiento concursal, como es el caso de la presentación de documentos falsos o inexactos (art. 164.1.2º), de la no facilitación de la información necesaria o suficiente para el interés del concurso o de la no asistencia a la junta de acreedores (art. 165.2), no pueden ser causa ni tan siquiera indirecta de la generación o agravación del estado de insolvencia, por lo que el perjuicio causado con el incumplimiento de dichos deberes, debe valorarse atendiendo al modo en que han podido obstaculizar el desempeño de las tareas propias de la administración concursal y del juez del concurso, siendo tanto más graves estas conductas cuando además fueran susceptibles de haber causado un perjuicio a los acreedores

Dado el amplio margen de discrecionalidad concedido por el art. 172.3 LC al juez del concurso en la imposición de la sanción en que consiste la responsabilidad concursal es posible, que el mismo tome en consideración no sólo la gravedad de los hechos y la entidad del perjuicio causado (como exige el art. 172.2.2º para la modulación de la inhabilitación entre dos y quince años para ejercer funciones de administración o representación), sino que además pueda ponderar otras circunstancias concurrentes en cada caso concreto, que aproximen el juicio de imputación de responsabilidad a un juicio de equidad.

Así el juez del concurso podría ponderar la sanción ex art. 172.3 LC con el resto de los pronunciamientos de condena que haya de contener la sentencia de calificación en virtud del art. 172.2 y en especial, con la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados.⁶¹ Por otra parte, si la sanción ha de consistir en un porcentaje del déficit concursal en su determinación se puede tener en cuenta el propio montante estimado de este déficit concursal. Incluso de manera similar a cuanto prevé el art. 260.2 del CP para la determinación de la pena en caso de provocación dolosa del delito, se podría tomar en consideración el número y la condición económica de los acreedores. En orden a evitar un posible enriquecimiento injustificado de los administradores o liquidadores afectados por la liquidación, se deberían tomar en consideración también el posible beneficio personal que hayan podido obtener como consecuencia de las conductas ilícitas que han motivado la calificación del concurso como culpable, pues es intrínseco a la propia naturaleza de las sanciones civiles evitar el enriquecimiento injustificado que se produce cuando el beneficio obtenido de un ilícito es superior al daño que se debe indemnizar.

Especial importancia en el ámbito de la responsabilidad concursal del administrador de hecho tiene la valoración del especial reproche que merece la conducta fraudulenta de quien se parapeta tras un administrador formal, normalmente insolvente, para eludir su propia responsabilidad como administrador. Si como venimos

en el procedimiento concursal, como ocurre en el supuesto en el se hayan omitido bienes en el inventario que en virtud del art. 6.3 LC debe acompañar la solicitud de declaración de concurso por el deudor.

⁶¹ También ha considerado que la condena a indemnizar daños y perjuicios derivada de cualquier otro sistema de responsabilidad, que recae sobre los administradores y liquidadores afectados es una circunstancia a tener en cuenta en la cuantificación de la responsabilidad concursal, BELTRÁN, E., “En torno a la naturaleza de la responsabilidad concursa..”, op. cit., pág. 367.

sosteniendo, la responsabilidad concursal es una sanción y no un supuesto de responsabilidad civil, el quantum de la misma dependerá del reproche que merezca la conducta del administrador afectado por la sentencia de calificación y en el juicio de reprochabilidad puede incidir como agravante la estrategia de ocultamiento de la propia condición de administrador.

II.4. SOLIDARIDAD O MANCOMUNIDAD DE RESPONSABILIDADES

Según dispone el art. 172.3 LC la responsabilidad concursal recaerá sobre *“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”*.

La consideración de la responsabilidad concursal como un supuesto de sanción civil impide una imputación genérica, similar a la que establece el art. 133 LSA respecto de la responsabilidad de los administradores sociales, a todas las personas que hayan tenido la condición de administradores o liquidadores de derecho o de hecho en los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso. De conformidad con la naturaleza punitiva de la responsabilidad concursal, la imputación de responsabilidad debe ser individual, valorándose caso por caso la conducta de cada uno de los administradores o liquidadores, lo que implica, desde luego, que quedan exentos de responsabilidad los administradores o liquidadores de hecho o de derecho que no hayan sido afectados por la sentencia de calificación,⁶² lo que por otra parte, se deduce sin complejidad de la ubicación sistemática de la responsabilidad concursal en el art. 172, que en su apartado 2 párrafo 1º, dispone que la sentencia que califique el concurso como culpable contendrá la determinación de las personas afectadas por la calificación.⁶³ Pero es más, una imputación individual de responsabilidad implica que siendo varios los administradores o liquidadores afectados por la sentencia de calificación, pueda ser cada uno de ellos responsables ex art. 172.3 LC en distinta medida, en atención a la reprochabilidad que merece su conducta, incluso es posible que algunos de ellos fueran

⁶² Igualmente BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “En torno a la naturaleza de la responsabilidad concursal”, op. cit., pág. 362.

⁶³ En el mismo sentido, MACHADO PLAZAS, J., *El concurso de acreedores culpable...*, op. cit., págs. 283 y 284.

condenados y otros no, en virtud del carácter potestativo de la imputación de responsabilidad concursal.

