

**JOSE LUIS MARTINÓN CEJAS**

---

MEDIDAS CAUTELARES EN LA LEY CONCURSAL EN RELACIÓN  
CON LA CALIFICACIÓN DEL CONCURSO Y LA RESPONSABILIDAD

CONCURSAL:

EL EMBARGO PREVENTIVO DE BIENES DE LOS  
ADMINISTRADORES O LIQUIDADORES DE LA PERSONA  
JURÍDICA

*Treball Fi de Carrera*

*dirigit per*

*DR. CHRISTIAN HERRERA PETRUS*

*Universitat Abat Oliba CEU*

**FACULTAT DE CIÈNCIES SOCIALS**

*Llicenciatura en DRET*

---

2009



*Iusticia est constans et perpetua  
voluntas ins suum cuique tribuendi...  
Iuris pracepta sunt haec: honeste vivere,  
alterum non laedere, suum cuique tribuere.*

Corpus iuris civilis. JUSTINIANO s. VI

*Ius est ars boni et aequi*

CELSO s. II

*¿Has oído decir que yo ejecuto sin embargo?*

“Los Sueños” Francisco de QUEVEDO S. XVIII

## **NOTA PREVIA**

Este trabajo académico, terminado el 30 de septiembre de 2009, como broche final de los estudios de Derecho, ha estado sujeto a las normas sobre este tipo de tareas en la UAO que incluyen orientaciones sobre como mostrar el contenido y las reglas de su presentación: estilo, tipografía y, sobre todo, extensión del trabajo principal sin sus anexos.

En un principio el tema encomendado fue “Las medidas cautelares en el concurso de acreedores” y desde su amplitud fue convenida su concreción al tema actual, que en cualquier caso ha resultado más extenso de lo esperado, aún renunciando a tratar el derecho comparado u otros temas que quedan como mera enunciación o incluso simple enumeración.

No obstante ha sido reducido a su extensión mínima, con la autorización del tutor del trabajo, el Dr. Christian Herrera y utilizando los anexos como “válvula de escape”.

## **RESUMEN**

Se aborda, desde una óptica procesal, el estudio del artículo 48.3 de la Ley Concursal relativo al embargo preventivo de los bienes de los administradores y liquidadores de la persona jurídica declarada en concurso de acreedores. En particular, se analizan los problemas derivados de la conexión de este precepto con el específico régimen de responsabilidad de administradores previsto en el artículo 172.3 de la Ley Concursal, y se hace referencia a las diferentes soluciones interpretativas aportadas por los órganos judiciales, pues la del artículo 48.3 LC depende en gran medida de la concepción que se tenga respecto a la naturaleza y presupuestos de la responsabilidad concursal.

Transcurridos cinco años desde la entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, y de su coetánea, la Ley Orgánica 8/2003, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial parece adecuado referir cuál es el estado de la nueva legislación, reflejar cómo se ha puesto en práctica, qué problemas ha suscitado y qué interpretaciones han efectuado los diferentes operadores jurídicos. Centramos este análisis en una materia concreta: dentro de los efectos que produce la declaración de concurso sobre el deudor persona jurídica, la nueva fuente de responsabilidad que instaura sobre sus administradores y liquidadores, y las medidas que propicia para asegurar su efectividad, calificadas por su indudable trascendencia como una de las novedades más importantes introducidas en nuestro Derecho por la Ley Concursal. Se estudia el embargo de bienes de los administradores societarios para asegurar la cobertura del déficit resultante de la liquidación de la masa activa.

## **RESUM**

S'aborda, des d'una òptica processal, l'estudi de l'article 48.3 de la Llei Concursal relatiu a l'embargament preventiu dels béns dels administradors i liquidadors de la persona jurídica declarada en concurs de creditors. En particular, s'analitzen els problemes derivats de la connexió d'aquest precepte amb l'específic règim de responsabilitat d'administradors previst en l'article 172.3 de la Llei Concursal, i es fa referència a les diferents solucions interpretatives aportades pels òrgans judicials, doncs la de l'article 48.3 LC depèn en gran mesura de la concepció que es tingui respecte a la naturalesa i pressupostos de la responsabilitat concursal.

Transcorreguts cinc anys des del començament de la vigència de la Llei 22/2003, de 9 de juliol, Concursal, i de la seva coetània, la Llei Orgànica 8/2003, per la Reforma Concursal i per la que es modifica la Llei Orgànica del Poder Judicial sembla adequat

referir quin és l'estat de la nova legislació, reflectir com s'ha posat en pràctica, quins problemes ha suscitat i quines interpretacions han efectuat els diferents operadors jurídics. Centrem aquest anàlisi en una matèria concreta: dins dels efectes que produeix la declaració de concurs sobre el deutor persona jurídica, la nova font de responsabilitat que instaura sobre els seus administradors i liquidadors, i les mesures que propicia per assegurar la seva efectivitat, qualificades per la seva indubtable transcendència com una de les novetats més importants introduïdes en el nostre Dret per la Llei Concursal. S'estudia l'embargament de béns dels administradors societaris per assegurar la cobertura del dèficit resultant de la liquidació de la massa activa.

## **ABSTRACT**

It examines, from a procedural perspective, article 48.3 of the Spanish Insolvency Act on the freezing of assets of the director and liquidators of a legal person undergoing insolvency proceedings. In particular, it analyses the problems arising from the connection of this article with the specific directors' liability regime established in article 172.3. Reference is made to the different interpretations forwarded by courts on such liability regime because they significantly affect the application of article 48.3 depends.

Five years after the entry into force of the Spanish Insolvency Act (Ley 22/2003, de 9 de Julio) and the coetaneous Insolvency Reform Act (Ley Orgánica 8/2003), it seems appropriate to give an account on the state of this legislation, reflecting upon its application and interpretation problems. The emphasis is made on a particular subject matter: the new liabilities that directors and liquidators of legal persons have to face and the means to assure its effectiveness through the seizing of their personal assets, both aspects described as fundamentals among the novelties introduced by these recent pieces of legislation.

## **PALABRAS CLAVES**

Insolvencia de sociedades, concurso de personas jurídicas, responsabilidad de administradores y liquidadores, responsabilidad por el pasivo fallido, embargo cautelar.

## **PARAULES CLAU**

Insolvència de societats, concurs de persones jurídiques, responsabilitat d'administradors i liquidadors, responsabilitat pel passiu fallit, embargament cautelar.

## **KEY WORDS**

Insolvency of companies, insolvency proceedings of legal persons, directors and liquidators' liability, personal liability on the company defaulted payments, precautionary seizure.

# **SUMARIO**

RESUMEN y palabras clave .....	5
INTRODUCCIÓN .....	9
1. CUESTIONES GENERALES .....	11
1.1. Los efectos de la declaración de concurso de la sociedad sobre sus administradores y liquidadores .....	11
1.1.1. Los administradores y liquidadores del deudor persona jurídica en la Ley Concursal .....	11
1.1.2. La medida cautelar del art. 48.3 de la LC .....	13
1.2. La responsabilidad concursal del art. 172.3 LC .....	16
1.2.1. La represión de la insolvencia .....	16
1.2.2. Naturaleza de la responsabilidad concursal .....	19
1.2.2.1. La responsabilidad de los administradores y la función sancionadora del concurso de acreedores .....	24
1.2.2.2. El carácter punitivo de la responsabilidad concursal de los administradores .....	32
1.2.2.3. La responsabilidad concursal de los administradores como indemnización .....	42
1.2.2.4. “ <i>Forum Shopping</i> ” y “ <i>Tertium genus</i> ” entre las tesis indemnizatoria y sancionatoria.....	52
2. CARACTERIZACIÓN GENERAL .....	58
2.1. La medida cautelar del art. 48.3 LC: encuadramiento y notas definitorias .....	58
2.2. Presupuestos materiales .....	68
2.2.1. <i>Periculum in mora</i> .....	68
2.2.2. <i>Fumus boni iuris</i> .....	69
2.2.3. Peculiaridades en relación con los presupuestos .....	69
2.2.3.1. Fundada posibilidad de calificación culpable del concurso .....	72
2.2.3.2. Posibilidad fundada de existencia de déficit patrimonial definitivo .....	81
2.2.3.3. Posibilidad de apertura de la liquidación .....	84
2.2.3.4. Formación de la sección de calificación .....	84
2.2.3.5. Reapertura de la sección de calificación .....	86
2.2.3.6. Tramitación y recursos en la calificación .....	88
2.2.3.7. La inexistencia o ausencia absoluta de activo patrimonial .....	91
2.2.4. La prestación de caución .....	93
2.3. Presupuestos procesales .....	94
2.3.1. Jurisdicción y competencia .....	95
2.3.2. Legitimación .....	99
2.3.3. Litispendencia .....	100
3. PROCEDIMIENTO .....	104
3.1. Normativa .....	104
3.2. <i>Inaudita parte</i> .....	104

3.3. Medida cautelar y oposición .....	106
3.4. Duración .....	107
3.5. Contenido del auto de adopción de la medida cautelar .....	109
3.5.1. Ambito subjetivo o personal .....	109
3.5.2. Ambito temporal .....	121
3.5.3. Ambito objetivo o material .....	126
3.6. El levantamiento o la modificación del embargo .....	128
3.7. La caución sustitutoria .....	129
3.8. Tramitación y recursos .....	130
 CONCLUSIONES .....	 133
1. Crítica de la situación actual .....	133
2. La necesaria reforma del régimen de la responsabilidad de los administradores en el concurso de acreedores .....	136
3. Conclusiones y propuesta del 1º congreso español de derecho de la insolvencia sobre la responsabilidad concursal de los administradores y declaración de Gijón de 18.04.08 .....	138
 BLIBLIOGRAFIA .....	 141
 ANEXOS .....	 149
1. Legislación extractada y al día y jurisprudencia actualizada hasta 31.07.08.	151
2. Auto de la AP de Barcelona, Sec. 15ª, de 06.02.06 .....	189
3. Setencia de la AP de Madrid, Sec. 28ª, de 05.02.08.....	195
4. Abreviaturas .....	209



## INTRODUCCIÓN

Una de las características más notables de la nueva regulación concursal es su especial atención a los concursos del deudor persona jurídica. La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, parte de que la mayoría de los sujetos del tráfico económico se organiza en forma de sociedades mercantiles. Recoge de forma dispersa una serie de normas aplicables a toda persona jurídica declarada en concurso, dedicando un precepto específico (art. 48) a la regulación de los efectos de dicha declaración tanto sobre la propia persona jurídica como sobre sus representantes o administradores y en relación a estos últimos, introduce la posibilidad de que el Juez del concurso, de oficio o a instancia de la administración concursal, decrete el embargo preventivo de sus bienes y derechos.

El artículo 48.3 LC permite al juez desde la declaración de concurso ordenar el embargo de quienes sean administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de una persona jurídica, y de quienes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de aquella declaración. La medida cautelar deberá acordarse siempre 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. Se encuentra preordenado al aseguramiento de uno de los eventuales pronunciamientos que puede contener la sentencia que declare el concurso como culpable: la condena de los administradores y liquidadores de una persona jurídica a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban con la liquidación del patrimonio de la entidad deudora (art. 172.3 LC). El que se condene a los administradores a cubrir el déficit patrimonial resultante de la liquidación de la masa activa es un efecto, anudado a la declaración del concurso como culpable, nuevo y muy riguroso. La cobertura del pasivo -y el correlativo embargo para hacer frente a esa eventual responsabilidad patrimonial en que hubieran podido incurrir con conducta dolosa o gravemente culpable- no tiene precedentes en la legislación anterior. La Exposición de Motivos de la Ley Concursal reconoce la dureza de la norma al admitir que es *“el efecto más severo que la Ley establece”*.

Muchas son las cuestiones que se suscitan en torno a la aplicación de ambos preceptos, especialmente, por lo que se refiere a la función jurídica de la denominada responsabilidad concursal y a la concreción de sus presupuestos de imputación, dando lugar a diferentes interpretaciones doctrinales que se han manifestado en las primeras resoluciones judiciales sobre la materia. El carácter instrumental del embargo

preventivo respecto de la responsabilidad concursal ha determinado que muchos de los interrogantes que se plantean en relación a la imputación de esta última surjan también en sede de embargo preventivo. Puede afirmarse que la interpretación del art. 48.3 LC depende en gran medida de la concepción que se tenga respecto a la naturaleza y presupuestos de la responsabilidad concursal. La novedad y la relevancia económica y jurídica del tema de la cobertura del pasivo están suscitando un creciente interés en la doctrina. La jurisprudencia dimanante de los Juzgados de lo Mercantil y los criterios sustentados por las Secciones especializadas de las Audiencias Provinciales han sentado ya pautas interpretativas que suplen, corrigen y desarrollan las normas aplicables a la cobertura del déficit. Pero se han puesto de manifiesto una deficiente política legislativa y una deficiente técnica jurídica que han generado inseguridad.

Metodológicamente este trabajo se enfoca desde una “sistemática procesalista” en función de la medida cautelar que se pretende, con el condicionante mercantilista que deriva de una responsabilidad concursal a la que cabrá aplicar criterios civiles sobre la propia responsabilidad y de la que podrán deducirse consecuencias penales. El embargo preventivo (ex art. 48.3 LC) exige estudiar: 1º En el marco de las cuestiones generales, la naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal del art. 172.3 LC. 2º Los presupuestos materiales, el *fumus boni iuris*, el *periculum in mora* y la improcedencia de prestar caución para la ejecución del embargo. 3º Los presupuestos procesales entendidos como aquellas circunstancias referidas a la rogación o instancia de parte, al órgano jurisdiccional que adopta la medida (jurisdicción y competencia), al momento en que se adopta (litispendencia presente o futura del proceso principal) y a la postulación de las partes (singularmente de la administración concursal). 4º El procedimiento: solicitud razonada de la administración concursal, de la adopción de la medida por el juez del concurso, de la fase de impugnación u oposición (tanto en los casos en los que se permita la contradicción previa como en los que al haber sido dictado el auto *inaudita parte* la contradicción sea diferida) y de la eventual modificación del embargo y su posible alzamiento.