En este sentido, no merece el mismo reproche el administrador de hecho que con su conducta activa ha generado o agravado el estado de insolvencia, que el administrador formal pasivo, que con dejación de las funciones específicas de su ámbito de competencias, ignorase la realización de dichos actos. La responsabilidad concursal del administrador formal pasivo no lo será por haber causado o agravado dolosamente el estado de insolvencia, sino por incumplimiento del deber de administración diligente.⁶⁴

Por lo que respecta a la imputación de responsabilidad concursal a varios administradores o liquidadores de hecho o de derecho, no establece el art. 172.3 LC si éstos deben responder solidaria o mancomunadamente. En ausencia de previsión legal y dadas las amplias facultades discrecionales que se conceden al juez del concurso en la imputación de la responsabilidad concursal, nada obsta a que el juez atendiendo a las circunstancias de cada caso decida. Parece adecuado que cuando la responsabilidad concursal de los administradores o liquidadores de derecho o de hecho proceda de la misma causa y no sea posible establecer distintos grados de responsabilidad en atención a la diferente conducta de cada uno de ellos, la responsabilidad se imponga de manera solidaria. Por el contrario, siguiendo a la SJMerc nº 3 de Barcelona de 5 de octubre de 2007, cuando sea posible deslindar áreas de competencia, funciones o grados de responsabilidad entre los declarados culpables, es más adecuado que la responsabilidad responda a criterios de mancomunidad.

⁶⁴ Un buen ejemplo, del distinto grado de responsabilidad del administrador activo y del pasivo, lo constituye la SJMerc de Granada de 17 de octubre de 2006, que condenó a uno de los administradores afectados por la calificación del concurso como culpable por la totalidad del déficit concursal, en atención a su actuación, dirigida, a la obtención de préstamos dinerarios para la sociedad concursada, no contabilizados, y distraídos posteriormente hacia activos ajenos a la concursada, huyendo después, mientras que el otro administrador, que no ejercía el control efectivo de la sociedad y sólo tuvo una conducta omisiva, solamente fue condenado a cubrir el 25 % del déficit concursal. Por el contrario, resulta censurable en este punto la SJMerc de A Coruña de 20 de junio de 2006 (AC 2007/73), que amparándose en el art. 133 de la LSA, que la sentencia elevó a la categoría de criterio general en la imputación de responsabilidad a los administradores sociales, condenó solidariamente ex art. 172.3 LC a los dos administradores de la sociedad concursada, a pesar de que uno de ellos, según reconoce la propia sentencia, no tuvo una intervención activa en los hechos que dieron lugar a la calificación del concurso como culpable —el pago anticipado a determinados acreedores, cuando ya se había evidenciado la situación de insolvencia—, sino que simplemente no probó que desconociera tales pagos verificados por el otro administrador.

Sentado este criterio, en caso de concurrencia de responsabilidad del administrador de hecho con la del administrador formal, dado que el grado de responsabilidad de cada uno de ellos será normalmente distinto en atención a la diferente conducta desempeñada, activa en un caso, pasiva en otro, la responsabilidad se debe imponer de forma mancomunada.

PARTE TERCERA. LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CONCURSAL CONTRA EL ADMINISTRADOR DE HECHO

III. 1 ELEMENTOS DE VALORACIÓN EN EL JUICIO DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD CONCURSAL AL ADMINISTRADOR DE HECHO

De conformidad a lo hasta ahora expuesto, la imputación de responsabilidad concursal al administrador de hecho dependerá de la concurrencia de una serie de presupuestos muy variados. En primer lugar, resulta preciso acreditar la concurrencia de la condición de administrador de hecho en una persona distinta de la que formalmente aparece como administrador legal. Por otra parte, es necesario que el concurso se haya calificado como culpable de conformidad con alguno de los supuestos previstos en los arts. 164 y 165 LC y además que la conducta que ha motivado tal calificación sea imputable al administrador de hecho. Deben darse en el caso concreto también, los demás presupuestos objetivos que requiere el art. 172.3 LC para la imposición de la responsabilidad concursal: que la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, lo que excluye la responsabilidad concursal cuando el concurso haya finalizado con el cumplimiento del convenio y, lógicamente, que tras la liquidación de la masa activa exista un déficit o fallido concursal.

Cumplidos todos estos presupuestos, si se considera que la responsabilidad concursal es un supuesto de responsabilidad civil, será preciso además que exista una relación de causalidad entre la conducta del administrador de hecho que ha dado lugar a la calificación del concurso como culpable y la generación o agravación del estado de insolvencia, extendiéndose la responsabilidad únicamente al daño que de manera directa

haya causado esta conducta en el patrimonio social del deudor concursado. Si por el contrario, se estima, como aquí se ha hecho, que la responsabilidad concursal es una hipótesis de sanción civil, la imputación de la misma y su cuantía no dependerá del daño que efectivamente haya causado el administrador de hecho en el patrimonio social del deudor concursado con la conducta que ha motivado la calificación del concurso como culpable, sino de la gravedad de la misma. Además, considerando la responsabilidad concursal como un supuesto de sanción civil, la imputación de la misma al administrador de hecho no es una consecuencia que se anude automáticamente a la calificación del concurso como culpable, sino que de conformidad con la literalidad del art. 172.3 LC, dicha responsabilidad “podrá” imponerse, sin que el precepto establezca con arreglo a qué criterios se debe valorar si procede o no tal sanción. Por último, los administradores de hecho podrán ser condenados a pagar “*total o parcialmente*”, el déficit concursal, sin que tampoco se establezca cuándo la condena debe ser al pago total y cuándo al pago parcial, ni en este último caso cuáles son los parámetros conforme a los cuáles fijar el quantum.

Como puede observarse, la diferencia entre el todo o la nada, es decir, entre la condena al administrador de hecho a pagar a los acreedores concursales la totalidad de los créditos que no hubieran sido satisfechos tras la liquidación de la masa activa y la no imposición en absoluto de responsabilidad concursal, depende no sólo de la verificación de todos los presupuestos subjetivos y objetivos de la responsabilidad concursal, sino del posicionamiento dogmático que se adopte en relación a ciertas cuestiones relativas a la inteligencia del art. 172.3 LC y a su naturaleza jurídica. En la parte segunda de este trabajo, se ha puesto de manifiesto cuál es la opción más coherente en torno a estas cuestiones problemáticas: la responsabilidad concursal es un supuesto de sanción civil, cuya aplicación no se anuda automáticamente a la calificación del concurso como culpable, sino que depende de un juicio ulterior sobre la conducta de los administradores de hecho afectados, en el que se tomen en consideración circunstancias del caso concreto que no son tenidas en cuenta en el más aséptico juicio de calificación y en la fijación del quantum de esta responsabilidad concursal se deberá tener en cuenta la gravedad en abstracto de la conducta del administrador de hecho que ha dado lugar a la calificación del concurso como culpable, el grado de intencionalidad en la realización de dicha conducta, el perjuicio realmente causado y otras circunstancias concurrentes,

entre las cuales, siendo el responsable un administrador de hecho, destaca la estrategia de ocultación de la condición de administrador con fines fraudulentos.