Desde una argumentación lógica y con un adecuado desarrollo se pretende que nos dirijamos a buscar soluciones justas para los divergentes intereses en juego. Por lo que se concluye con unos comentarios críticos sobre la situación actual y con una serie de propuestas para mejorarla.

# 1. CUESTIONES GENERALES

## 1.1. LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO DE LA SOCIEDAD SOBRE SUS ADMINISTRADORES Y LIQUIDADORES

### 1.1.1. *Los administradores y liquidadores del deudor persona jurídica en la Ley Concursal*

La LC dedica una atención especial “a los supuestos del concurso de persona jurídica y a los efectos que en este caso produce la declaración, materia de gran importancia, como corresponde a la que estos entes y, fundamentalmente, las sociedades revisten en el moderno tráfico” (punto III de la Exposición de Motivos). El hecho constatado de que más del noventa por ciento de los procedimientos tienen como protagonistas a deudores personas jurídicas tiene su eco en la propia LC, en la que se encuentran numerosas referencias al concurso del deudor persona jurídica y, en particular, de las sociedades, de forma tal que uno de sus rasgos más sobresalientes es el cambio del modelo de deudor, que deja de ser el comerciante individual para pasar a serlo la persona jurídica y, en concreto, la sociedad<sup>1</sup>.

Pero la nueva regulación no afecta sólo a este particular insolvente, sino que los efectos de la declaración de concurso se dejan sentir también sobre otras personas: sus socios, y de forma más importante, sobre los administradores, liquidadores y apoderados de la sociedad concursada, a quienes se extenderán muchos de los tradicionales efectos de la declaración de concurso y a quienes alcanzarán también las nuevas consecuencias instauradas por la LC. Coloca ésta en pie de igualdad al deudor persona jurídica y a sus administradores y liquidadores en punto a las consecuencias de la declaración de concurso o de la calificación de concurso culpable (efectos que, por otro lado, se clarifican y sistematizan), y aplica a los dos últimos nuevas normas en materia de responsabilidad.

Los efectos que la apertura del procedimiento concursal produce sobre los derechos fundamentales del deudor, de acuerdo con el art. 1 LORC, en caso de deudor persona jurídica, serán medidas que se acordarán por el Juez respecto de todos o algunos de los administradores o liquidadores que lo sean en el momento de la declaración de

---

<sup>1</sup> MORILLAS, J.M., “Responsabilidad Concursal de los Administradores y Liquidadores”, RCP, 6/2006, pg.16.

concurso o lo hayan sido en los dos años anteriores (que no comprende de forma expresa las situaciones de hecho o de derecho).

El art. 172.3 LC establece:

***“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 hubieran tenido esa 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”.***

Para propiciar y asegurar la efectiva aplicación de este último, el art. 48.3 LC determina:

***“Desde la declaración de concurso de persona jurídica, el juez del concurso, de oficio o a solicitud razonada de la administración concursal, podrá ordenar el embargo de bienes y derechos de sus administradores de derecho o de hecho, y de quienes hubieran tenido esa 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”.***

Mientras que la condena a indemnizar los daños y perjuicios está tomada del art. 894 C. de Co. y no constituye, en cuanto tal, una novedad, la responsabilidad respecto del pasivo restante del art. 172.3 LC, contemplada en el conjunto de las reglas de responsabilidad civil de administradores y liquidadores tanto societarias (arts. 133 y ss. LSA; art. 69 LSRL) como preconcursales (arts. 262 LSA y 105 LSRL), refleja cómo se ha operado un extraordinario endurecimiento de dicho régimen, que contrasta, por otro lado, con la inalterada regulación de la responsabilidad de los accionistas mayoritarios, significativos o de control.

### **1.1.2. La medida cautelar del art. 48.3 de la LC**

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

Como señala BLASCO GASCÓ “en sede de efectos de la declaración de concurso sobre el deudor persona jurídica, el art. 48.3 LC contiene una norma severa y contundente, novedosa, huérfana de antecedentes, en nuestro ordenamiento jurídico y un tanto sorprendente<sup>2</sup>”.

Indica GARCÍA-CRUCES que “nuestro Derecho Concursal codificado no conocía un pronunciamiento semejante y su trascendencia práctica no puede discutirse, pues con tal previsión viene a permitirse a los acreedores concursales que puedan exigir el pago del fallido concursal a terceros, cuyo patrimonio personal no constituye garantía alguna a favor de la persona jurídica concursada<sup>3</sup>”. “Se trata de una norma que tiene una extraordinaria importancia práctica en relación con los arts. 163 y sigs. y 172.3 LC en orden a la calificación del concurso como culpable, ya que permite el embargo cautelar o preventivo de los bienes de quienes son o han sido administradores o liquidadores de derecho o de hecho de la sociedad en el momento de producirse la declaración de concurso o en un periodo anterior a la declaración del concurso de dos años<sup>4</sup>”.

Pero, como dice VICENT CHULIÀ, “el art. 48.3 LC no contempla el embargo para garantizar el resultado de la acción social de responsabilidad y de las acciones individuales de responsabilidad por daño directo y por las obligaciones sociales contra

---

<sup>2</sup> BLASCO GASCÓ, F. de P., “Responsabilidad Concursal y Embargo de Bienes de los Administradores”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pg. 9. Esta monografía ha sido también editada algo resumida como artículo en “Anuario de Derecho Concursal”, ADCO, nº 14, 2008-2. Las referencias a las páginas son del primer texto.

<sup>3</sup> GARCÍA-CRUCES, J.A., “Acumulación y coordinación de acciones de responsabilidad de los administradores de una persona jurídica en concurso. Sobre la inserción de la llamada responsabilidad concursal en el régimen general de responsabilidad de administradores”, en Aranzadi Civil nº 18/2003 pg. 31.

<sup>4</sup> GARCÍA-CRUCES, J.A., “La responsabilidad concursal”, en “La Responsabilidad de los Administradores”, dir. A. Rojo-E. Beltrán, Valencia, 2005, pg. 283; id, “La calificación del concurso”, Cizur Menor, pgs. 170 y sigs., pg. 191.

los administradores, ni las acciones de responsabilidad social e individual contra los auditores de cuentas<sup>5</sup>”.

La norma, por tanto, faculta al juez para que, de oficio o a instancia de la administración concursal, decrete el embargo de los bienes de las personas citadas, cuando concurren determinadas circunstancias.