Esta toma de partido sobre la interpretación de la responsabilidad instaurada por el art. 172.3 LC y su naturaleza jurídica, tiene también consecuencias en relación a los problemas particulares que plantea la acción de responsabilidad concursal contra el administrador de hecho, que se analizan en esta parte tercera.

III.2. EL EMBARGO PREVENTIVO DE BIENES DEL ADMINISTRADOR DE HECHO

Prevé el art. 48.3 LC que “Desde la declaración del concurso de una 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.”

El embargo preventivo de los bienes del administrador de derecho o de hecho es una piedra angular en el sistema de responsabilidad concursal ex art. 172.3 LC, no sólo porque evita el riesgo natural de ineficacia de una sentencia de condena a pagar todo o parte del déficit concursal por despatrimonialización voluntaria durante el transcurso del procedimiento concursal del administrador de hecho o derecho que pueda resultar afectado por la sentencia de calificación, sino porque además es el instrumento previsto para atribuir preferencia al crédito nacido de la responsabilidad concursal, frente a los que nazcan de las acciones de responsabilidad individual, social o por no disolución, ejercitadas extraconcursoalmente frente a los mismos administradores tras la declaración del concurso. Todas estas acciones de responsabilidad de los

administradores sociales son compatibles con la acción de responsabilidad concursal,⁶⁵ siendo así que la preferencia que se atribuye a esta última frente a las demás, por medio del embargo preventivo del art. 48.3 LC, está fundada en el principio de la “par conditio creditorum”, puesto que el resultado líquido de la responsabilidad concursal revierte en la masa activa del deudor y permite la satisfacción de los créditos concursales en el mismo procedimiento concursal y, por lo tanto, con arreglo a sus criterios.⁶⁶

El “periculum in mora” es en relación al embargo preventivo del art. 48.3 LC tan evidente que el precepto ni tan siquiera alude expresamente al mismo, por lo que no se exige en sede preventiva acreditar una situación de peligro especial que impida o dificulte la efectividad de la eventual sentencia que condene a los administradores de hecho o de derecho al pago total o parcial del déficit concursal. El art. 48.3 LC solamente impone como condicionante del embargo preventivo un requisito que incide en la apariencia de buen derecho o “fumus bonis iuris”: 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.⁶⁷

En relación a la adopción del embargo preventivo ex art. 48.3 LC sobre bienes y derechos de un hipotético administrador de hecho, desde algún sector de la doctrina se ha apuntado que debido a la severidad de esta medida cautelar, que puede comportar para ese sujeto trascendentes y graves consecuencias, no cabe considerar a una

⁶⁵ No existe en la Ley Concursal precepto alguno que impida ejercer acciones no concursales frente a los administradores sociales de la sociedad concursada. Es más el art. 48.2 LC dispone en su último párrafo que “la formación de la sección de calificación no afectará a las acciones de responsabilidad que se hubieran ejercitado”, precepto que al referirse a una pluralidad de acciones, ha de entenderse que no alude únicamente a la acción social a la que se refiere en párrafos anteriores, sino a la totalidad de las acciones de responsabilidad. No obsta a esta interpretación lo dispuesto en el art. 60.2 LC, al permitir la interrupción del plazo para el ejercicio de acciones frente a los administradores concursales durante la tramitación del concurso, cuyo cómputo se iniciará de nuevo, según art. 60.3 LC, al terminar la tramitación del procedimiento concursal, puesto que la interrupción del plazo por prescripción lo único que impide es la pérdida de la acción por el transcurso del tiempo pero no el ejercicio y la posibilidad de interponer la acción. Vid. las consideraciones que al respecto efectúa el Auto de la AP de Madrid (Sección 28ª) de 13 de noviembre de 2007 (AC 2008/118).

⁶⁶ Como expresamente dispone el Auto de la AP de Madrid (Sección 28ª) de 13 de noviembre de 2007 (AC 2008/118), será cometido de la administración concursal instar el embargo preventivo del art. 48.3 LC de bienes de los eventuales administradores responsables, para evitar el riesgo de que mediante el ejercicio de acciones extraconcursoales se pretendan eludir los sacrificios que suelen corresponder a los acreedores en el concurso, acudiendo directamente al patrimonio de los administradores sociales.

⁶⁷ A mayor abundamiento, la ocultación del administrador de hecho es una circunstancia que redonda en el “periculum in mora”, de por sí consustancial a la responsabilidad concursal, por la evidente intención de eludir fraudulentamente la responsabilidad que acredita la estrategia de ocultación. Así lo ha considerado el Auto de la AP de Islas Baleares (Sección 5ª) de 10 de abril de 2007 (La Ley 146818/2007).

determinada persona como administrador de hecho de la concursada con carácter provisional a los efectos de determinar si debe o no resultar afectada por el embargo. Es decir, a diferencia de cuanto ocurre con el resto de los elementos constitutivos de la responsabilidad concursal, en sede cautelar no cabe efectuar un juicio meramente probabilístico de la concurrencia en un determinado sujeto de la condición de administrador de hecho, sino que este juicio debe ser definitivo.⁶⁸ Dicho con otras palabras, según esta posición doctrinal, para que proceda el embargo preventivo de bienes del administrador de hecho, no basta con acreditar una apariencia de buen derecho en cuanto a la condición de administrador de hecho del sujeto contra el que se dirige la medida cautelar, sino que se requiere una prueba definitiva en este sentido.

No podemos compartir una interpretación de este tipo, puesto que contraviene lo dispuesto en el art. 728.2 de la LEC, según el cual el solicitante de medidas cautelares debe presentar datos, argumentos y justificaciones documentales o de otro tipo, que simplemente conduzcan a fundar, por parte del tribunal un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión, sin prejuzgar el fondo del asunto, es decir, no cabe exigir en sede cautelar una declaración jurídica definitiva pues en ese caso el procedimiento cautelar, sustituirá al procedimiento principal. No entendemos la razón por la que respecto de un presupuesto concreto de la responsabilidad concursal se debe exigir en sede cautelar no sólo un juicio provisional e indiciario sino un juicio definitivo, es decir, que prejuzga el fondo del asunto. Esta razón no puede ser la severidad de la medida cautelar del art. 48.3 LC, puesto que por esa misma regla, se debería exigir también una certeza definitiva sobre todos los demás presupuestos de la responsabilidad concursal, lo que haría inoperante la medida cautelar y, por otra parte, conviene recordar que las graves y trascendentes consecuencias que se pueden derivar de la imposición del embargo preventivo ya han sido tenidas en cuenta por el legislador, cuando prevé en el mismo art. 48.3 LC la posibilidad de que el embargo sea sustituido a solicitud del interesado por aval de una entidad de crédito.

Además, en la mayor parte de los casos resultaría imposible que el juzgador tuviera en sede cautelar una certeza definitiva respecto de la condición de administrador

⁶⁸ El autor que sostiene esta tesis es GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ, M., “Presupuestos del embargo de bienes de los administradores en el concurso. Especial atención al presupuesto del peligro por la mora procesal y al embargo de los administradores de hecho”, *Diario La Ley*, nº 7000, 30 de julio de 2008, D-243, (versión www.laleydigital.es), págs. 4 y 5.

de hecho del sujeto frente al que se dirige el embargo preventivo, puesto que la concurrencia de tal condición en un determinado sujeto difícilmente podrá ser acreditada mediante una prueba directa, sino que normalmente habrá que recurrir a una valoración conjunta de una serie de indicios que debidamente articulados generan en el juzgador una convicción más allá de toda duda razonable al respecto. A dicha convicción sólo se puede llegar al final de la sección de calificación, con la información acumulada por el juez del concurso durante todo el procedimiento concursal, a partir del informe y el dictamen presentados respectivamente por la administración concursal y el Ministerio Fiscal y de las alegaciones efectuadas por el supuesto administrador de hecho.

Así, en sede cautelar, en relación tanto a la condición de administrador de hecho de la persona contra la que se dirige el embargo preventivo, como en relación a los demás presupuestos objetivos de la responsabilidad concursal, la apariencia de buen derecho exige una mera verosimilitud, que sea suficiente para que según un cálculo de probabilidades quepa prever que la resolución principal declarará la responsabilidad concursal del supuesto administrador de hecho. La apariencia de buen derecho necesaria para la adopción del embargo preventivo puede estar fundada en los datos, argumentos y justificaciones documentales o de otro tipo presentadas por el solicitante (art. 782.2 LEC), que en este caso sólo puede ser la administración concursal, o como dispone el mismo art. 48.3 LC, el juez puede ordenar la medida de oficio, cuando de lo actuado hasta ese momento 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.

De acuerdo con el requisito de la apariencia de buen derecho, el Auto del JMerc nº 1 de Bilbao de 12 de julio de 2007 (La Ley 132046/2007), consideró suficiente para certificar la verosimilitud de la condición de administrador de hecho del sujeto contra el que se dirigía el embargo preventivo, su condición de accionista único. En un sentido similar, en el Auto del JMerc de Sevilla de 13 de junio de 2007 (La Ley 344061/2007) bastó para acordar el embargo preventivo de bienes de la sociedad dominante de la

concurrada en su condición de administradora de hecho, la concurrencia de indicios y datos que permiten presumir el poder de control y la unidad de dirección.⁶⁹

III. 2. LA POSIBLE APRECIACIÓN DE OFICIO DE LA CONDICIÓN DE ADMINISTRADOR DE HECHO

El juez del concurso puede acumular a lo largo del procedimiento concursal información suficiente para llegar a la convicción de que concurre la condición de administrador de hecho en una persona distinta de la que consta como administrador legal. Cabe plantearse, por lo tanto, si no habiéndose dirigido por los sujetos legitimados la acción de responsabilidad concursal contra un posible administrador de hecho, puede el mismo ser condenado de oficio en la sentencia que ponga fin a la sección de calificación.

La cuestión está enraizada con el problema más general de la naturaleza inquisitiva o dispositiva de la sección sexta de calificación. Un sector de la doctrina ha considerado que el principio de oficialidad, típico de los procedimientos sancionadores dirigidos a la protección del interés público, rige la fase de calificación del concurso, como lo manifiesta el hecho de que su apertura se encomiende a la decisión reglada del juez del concurso y la participación del Ministerio Fiscal en el mismo.⁷⁰ Desde ese punto de vista, el principio de oficialidad implica que la sección sexta de calificación, más allá de la tutela de los intereses particulares de los acreedores afectados por el concurso, tiene por objeto la protección del interés público, porque las conductas de los

⁶⁹ Más completa fue la prueba de la concurrencia de la condición de administrador de hecho en sede cautelar en el Auto de la AP de Islas Baleares (Sección 5ª) de 10 de abril de 2007 (La Ley 146818/2007), porque así lo permitía la información acumulada durante el procedimiento concursal en el momento de adoptar la medida. En concreto, la administradora de derecho reconoció en el acto de la vista que el supuesto administrador de hecho tomaba decisiones tales como a qué proveedores se pagaba y que ella acataba las órdenes de este último, que además controlaba la caja y la documentación, conocía las pérdidas anteriores y las que se iban generando. Además el administrador de hecho, siendo accionista mayoritario, se presentó ante la administración concursal como propietario del negocio y era quien pagaba a los trabajadores.