Como ha señalado BLASCO GASCÓ, “en realidad, la norma permite ordenar el embargo no cuando concurren determinadas circunstancias, sino cuando se prevea o se presuma que se pueden dar tales determinadas circunstancias pues las consecuencias o efectos permitidos por el art. 48.3 LC, descansan sobre una mera hipótesis o probabilidad: sobre una fundada posibilidad<sup>6</sup>”. Así, el art. 48.3 LC se debe interpretar en concordancia con el apartado 3 del art. 172 LC.

Recuerda el AAP Barcelona (15ª) de 20.03.06 que “algunos de los requisitos de la medida, como es la posibilidad de acordarla de oficio, no es posible según el régimen general de la LEC (art. 721), con la lógica consecuencia, de la no necesidad de caución propia del régimen general (art. 728.3), sin que sea preciso esperar el informe de la calificación del concurso del art. 169.1 LC y ni siquiera a la apertura de la sección de calificación (arts. 163 y 167 LC); y otras animan la adopción de cualquier medida cautelar como el peligro en la mora y la apariencia de buen derecho (art. 728 LEC), que se encuentran ya subsumidas en la especial que describe el art. 48.3”.

El precepto se incardina en el conjunto de instituciones encaminadas a evitar la impunidad de determinados administradores, fundamentalmente, como advierte VICENT CHULIÀ, de los que “han infligido el mayor daño que un administrador puede ocasionar a una sociedad: el de provocar o agravar su insolvencia; pero parece que va más allá pues, para evitar dicha impunidad, puede arrastrar, al menos en una interpretación literal del precepto, a administradores y liquidadores prudentes y que actúan o actuaron con diligencia<sup>7</sup>”.

La determinación de la responsabilidad concursal ex art. 172.3 LC y su medida cautelar del art. 48.3 LC, cobran su pleno sentido en sociedades pequeñas y, en concreto, en aquellas en las que el administrador es, a su vez, el único socio o el socio mayoritario,

---

<sup>5</sup> VICENT CHULIÀ, F., “La responsabilidad de los administradores en el concurso” en “Revista de Derecho Concursal y paraconcursal”, RDCP nº 4, 2006, pg. 63.

<sup>6</sup> BLASCO GASCÓ, F. de P., cit., pg. 10.

<sup>7</sup> VICENT CHULIÀ, F. cit, pg. 16.

de manera que la forma societaria mercantil se busca, para investirse del privilegio de la limitación y separación de responsabilidad. Así, cuando el empresario o comerciante individual utiliza la forma societaria, unipersonal o no, precisamente para limitar su responsabilidad patrimonial (universal e ilimitada) es cuando alcanzan todo su sentido las acciones del tipo señaladas.

Por el contrario, respecto de grandes sociedades mercantiles, tales remedios jurídicos aparecen un tanto desvaídos pues colocan en situación de riesgo patrimonial importante a profesionales que, en cambio, no son los primeros beneficiados de actuaciones mercantiles al menos gravemente negligentes. “De entrada no se puede configurar a los administradores como garantes de la responsabilidad patrimonial de la sociedad<sup>8</sup>”, como señala BLASCO GASCÓ, siguiendo el criterio de las STS de 28.04.06 (Ponente: MONTÉS PENEDÉS).

Es importante la ligazón entre las medidas legalmente previstas que hacen responsable patrimonial al administrador de la sociedad y su responsabilidad en la gestión de la misma. Es cierto que la limitación de responsabilidad es un privilegio de los socios: en principio, los administradores sociales no gozan de tal privilegio porque no son responsables, ni solidarios ni subsidiarios, de las deudas sociales toda vez que su actuación se produce en nombre de la sociedad; es decir, no tienen limitada su responsabilidad porque, en principio, no tienen responsabilidad que limitar por las deudas de la sociedad (frente a terceros, cuando actúan en nombre de la sociedad); y, cuando son responsables (frente a los socios o frente a la sociedad o frente a acreedores), entonces responden sin limitación alguna (arts. 134 y sigs. y 262 LSA y 105 LSRL).

Y apunta BLASCO GASCÓ que “la responsabilidad concursal de los administradores no hace sino neutralizar el privilegio del empresario que ha abusado de la limitación de responsabilidad que le ofrece el ordenamiento. No se trata, obviamente, de levantar velo alguno, no es una forma de levantamiento del velo esta vez, frente a los administradores, sino de corregir los excesos y abusos del empresario-administrador que busca la forma jurídica societaria (de la que es socio único o mayoritario) para, actuando como administrador, gozar en sus actos en el tráfico económico del privilegio del socio de la limitación de la responsabilidad. En definitiva, el sujeto normal contra

---

<sup>8</sup> BLASCO GASCÓ, F. de P., cit., pgs. 13 y 14.

quien dirigir tales acciones es, precisamente, el (único o mayoritario) socio-administrador<sup>9</sup>”.

Mas, tal exigencia no aparece como requisito para la declaración de responsabilidad concursal. Efectivamente, ni la LC ni el art. 48.3 ni el art. 172.3 exigen que el administrador sea, a su vez, socio de la mercantil.

## **1.2. LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL DEL ART. 172.3 LC**

### ***1.2.1. La represión de la insolvencia***

En el Derecho español existe una tipificación penal de las insolvencias punibles: se tipifican y sancionan en el Código Penal (arts. 257 a 261 del Código Penal de 1995).

“No resulta correcto asimilar la responsabilidad civil que puede derivar de la comisión del delito de insolvencia punible previsto en el art. 260.1 del Código Penal con un régimen de responsabilidad concursal aplicable a los administradores o liquidadores de la persona jurídica deudora en los términos y conforme a los criterios de imputación que inspiran el actual art. 172.3 LC, ya que, la responsabilidad civil *ex delicto* no integra un régimen de responsabilidad concursal, exigible en y por razón del procedimiento de insolvencia y de acuerdo con los parámetros y criterios de imputación establecidos por la propia ley reguladora del concurso, sino que es una falta, que requiere la apertura de un proceso penal y la consiguiente condena, subordinada a la concurrencia de todos los elementos del tipo. La existencia de un delito de insolvencia punible con la consiguiente responsabilidad civil de él derivada, por haber causado o agravado dolosamente la insolvencia (según se describe el tipo en el art. 260,1 del Código Penal), no autoriza a aplicar una norma llamada a ser operativa en el ámbito civil concursal, ajena a los elementos del tipo penal, que crea un específico régimen de responsabilidad civil que recae sobre los administradores o liquidadores de la persona jurídica deudora cuyo concurso se califique culpable, como si este régimen de responsabilidad, que nace y se desenvuelve en el ámbito civil, fuera parangonable con las consecuencias de un acto ilícito penal.