⁷⁰ A este respecto, Vid. VERDÚ CAÑETE, M. J., *La responsabilidad civil...*, op. cit., pág. 92.

administradores que han llevado a la calificación del concurso como culpable afectan negativamente al interés general.⁷¹

En este sentido, la inserción de la responsabilidad concursal en la sección sexta de calificación, vendría a poner de manifiesto que la condena de los administradores a responder ex artículo 172.3 de la LC no es la resolución a una pretensión concreta ejercitada por los sujetos legitimados, vinculada al principio de congruencia y de justicia rogada, sino que puede ser impuesta de oficio por el juzgador. Redundaría en esta tesis además el hecho de que el art. 48.3 LC reconozca expresamente la posibilidad de que el juez del concurso acuerde de oficio el embargo preventivo de bienes del administrador de derecho o de hecho. Se señala también como argumento que refuerza la imposición de oficio de la responsabilidad concursal la referencia a la expresión “*el juez podrá*” en el supuesto de hecho del art. 172.3 LC.

No podemos compartir la tesis que aboga por la imposición de oficio de la responsabilidad concursal por varias razones. En primer lugar, a pesar de que la responsabilidad concursal tenga carácter sancionador, su naturaleza es privada, puesto que el crédito nacido de esa responsabilidad se integra en la masa activa del deudor. Por consiguiente mediante la responsabilidad concursal del art. 172.3 LC, se tutela directamente un interés subjetivo de la persona jurídica concursada e indirectamente el interés también privado de todos los acreedores concursales y de la masa.⁷² La tutela de un interés público, mediante la imposición de la responsabilidad concursal, si es que la hay, es meramente accidental y no puede justificar la imposición de oficio de la misma. Por otra parte, la imposición de oficio de la condena a un supuesto administrador de hecho contra el cual no se ha formulado pretensión alguna en la sección sexta de calificación, sería contraria al principio de tutela judicial efectiva y de contradicción.⁷³

⁷¹ Como señala VERDÚ CAÑETE, M. J., *La responsabilidad civil...*, op. cit., pág. 93 y los autores que ella cita, la conducta de los administradores afecta a la continuidad de las empresas, al mantenimiento de los puestos de trabajo, a la seguridad del tráfico y al orden de la economía nacional.

⁷² Coincidimos con LÓPEZ DE MEDRANO, F., “Las acciones de daños y de cobertura del pasivo en el concurso de acreedores”, op. cit., pág. 55, cuando señala que “..encontrándonos en el marco de un juicio universal, la finalidad de la acción debe ser la de recomposición o reintegración del patrimonio del concursado en interés del concurso, es decir, de todos los acreedores”.

⁷³ Ha negado expresamente la posibilidad de imponer de oficio la responsabilidad concursal la sentencia del JMerc nº 1 de Oviedo de 17 de septiembre de 2007.

Por consiguiente, la acción de responsabilidad concursal está regida por los principios congruencia y justicia rogada y su condena exige una pretensión de parte, dirigida contra un administrador de derecho o de hecho concreto.

No creemos que la referencia al término “podrá” en el supuesto de hecho del art. 172.3 LC se refiera a la atribución al juzgador de la facultad para imponer la sanción de oficio, sino al carácter discrecional de su imposición por el juez previa petición de parte. Igualmente, tampoco puede ampararse la condena de oficio a un administrador de hecho en la posibilidad que prevé el art. 48.3 LC de que el juez del concurso adopte de oficio el embargo preventivo de bienes de hipotéticos administradores de hecho o de derecho, dado el carácter provisional de toda medida cautelar, que no prejuzga el fondo del asunto.

III. 3. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CONCURSAL CONTRA UN ADMINISTRADOR DE HECHO

Al sustanciarse la responsabilidad concursal dentro del procedimiento concursal, de acuerdo con la naturaleza universal del mismo, la acción está preordenada a la reintegración o recomposición del patrimonio del concursado y sólo de manera indirecta a la mayor satisfacción de los acreedores. Esta es la razón por la cual, por lo menos hasta la entrada en vigor del *Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica*, los acreedores del concursado no disponían de legitimación para ejercitar la acción de responsabilidad concursal contra un administrador de hecho o de derecho.⁷⁴ La legitimación correspondía exclusivamente a la Administración Concursal y al Ministerio Fiscal (arts. 169 y 170 LC)⁷⁵ y de conformidad con la primitiva redacción del artículo 168 LC, cualquier acreedor o persona que acreditase interés legítimo simplemente podía personarse en la sección alegando por escrito cuanto considerase

⁷⁴ Al respecto, afirmó LÓPEZ MEDRANO, F., “Las acciones de daños y de cobertura del pasivo en el concurso de acreedores”, op. cit., pág. 56, que los acreedores “no son parte procesal en la sección de calificación, lo que se justifica porque no son titulares de la relación jurídica litigiosa (art. 10 LECiv).

⁷⁵ Como ha señalado PÉREZ BENÍTEZ, J. J., “Problemas procesales de la calificación del concurso”, op. cit., pág. 167, “Informe dictamen son actos formales a medio de los cuales se ejercita la correspondiente pretensión, por lo que su papel es el mismo que en el proceso desempeña la demanda”.

relevante para la calificación del concurso como culpable, pero sin tener la condición de parte ni, por lo tanto, estar legitimado para el ejercicio de la acción de responsabilidad contractual contra un administrador de hecho o de derecho concreto.