No parece congruente, además, ese parangón de responsabilidades, que discurren paralelas y sujetas a sus propios parámetros o requisitos de generación, con las explicaciones o aclaraciones legislativas contenidas en la Exposición de Motivos de la LC. La LC indica en el apartado VIII de su EM que los efectos de la calificación se limitan a la esfera civil, sin trascender a la penal ni constituir condición de perjudicialidad para la persecución de las conductas que pudieran ser constitutivas de delitos, “*la Ley mantiene la neta separación de ilícitos civiles y penales en esta materia*”, concluye este apartado de la EM de la LC. Si la Ley Concursal *mantiene esa neta separación*, es que el deslinde de responsabilidades exigibles en el ámbito penal, como

---

<sup>9</sup> BLASCO GASCÓ, F. de P., cit., pgs. 14 y 15.



responsabilidad *ex delicto*, y en el civil, de acuerdo con la legislación concursal y aquél, por consiguiente, no es asimilable a éste, claramente, porque el primero deriva de un acto tipificado como delito por la ley penal, y el segundo de un acto contemplado como fuente de responsabilidad por la ley civil. Sea cual fuere la naturaleza jurídica de las acciones derivadas de la sección de calificación reguladas por la LC, “*de lo que no cabe duda es de su carácter estrictamente civil*” sin perjuicio de su compatibilidad con las acciones penales, y por eso la incoación de procedimientos penales no provoca la suspensión de la tramitación del concurso (art. 198 LC)<sup>10</sup>.

Señala ROJO que “además existe, como una constante histórica, la que podríamos denominar “*represión civil*”. Al lado de la función primaria del concurso que es la satisfacción de los acreedores, la Ley Concursal española se ocupa de la función secundaria: la represión de la conducta del deudor persona física y de los administradores de la sociedad deudora. Esta segunda función se realiza a través de la “calificación del concurso”, que únicamente procede en dos supuestos determinados: en primer lugar, cuando tenga lugar la aprobación de un convenio en el que se establezca, para todos los acreedores o para los de una o varias clases, una “quita” superior a un tercio del importe de los créditos o una “espera” superior a tres años -los convenios que la Exposición de Motivos de la Ley denomina “especialmente gravosos”-, y, en segundo lugar, en todos los supuestos de apertura de la “fase de liquidación” (art. 163.1 LC)<sup>11</sup>”.

El concurso de acreedores se califica como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor y, en caso de persona jurídica, de los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de esa persona (art. 164.1 LC), definición que se complementa con una enumeración de casos en los que procede, sin más, la calificación del concurso como culpable (art. 164.2 LC) y con un catálogo de presunciones de dolo o de culpa grave (art. 165 LC). Esta distinción entre “*concurso culpable*” y “*concurso fortuito*” es el resto que queda de una clasificación mucho más rica, que recogían los dos Códigos de Comercio españoles.

Siguiendo esta tradición, la Ley Concursal española establece importantes efectos de la calificación del concurso como culpable (que no deben confundirse, en modo alguno, con los efectos civiles de la posible sentencia penal por insolvencia punible). Si el concurso se califica como culpable, la sentencia de calificación deberá contener, entre

---

<sup>10</sup> SAPB 15ª del 14.09.09, cit. en 1.2.2. de este trabajo, nota al pie 18.

<sup>11</sup> ROJO, A., “La reforma del Derecho concursal italiano y el Derecho Concursal español”, ADCO, 2007/1, pg. 338.

otros pronunciamientos, la inhabilitación de ese deudor o de esos administradores para administrar bienes ajenos para un período de dos a quince años, así como para administrar o representar a cualquier persona durante el mismo período; a la pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa; a la condena a devolver los bienes y derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa; y a indemnizar los daños y perjuicios causados (art. 172.2 LC). Los administradores que sean inhabilitados cesarán, naturalmente, en el cargo (art. 173 LC).

Si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la reapertura de la fase de liquidación, el Derecho español “importa” una institución de origen francés: *l'obligation de combler l'insuffisance d'actif*, es decir, la eventual condena a la cobertura, total o parcial, de la diferencia entre el activo y el pasivo concursales. Si el concurso se orienta por la liquidación de la masa activa, la sentencia de calificación “*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 administradores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa*” (art. 172.3 LC). Ante los términos demasiado imprecisos de esta norma legal, se ha abierto una importante polémica -que probablemente habrá de durar mucho tiempo- acerca de si estamos en presencia de una responsabilidad por daños (con la necesidad de probar el hecho dañoso, el daño causado y la relación de causalidad) o si, por el contrario, estamos ante una “sanción civil”, desligada de concepciones indemnizatorias.

Parecía oportuna, por tanto, una regulación especial de la responsabilidad de administradores para las situaciones concursales que otorgara una adecuada tutela a los acreedores. Esta regulación debía ser, en todo caso, coherente con los principios generales del procedimiento concursal, esto es, los principios de *universalidad* (todo el patrimonio del deudor y la colectividad de acreedores quedan afectados por el objetivo común de lograr un convenio satisfactorio o liquidar el patrimonio del concursado), *colectividad* (todos los acreedores quedan reunidos y organizados como *masa pasiva*), *igualdad de trato* y *comunidad de pérdidas* en virtud del cual todos los acreedores concurren para cobrar sus créditos frente al patrimonio del deudor en igualdad de condiciones (*par conditio creditorum*), teniendo en cuenta, no obstante, la existencia de privilegios crediticios.

### 1.2.2. Naturaleza de la responsabilidad concursal

Señala VERDÚ<sup>12</sup> que antes de tratar el instituto del embargo preventivo, conviene hacer referencia a la denominada responsabilidad concursal (art. 172.3 LC) con la que está directamente relacionado. La falta de claridad en la redacción de este precepto ha suscitado numerosos problemas de interpretación, en particular, por lo que se refiere a la determinación de su naturaleza o función jurídica. El origen de la controversia (que se ha manifestado en las primeras resoluciones judiciales) puede situarse, de un lado, en la particular configuración de los presupuestos legales de aplicación y, de otro lado, en la amplia discrecionalidad otorgada al Juez del concurso<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> VERDÚ, M.J., "Consideraciones sobre el Embargo preventivo de bienes de Administradores y liquidadores de la Sociedad concursada", RCP 8/2008, pgs. 511 y 512.