Ante esta falta de legitimación de los acreedores, un sector de la doctrina había propuesto que se les reconociera una legitimación subsidiaria por aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 72.1 LC en relación a la acción de reintegración de la masa activa, de tal manera que los acreedores que hubieran instado por escrito de la administración concursal el ejercicio de una acción de responsabilidad contractual contra un administrador de hecho o de derecho concreto, estarían legitimados para ejercitarla si la administración concursal no lo hiciera dentro de los dos meses siguientes al requerimiento.⁷⁶ El argumento aunque sugerente, no podía sostenerse, puesto que a pesar de que existiera identidad de razón, entre el supuesto contemplado en el art. 72.1 LC y la posible legitimación subsidiaria para el ejercicio por los acreedores de la acción de responsabilidad concursal contra un administrador de hecho –el interés legítimo en la defensa de la masa activa del concursado frente a la inactividad de los administradores concursales- lo cierto es que no podía decirse que hubiera en relación a la ausencia de legitimación de los acreedores en relación a la acción de responsabilidad concursal una laguna legal, sino que más bien el legislador se había pronunciado en un sentido contrario, atribuyendo simplemente a cualquier acreedor la facultad de hacer alegaciones por escrito al respecto.

Sin embargo, como venimos diciendo, la situación ha cambiado tras la aprobación del *Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica*, que ha modificado el art. 168 LC, en el sentido de atribuir a los acreedores y demás personas que acrediten interés legítimo, no sólo la facultad para personarse en la sección de calificación, sino legitimación para ser parte, alegando por escrito cuanto consideren necesario para la calificación del concurso como culpable. Sin embargo, sigue disponiendo el art. 170 de la LC, que no ha sido objeto de modificación, que si el informe de la administración concursal y del ministerio fiscal coincidieran en calificar el concurso como fortuito, el juez, sin más trámites ordenará el archivo de las actuaciones,

⁷⁶ HERRERA PETRUS, C., “El crédito contra los administradores en la sección de calificación..”, op. cit. págs. 493 a 495.

y ello debe entenderse, a pesar de que haya una pretensión de calificación culpable del concurso por parte de alguno de los acreedores o interesados. La cuestión desde luego merece una reflexión mucho más profunda sobre el alcance de la condición de parte de los acreedores y demás interesados en la sección de calificación.

III. 4. LA CONCURRENCIA DE LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL DEL ADMINISTRADOR DE HECHO Y DE DERECHO

La imputación de responsabilidad concursal a un sujeto que actúa como administrador de hecho no excluye la eventual responsabilidad del sujeto que formalmente conste como administrador legal. Es más, habiendo en la persona jurídica concursada una administración fáctica oculta, el administrador de derecho, que mantenga oculta esta situación de dirección fáctica durante el procedimiento concursal, resultará como mínimo afectado por la sentencia de calificación del concurso como culpable, de conformidad a lo dispuesto por el art. 165.2 LC, por haber incumplido el deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal, y no haber facilitado la información necesaria o conveniente para el interés del concurso.

Teniendo la responsabilidad concursal una naturaleza sancionadora, la imputación de esta responsabilidad a cada uno de los administradores de hecho o de derecho deberá estar fundada en un juicio individualizado de la conducta de cada uno de ellos, lo que excluye una imputación genérica de responsabilidad a todos los administradores, como la que prevé el art. 133 LSA en relación a la acción individual y social de responsabilidad por daños y perjuicios. En relación al administrador de derecho no ejerciente, las conductas que pueden dar lugar a la calificación del concurso como culpable y a una eventual imputación de responsabilidad concursal se pueden ordenar en distintos grupos distintos, atendiendo a su distinto grado de participación en dichas conductas.

1º) En los casos en los que el concurso hubiera sido calificado como culpable de conformidad con la cláusula general del art. 164.1 LC, por una conducta dolosa o gravemente negligente del administrador fáctico que hubiera generado o agravado el estado de insolvencia, la responsabilidad del administrador formal que ignora o

permanece pasivo ante dicha conducta deriva de una negligencia grave por omisión del deber de control sobre la marcha de los asuntos sociales, que como administrador formal le compete. Consecuentemente, el administrador de derecho debe ser condenado a satisfacer el déficit concursal en una proporción inferior a la que se imponga al administrador de hecho. Otro tanto puede decirse en relación a los supuestos en los que el concurso hubiera sido calificado como culpable de conformidad con alguna de las conductas tipificadas en el art. 164.2 LC que sólo admiten su realización en forma dolosa, como el alzamiento de bienes y la realización de actos tendentes a dilatar, dificultar o impedir la eficacia de un embargo (art. 164.2.4º LC), la salida fraudulenta del patrimonio del deudor bienes o derechos en los dos años anteriores a la declaración del concurso (art. 164.2.5º LC), o la realización de cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia (art. 164.2.6ª).

Cabe contemplar no obstante la posibilidad de que ni tan siquiera hubiera culpa grave en el administrador de derecho, cuando no habiendo participado en el acto que diera lugar a la calificación del concurso como culpable, pudiera desconocer válidamente aquél. Circunstancia que en todo caso debe ser acreditada por el administrador de derecho, como hecho impeditivo de su afectación.⁷⁷ En tal caso, aun cuando el administrador de derecho no fuera responsable por negligencia grave omisiva, de conformidad con el art. 164.1 LC, sí que podría serlo ex art. 165.2 LC si hubiera ocultado a la administración concursal o al juez del concurso la existencia de un administrador de hecho.

2º) En los supuestos en los que el administrador de derecho actúe directamente en el tráfico externo o en la gestión interna de la sociedad, obedeciendo las órdenes que dicte el administrador de hecho oculto, se difumina la diferencia entre la responsabilidad del administrador fáctico que decide y del administrador formal que actúa por orden de aquél, puesto que la generación o agravación del estado de insolvencia le será tan reprochable a éste como a aquél, a menos que el administrador formal acredite un desconocimiento de la trascendencia de los actos que realiza por orden del administrador fáctico, en cuyo caso su responsabilidad podría verse atenuada en relación con la del administrador de hecho.

⁷⁷ SJMerc nº 2 de Bilbao de 3 de octubre de 2007 (La ley 139150/2007).

2º) Cuando la calificación del concurso como culpable tenga su causa en el incumplimiento de alguno de los deberes que legal o estatutariamente recaen sobre el órgano de administración, como ocurre en relación al supuesto tipificado en el art. 164.2.1 y en relación a las presunciones del art. 165 LC, el administrador de derecho debe responder de tal incumplimiento por su mero nombramiento y mantenimiento en el cargo, sin que pueda exonerarse amparándose en el desconocimiento de la norma o en el no ejercicio efectivo de la gestión social. En estos supuestos, la responsabilidad del administrador de hecho y la del administrador de derecho es cumulativa, sin que pueda alegar el primero su falta de legitimación formal para cumplir dichos deberes, ni el segundo pretender exonerarse por el dato de la existencia de un administrador de hecho como auténtico autor ideológico de la conducta ilícita.⁷⁸

Por lo que respecta a la manera de articular la responsabilidad del administrador de hecho con la del administrador de derecho, cuando el concurso haya sido calificado como culpable de conformidad con la cláusula general del art. 164.1 LC o con alguno de los supuestos tipificados en el art. 164.2 LC que sólo admiten su realización en forma dolosa, dado que el grado de responsabilidad de cada uno de ellos será normalmente distinto en atención a la diferente conducta desempeñada, activa en un caso, pasiva en otro, la responsabilidad se debe imponer de forma mancomunada.

Por el contrario, cuando la causa de calificación del concurso como culpable sea el incumplimiento de algún deber legal o estatutariamente impuesto al órgano de administración, mientras no sea posible establecer distintos grados de responsabilidad en atención a la diferente conducta de cada uno de ellos en relación a dicho incumplimiento, la responsabilidad se debe imponer a ambos de manera solidaria.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 3 de marzo de 1977.
- STS 27 de octubre de 1997 (RJA 1997/7617).

⁷⁸ SJMerc nº 2 de Bilbao de 3 de octubre de 2007 (La ley 139150/2007).

- STS 23 de marzo de 1998 (RJA 1998/1492).
- STS 5 de abril de 1999 (RJA 1999/2818).
- STS de 30 de julio de 2001 (RJA 2001/6632).
- STS de 24 de septiembre de 2001 (La Ley 8166/2001).
- STS de 26 de mayo de 2003 (RJA 2003/3926).
- STS de 22 de marzo de 2004 (RJA 2004/1661).
- STS de 14 de marzo de 2007 (RJA 2007/1783).
- STS de 8 de febrero de 2008 (RJA 2008/2664).

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Palencia de 18 de noviembre de 1999 (RJA 2352/1999).
- SAP de Zaragoza de 21 de noviembre de 2002.
- SAP de Barcelona de 24 de enero de 2005.
- Auto AP de Barcelona (Sección 15ª) de 6 de febrero de 2006 (AC 2006/242022).
- Auto de AP de Barcelona (Sección 15ª) de 30 de marzo de 2006 (RJA 2007/400).
- Auto de la AP de Islas Baleares (Sección 5ª) de 10 de abril de 2007 (La Ley 146818/2007).
- Auto de la AP de Barcelona (Sección 15ª) de 27 de septiembre de 2006 (AC 2007/463).
- SAP de Barcelona (Sección 15ª) de 19 de marzo de 2007 (RJA 2007/272870).
- SAP de Barcelona (Sección 15ª) de 27 de abril de 2007 (AC 2007/1697).
- Auto de la AP de Madrid (Sección 28ª) de 13 de noviembre de 2007 (AC 2008/118).

- SAP de Madrid (Sección 28ª) de 5 de febrero de 2008.
- SAP de Barcelona (Sección 15ª) de 21 de febrero de 2008.
- SAP de Córdoba de 28 de marzo de 2008.
- SAP de Córdoba de 15 de julio de 2008.
- SAP de Granada de 14 de octubre de 2008.

JUZGADOS DE LO MERCANTIL

- SJMerc nº 5 de Madrid de fecha 16 de febrero de 2006.
- SJMerc de Málaga de 22 de mayo de 2006.
- SJMerc nº 1 de A Coruña de 20 de junio de 2006.
- SJMerc de Granada de 17 de octubre de 2006.
- SJMerc nº 5 de Madrid de diciembre de 2006.
- SJMerc nº 1 de Madrid de 16 de enero de 2007 (AC 2007/857).
- SJMerc nº 1 de Oviedo de 2 de junio de 2007.
- Auto JMerc de Sevilla de 13 de junio de 2007 (La Ley 344061/2007).
- Auto JMerc nº 1 de Bilbao de 12 de julio de 2007 (La Ley 132046/2007).
- SJMerc nº 1 de Madrid de 16 de enero de 2007 (AC 2007/857).
- SJMerc nº 5 de Madrid de 18 de enero de 2007.
- SJMerc nº 2 de Barcelona de 19 de enero de 2007.
- SJMerc nº 2 de Bilbao de 3 de octubre de 2007 (La ley 139150/2007).
- SJMerc nº 3 de Barcelona de 5 de octubre de 2007.
- SJMerc nº 1 de Palma de Mallorca de 11 de junio de 2007 (RJA 2008/158).
- SJMerc Nº 4 de Barcelona de 31 de mayo de 2007 (AC 2007/204).

- SJMerc nº 2 de Bilbao de 8 de noviembre de 2007.
- SJMerc nº 2 de Pontevedra de 14 de abril de 2008.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCOVER GARAU, G., “Aproximación a la naturaleza jurídica de la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital” *RDCP*, 2007, nº 7 (edición laleydigital.es ref. 5462/2007).