<sup>13</sup> La polémica jurisprudencial es reflejo de una polémica doctrinal, aunque es mayoritaria la tesis sancionadora: J. A. GARCÍA-CRUCES, en "El problema de la represión de la conducta del deudor común", en ROJO (dir.), *La reforma de la legislación Concursal*, Madrid/Barcelona (Marcial Pons), 2003, pgs. 247-321, en pgs. 308-314; "La calificación del concurso" en ROJO (dir.), *La Ley Concursal*, PJ, XVIII (2004), pgs. 483-558, en pgs. 520-522; "Sentencia de calificación (art. 172)" en ROJO/BELTRÁN (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid (Thomson-Civitas), 2004, II, pgs. 2594-2602; *La calificación del concurso*, Cizur Menor (Thomson-Aranzadi), 2004, pgs. 179-188, y "La responsabilidad concursal", en ROJO/BELTRÁN (dirs.), *La responsabilidad*, pgs. 281-336, en pgs. 292-304; L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., "La responsabilidad concursal de los administradores de las sociedades de capital", en FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA / SÁNCHEZ ALVAREZ (coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid/Barcelona (Marcial Pons), 2004, pg. 715; A. PÉREZ DE LA CRUZ, "La calificación del concurso sus consecuencias en la nueva Ley Concursal", en OLIVENCIA (dir.), *La nueva Ley Concursal, Estudios de Derecho Judicial*, 59 (2004), pgs. 477-500; en pgs. 499-500; P. QUECEDO, "Sentencia de calificación (art. 172)", en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (coord.), *Derecho Concursal práctico*, Madrid (Iurgium), 2004, pgs. 779 y 780; A. ESPINOS, "El pago de las deudas sociales", en Sagrera/Sala/Ferrer (coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Barcelona (Bosch), 2004, III, pgs. 1781-1812, en pgs. 1791-1792; F. MARÍN DE LA BARCENA, *La acción individual de responsabilidad frente a los administradores de sociedades de capital (art. 135 LSA)*, Madrid (Marcial Pons), 2005, pgs. 374-375; M. VIÑUELAS, "El problema de la naturaleza de la condena a la cobertura del déficit", *ADCO*, 4 (2005), pgs. 268 a 291; P. J. VELA, "Tramitación procesal de la sección de calificación del concurso y efectos de la sentencia de culpabilidad", *RDGP*, 3 (2005), pg.101; P. GONZÁLEZ-CARRERO, "La calificación del concurso", en PÉREZ-CRUZ (dir.), Santiago de Compostela (Tórculo), 2005, pgs. 623-648, en pgs. 643-647; M<sup>a</sup> P. BELLO, "Responsabilidad civil de administradores de sociedades de capital y Ley Concursal" en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid-Barcelona (Marcial Pons), 2005, II, pgs. 1679-1735, pgs. 1692-1696; GUERRERO/GÓMEZ PORRÚA, "La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital en situación concursal", en *Estudios Olivencia*, 2005, II, pgs. 1965-1988, pgs. 1975 a 1977; N. FERNÁNDEZ PÉREZ, "Sentencia de calificación (art. 172)", en Gallego (coord.), *Ley Concursal. Comentarios, Jurisprudencia y Formularios*, Madrid (La Ley), 2005, II, pgs. 647-672, en pgs. 664-666; VICENT CHULIÁ, F., "La responsabilidad de los administradores en el concurso", *RDGP*, 4 (2006), pgs. 15-64, especialmente en pgs. 57-58; ALCOVER, G., "La doble reforma de la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital", *RDGP*, 4 (2006), pgs. 81-90, en pgs. 81-82; MACHADO, J., *El concurso de acreedores culpable. Calificación y responsabilidad concursal*, Madrid (Thomson-Civitas), 2006, pgs. 264 y 266-270; C. HERRERA, "El crédito contra los administradores en la sección de calificación (Naturaleza, legitimación y tratamiento en el concurso del administrador condenado)", *ADCO*, 10 (2007), pgs. 479-506, en pgs. 480-487; F. LÓPEZ DE MEDRANO, "Las acciones de daños y de cobertura del pasivo en el concurso de acreedores", en *ADCO*, 12 (2007-3), pgs. 33-73, en pgs. 66-68.

Relativizando la discusión F. SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores en las sociedades de capital* (2<sup>o</sup> ed.), Cizur Menor (Thomson-Civitas), 2007, pg. 497, precisando así la posición mantenida en la primera edición (pg. 455); P. PRENDES, "Naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal de los administradores sociales (art. 172.3 LC): déficit concursal e imputación objetiva", en *AJA*, núm. 731 (julio 2007); BRANDI, M. Y MUÑOZ ARANGUREN, A., "Algunas consideraciones acerca de las

La denominada responsabilidad concursal constituye un mecanismo de tutela de los acreedores de sociedades insolventes. Ésta puede ser definida como *aquella que surge en el seno del concurso, en virtud de la cual los administradores, de hecho o de derecho, que hayan provocado o agravado la insolvencia de la sociedad declarada en concurso como consecuencia de actos ilícitos, quedan personalmente obligados al pago, total o parcial, del déficit concursal de la sociedad*. El calificativo concursal se atribuye a la responsabilidad que surge en el seno del concurso, sin prejuzgar su naturaleza contractual o extracontractual. No se trata de una tercera categoría de responsabilidad sino, en su caso, de un supuesto de responsabilidad civil que surge en un procedimiento colectivo de insolvencia, debiendo determinarse si puede ser encuadrada dentro de alguna de las categorías tradicionales de responsabilidad.

La doctrina mayoritaria considera que el precepto ostenta *naturaleza punitiva*. La responsabilidad tiene carácter sancionador y no está directamente vinculada al daño producido por la conducta de los administradores. La imposición de esta condena corresponde al juez del concurso, quien la determinará en atención a la conducta individual de cada administrador, pero sin necesidad de verificar la concurrencia de los elementos típicos de la responsabilidad por daño (criterio de imputación subjetiva, causalidad, daño). El objetivo de la misma es doble: sancionar por una conducta reprochable y articular un mecanismo de cobertura del déficit patrimonial que subsiste tras la liquidación. Esta función punitiva o sancionadora suele deducirse de distintos aspectos legales: a) la responsabilidad concursal se configura como un *pronunciamiento* de la Sentencia de calificación que parece que puede ser impuesto de

---

acciones de responsabilidad contra los administradores sociales en el marco de la nueva LC”, en CDC, nº 44, diciembre 2005, pg. 134.

Partidarios de la tesis indemnizatoria son A. ALONSO UREBA, “Responsabilidad concursal de administradores y liquidadores de la persona jurídica en concurso (art. 172.3)”, en PULGAR/ALONSO UREBA/ALONSO LEDESMA/ALCOVER (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, Madrid (Dykinson), 2004, II, pgs. 1432-1448, en pgs. 1445-1448; I. SANCHO GARGALLO, “Calificación del concurso” en QUINTANA/BONET/GARGÍA-CRUCES (dirs.), *Las claves de la Ley Concursal*, Cizur Menor (Thomson-Aranzadi), 2005, pgs. 545-580, en pgs. 574 y 575; V. MAMBRLIA, “Sentencia de calificación (art. 172)”, en SÁNCHEZ-CALERO/GULARTE (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, Valladolid (Lex Nova), 2004, III, pgs. 2833-2864, en pg. 2860; J. PULGAR, “Los concursos de acreedores sin masa activa *ab initio*: un problema a resolver”, en *La Ley*, 2007-2, D-96, pgs. 1837-1854, en pgs. 1846-1848; M<sup>a</sup> J. MORILLAS, “Responsabilidad concursal de administradores y liquidadores: balance del primer bienio de vigencia de la Ley Concursal (y II)”, en *RDCP*, 7 (2007), pgs. 53-88, en pgs. 66-70; A. RONCERO, “Naturaleza y caracteres de la responsabilidad concursal de los administradores de sociedades de capital (a propósito de la sentencia de la Sección 15<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de marzo de 2007)”, en *RDCP*, 7 (2007), pgs. 143-165; F. BLASCO, *Responsabilidad concursal y embargo de los bienes de los administradores*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2007, y en “El embargo de bienes de los administradores en el concurso”, en *ADCO* 14, 2008-2, pgs. 293-325; VERDÚ, M.J., cit. y “La responsabilidad civil del administrador de sociedades de capital en el concurso de acreedores”, *La Ley*, Monografía 8/2008 de *RDCP*, Madrid, 2008; VILATA, S., “Introducción al Derecho Concursal”, Valencia, 2009.