- ALONOS UREBA, A., “La responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal”, en VVAA, *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, (Dir. García Villaverde, R., Alonso Ureba, A., Pulgar Ezquerro, J.), Madrid, 2003.
- ALONSO UREBA, A., “Responsabilidad concursal de administradores y liquidadores de la persona jurídica en concurso (art. 172.3)” en *Comentarios a la legislación concursal*, (dirs. Pulgar, Alonso Ureba, Alonso Ledesma, Alcover), Madrid, 2004.
- ALONSO UREBA, A., “El artículo 48.2 LC y el marco de las relaciones de la responsabilidad concursal del art. 172.3 con la responsabilidad de los auditores y con las acciones societarias de responsabilidad de administradores y liquidadores”, *RDCP*, 2005, nº 1.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “En torno a la naturaleza de la responsabilidad concursal”, (comentario a la sentencia de la Sección 28^a de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de febrero de 2008)”, *ADCo*, 2008, nº 14.
- DIAZ ECHEGARAY, J. J., *El administrador de hecho de las sociedades*, Navarra, 2002.
- DÍAZ MARTÍNEZ, M., “Ejecución provisional de la sentencia de calificación culpable del concurso”, *ADCo*, 2008, Nº 15.
- ESPINÓS BORRÁS DE QUADRAS, A., *La responsabilidad civil en las sociedades mercantiles*, Barcelona, 2005.
- GARCÍA CRUCES, J. A., “El problema de la represión de la conducta del deudor común” en *La reforma de la legislación concursal*, (Rojo Fernández del Río), Madrid-Barcelona, 2003.
- GARCÍA CRUCES, J. A., “Acumulación y coordinación de acciones de responsabilidad de los administradores de una persona jurídica en concurso” *Aranzadi Civil*, 2003, nº 18.
- GARCÍA CRUCES, J. A., en *La calificación del concurso*, Navarra, 2004.
- GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ, M., “Presupuestos del embargo de bienes de los administradores en el concurso. Especial atención al presupuesto del peligro por la mora procesal y al embargo de los administradores de hecho”, *Diario La Ley*, nº 7000, 30 de julio de 2008, D-243, (versión www.laleydigital.es).

- HERRERA PETRUS, C., “El crédito contra los administradores en la sección de calificación (Naturaleza, legitimación y tratamiento en el concurso del administrador condenado), *ADCo*, 2007, nº 10.
- JORDANA DE POZAS GONZÁLVEZ, J., “La responsabilidad penal en los delitos societarios”, en VVAA, *Responsabilidad civil derivada de procesos concursales*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1999.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “La responsabilidad concursal de los administradores de las sociedades de capital” en *Comentarios a la Ley Concursal* (coords. por Fernández de la Gándara, Sánchez Álvarez), Madrid-Barcelona, 2004.
- GARCÍA CRUCES, J. A., *La calificación del concurso*, Navarra, 2004.
- LATORRE CHINER, N., *El administrador de hecho en las sociedades de capital*, Granada, 2003.
- LÓPEZ DE MEDRANO, F., “Las acciones de daños y de cobertura del pasivo en el concurso de acreedores”, *ADCo*, 2007, nº 12.
- MACHADO PLAZAS, J., *El concurso de acreedores culpable. Calificación y Responsabilidad Concursal*, Navarra, 2006.
- MAGRO SERVET, V., “Persecución penal de los ilícitos cometidos por los administradores de hecho, *Diario La Ley*, nº 6541, 4 sept. 2006, Ref. D-189, versión La Ley digital (<http://laleydigital.laley.es>).
- MARTÍNEZ SÁNZ, F., “Ámbito subjetivo de la responsabilidad”, en VVAA, *La responsabilidad de los administradores* (Dir. por Rojo. A., y Beltrán. E.), Valencia, 2005
- MARTORELL ZULUETA, P., “Administración, dirección y gestión de las sociedades mercantiles. Delimitación conceptual; análisis jurisprudencial” en VVAA *La responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles*, CGPJ, Madrid, 2005.
- MORILLAS JARILLO, M. J., *Las normas de conducta de los administradores de las sociedades de capital*, Madrid, 2002.
- MORILLAS JARILLO, M. J., “Responsabilidad concursal de administradores y liquidadores: balance del primer bienio de vigencia de la Ley Concursal (II)” *RDCP*, nº 7 (2007).
- PAZ-ARES, C., “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, *RdS*, 2003.

- PERDICES HUERTOS, A., “Significación actual de los administradores de hecho: los que administran de hecho y los que de hecho administran”, *RdS*, 2002.
- PÉREZ BENÍTEZ, J. J., “Problemas procesales de la calificación del concurso” *ADCo*, 2008, nº 14.
- POLO SÁNCHEZ, E., “Los Administradores y el Consejo de Administración en la Sociedad Anónima”, en *VVAA, Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, (dir. por Uría, Menéndez y Olivencia), Madrid, 1992.
- RONCERO SÁNCHEZ, A., “Naturaleza y caracteres de la responsabilidad concursal de los administradores de sociedades de capital (a propósito de la sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de marzo de 2007)” *RDCP*, nº 7, 2007, (edición laleydigital.es ref. 5468/2007).
- SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., *Los delitos societarios*, Pamplona, 2006.
- SEQUERIOS SAZATORNIL, F., “La responsabilidad civil y penal de los administradores en el Derecho Concursal”, *Diario La Ley*, Nº 6412, 1 Feb. 2006, Ref. D-29, versión La Ley digital (<http://laleydigital.laley.es>).
- VERDÚ CAÑETE, M. J., *La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en el concurso de acreedores*, Madrid, 2008.
- VICENT CHULIÁ, F., “Tres años de Ley Concursal: Temas de Reforma”, *RDCP*, 2008, nº 8 (edición laleydigital.es, ref. 5271/2008).