*oficio* por el órgano judicial; b) puede existir *una falta de conexión* entre el importe de la condena y el daño causado a los acreedores; c) se restringe a los supuestos de calificación culpable del concurso, esto es, a los supuestos en que concurre *dolo* o *culpa grave*, a diferencia del régimen general de responsabilidad civil que se orienta al resarcimiento del daño causado con independencia del grado de culpa del agente; d) su aplicación se limita a los supuestos de *liquidación* como forma de conclusión del concurso, por lo que se excluye la posibilidad de resarcimiento en los casos en los que se alcanza un convenio. Y viene defendiendo, con argumentos más o menos contundentes, la tesis sancionadora o punitiva, de la responsabilidad por deudas. La tramitación legislativa en el Congreso de los Diputados (argumento histórico) permite sustentarla, pero, sobre todo, el propio artículo 172.2.3º *in fine* al establecer -entre los contenidos de la sentencia de calificación- un posible pronunciamiento condenatorio “a indemnizar los daños y perjuicios causados” ofrece la clave: no parece tener mucho sentido la coexistencia de dos indemnizaciones (172.2.3º y 172.3 LC) por daños causados por los mismos hechos, por idénticas actuaciones imputables a los administradores que hayan actuado con culpa grave o dolo (argumento lógico sistemático). La naturaleza de la condena a la cobertura del déficit como una responsabilidad-sanción permite explicar la concurrencia entre las responsabilidades sociales e individuales por daños, las responsabilidades por deudas y la responsabilidad concursal.

La naturaleza sancionadora la puso de manifiesto LLEBOT MAJÓ con base en el carácter punitivo de la medida, la cual aparece absolutamente desligada del daño que la conducta de los administradores hayan causado al patrimonio del deudor, “pues este daño será, en su caso, objeto de reintegración mediante el ejercicio de la acción social de responsabilidad<sup>14</sup>”. Asimismo, la reitera la doctrina extranjera para supuestos similares, como la *action en comblement du passif* francesa o la *wrongful trading* anglosajona.

Por último, SEQUEIRA, SACRISTÁN y MUÑOZ han señalado que “la responsabilidad del art. 172.3 LC no es una responsabilidad por daño o indemnización, porque sistemáticamente no tendría ningún sentido que se hubieran previsto dos pronunciamientos condenatorios en la misma sentencia (art. 172.2 LC), uno con carácter general y otro excepcional, si los dos se refieren a unos mismos daños”. Y además, “porque dogmáticamente el art. 172.3 no vincula la condena a pagar total o parcialmente el importe de los créditos que no se perciban en la liquidación de la masa activa al hecho de que dicha situación sea consecuencia de la actuación concreta de los

---

<sup>14</sup> LLEBOT MASÓ, J.O., “La Responsabilidad concursal ...”, pg. 7.564.

administradores, sino a que exista ese déficit patrimonial, el concurso merezca la calificación de culpable y la sección de calificación se hubiera abierto o reabierto como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación<sup>15</sup>. En este mismo sentido parece pronunciarse el propio texto legal cuyos términos no se refieren a daños y perjuicios sino a la obligación de pagar total o parcialmente los créditos no percibidos, mientras que cuando legislador se refiere a daños lo hace en estos términos (art. 172.2.3º LC).

Otros autores, sin embargo, consideran que se trata de un supuesto más de *responsabilidad por daños de carácter indemnizatorio* cuya imputación requiere, en todo caso, la concurrencia de los presupuestos generales de la responsabilidad civil (culpa, daño y relación de causalidad). En virtud de esta posición, la mera calificación culpable del concurso no es suficiente para imputar responsabilidad concursal, sino que es preciso que exista una relación causal entre la conducta antijurídica del administrador y el daño, esto es, la existencia de créditos insatisfechos como consecuencia de la generación o agravación del estado de insolvencia de la sociedad.

Entre otros argumentos, ALONSO UREBA ha entendido que “la responsabilidad concursal tiene naturaleza indemnizatoria pues no se está ante una responsabilidad-sanción que opere al margen de la noción de daño”<sup>16</sup>. BLASCO GASCÓ<sup>17</sup> mantiene que la responsabilidad a la que se refiere el artículo 172.3 LC es indemnizatoria, de modo que su configuración jurídica corresponde a una responsabilidad por daños. Ciertamente no son los únicos autores que mantienen esta postura.

Se trataría de una responsabilidad por los daños causados por la actuación dolosa o gravemente culpable de los administradores. Esos daños se cifran en la totalidad o en parte del pasivo remanente. Para obtener una condena de esta naturaleza es preciso acreditar dos cosas: por un lado, el dolo – entendido como intención o consciencia de la causación o agravación de la insolvencia- o la culpa grave, es decir, la omisión en sentido estricto de la debida diligencia-, como elemento subjetivo en la conducta de los administradores; y, por tanto, la relación de causalidad entre ésta y la generación o agravamiento del pasivo de la entidad concursada. Asimismo, será imprescindible que al administrador en cuestión se le haya declarado en la Sentencia como persona afectada por la calificación (art. 172.2.1º LC). La interpretación del carácter resarcitorio de la responsabilidad ex del art. 172.3 LC vendría abonada por el sentido literal del

---

<sup>15</sup> SEQUEIRA MARTÍN, A., SACRISTÁN BERGIA, F., y MUÑOZ GARCÍA, A., cit., pgs. 211 y sigs.

<sup>16</sup> ALONSO UREBA, A., cit., pgs. 549 y sigs.; “El art. 48.2 LC y el marco de las relaciones de responsabilidad concursal del art. 172.3 LC” en RDCP, núm. 1, 2004, pg. 97.

<sup>17</sup> BLASCO GASCÓ, F. de P., cit., pgs. 49 y 50.

propio precepto, que no se refiere a una imposición automática como consecuencia de la calificación culpable, sino que otorga al Juez la facultad de “poder” codenar o no a los administradores. Esto significaría que el régimen depende del concreto daño causado e imputable a cada administrador, lo que, en definitiva, confirmaría la naturaleza indemnizatoria del instituto concursal. La ausencia de criterios legales para determinar la concreta condena que quepa imponer a cada uno de los administradores de la entidad concursada militaría también en apoyo de esta tesis, porque es el grado de participación de cada uno de los administradores en el daño directo a la sociedad, y derivativo a los acreedores, lo que sirve de criterio en la Sentencia de calificación para determinar el alcance subjetivo y cuantitativo de este tipo de responsabilidad concursal.

La reciente sentencia 305/09 de la Sec. 15ª de la APB de 14.09.09<sup>18</sup>, resume y reitera la interpretación sobre la responsabilidad concursal del art. 172.3 LC como indemnización:

“En dicha norma las características propias de un resorte jurídico de naturaleza resarcitoria, fundado en la responsabilidad por culpa y daño, que permite la modulación cuantitativa de la condena por la medida en que la conducta dolosa o gravemente negligente del administrador ha contribuido a la generación o agravación de la insolvencia, en oposición al carácter sancionador por el que han optado otros órganos judiciales. Como hemos razonado desde nuestro Auto de 6 de febrero de 2006 y en Sentencias posteriores, como la de 19 de marzo y la de 29 de noviembre de 2007, en la interpretación que sostenemos, la graduación cuantitativa que contempla el precepto sólo es jurídicamente explicable si se atiende a un criterio de causalidad entre el daño (el estado de insolvencia, que provoca que los créditos resulten total o parcialmente insatisfechos tras la liquidación) y el título de imputación descrito por el art. 164.1 LC, esto es, la generación o agravación de la insolvencia por la conducta de los administradores mediando dolo o culpa grave. La lógica del sistema así asimilado permitirá entonces graduar la condena en atención a la medida de imputabilidad, en grado de dolo o culpa grave, a cada administrador o liquidador, en la generación o agravación de la insolvencia, que es lo que determina que los créditos no puedan ser íntegramente satisfechos en la liquidación”.

---

<sup>18</sup> En recurso de apelación estimado en el asunto TRACOINSA, presentado entre otros por el tutor de este trabajo, Christian HERRERA PETRUS. El ponente de la sentencia ha sido Luis GARRIDO ESPLÁ. Esta sentencia no está recogida en el Apéndice I dada la fecha de su publicación. Abunda en otras sentencias y en especial en otra tampoco recogida en el Apéndice, de 31.01.09, en que intervenían los mismos operadores jurídicos.

### **1.2.2.1. La responsabilidad de los administradores y la función sancionadora del concurso de acreedores**

El art. 172.3 LC tiene su origen en la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995, redactada, por encargo de la Comisión General de Codificación, por el Profesor Ángel Rojo, que preveía (art. 213.2; v. también art. 215, para el caso de convenio) que

*“en el caso de que el deudor cuyo concurso hubiera sido calificado como culpable fuese una persona jurídica, la sentencia de calificación podrá contener, además, la condena a los administradores y liquidadores de derecho o de hecho, o a algunos de ellos, a la cobertura de la totalidad o de parte del déficit patrimonial en beneficio de la masa pasiva”.*

La Propuesta<sup>19</sup> se inspiraba en la Ley francesa de 1967, que, como una manifestación más de su principio de separación entre el hombre y la empresa, y junto a la denominada “quiebra personal”, establecía la denominada *action de comblement du passif*.

*“en caso de insuficiencia de activo, el tribunal podrá decidir, a solicitud del síndico o incluso de oficio, que las deudas sociales sean soportadas, total o parcialmente, con o sin solidaridad, por todos los dirigentes sociales, de derecho o de hecho, aparentes u ocultos, remunerados o no, o por algunos de ellos”.*

Al respecto señala E. BELTRÁN que

*“Es la justificación de un sistema de responsabilidad concursal de administradores de sociedades. No se trata sólo -aunque también- de satisfacer la conveniente función punitiva y moralizante del concurso de acreedores, que actualmente se encuentra en franco retroceso. Se trata, sobre todo, de dotar al concurso de acreedores de una función suficiente, es decir, de lograr que el concurso sea una institución eficiente. Para conseguir esa eficiencia, es preciso, entre otras muchas cosas, ofrecer incentivos a deudores y acreedores para que modifiquen sus hábitos seculares y solucionen sus problemas con la institución prevista para ello. Mientras avanzamos en la creación de la necesaria “cultura concursal”, la experiencia demuestra que los mejores estímulos para que se abran los concursos que hayan de abrirse son los sancionadores. Y entre ellos ha de destacar necesariamente la imposición de responsabilidad a los administradores causantes de la insolvencia, en la medida en que puede constituir, al mismo tiempo, un importante instrumento de reintegración de la masa activa del concurso que aumente el grado de satisfacción de los acreedores ordinarios y permita la conservación de la empresa en crisis (administrada, evidentemente, por otras personas). Un adecuado sistema de responsabilidad de los*

---

<sup>19</sup> ROJO, A., “Notas para la Reforma de la legislación concursal”, RDM. 138 (1975), pgs. 509 y ss., pgs. 524-525.



*administradores por la generación o la agravación de la insolvencia puede cumplir una doble función incentivadora del concurso: estimular a (los administradores de) las sociedades en dificultades económicas a instar el concurso de acreedores cuando no exista motivo para una responsabilidad concursal, es decir, cuando la insolvencia obedezca de verdad al riesgo empresarial, y, por tanto, cuando, normalmente, existan expectativas de una satisfacción razonable de los acreedores y, además, de la conservación de la empresa, y estimular a los acreedores a instar el concurso, en la esperanza de que podrán reintegrar el patrimonio social con los patrimonios de quienes hayan causado o agravado esa insolvencia<sup>20</sup>.*

Como indica RONCERO,

“Entre las muchas cuestiones complejas y controvertidas que plantea la interpretación y aplicación de la nueva LC en relación con la declaración de concurso de las personas jurídicas, la de los efectos de la declaración de concurso sobre sus administradores y liquidadores es destacable. La entrada en vigor de la LC ha significado la alteración del régimen de responsabilidad de los administradores sociales fundamentalmente en tres aspectos: de un lado, introduciendo modulaciones al régimen general de responsabilidad de los administradores sociales al prever la legitimación de la administración concursal para el ejercicio de la acción social de responsabilidad y la competencia del juez del concurso para conocer del ejercicio de esta acción (art. 48.2 LC); de otro, previendo un nuevo supuesto de responsabilidad vinculado a la situación concursal de la sociedad (la denominada responsabilidad concursal prevista en el art. 172.3 LC) y, finalmente, mediante la modificación del régimen legal de la responsabilidad prevista en los arts. 262.5 LSA y 105.5 LSR (disp. finales 20, ap. 6 y 21, ap. 4 LC), al margen de la propia reforma del marco normativo de los deberes de los administradores sociales cuyo incumplimiento genera dicha responsabilidad (modificación de los arts. 260, aps. 1 y 2, y 262 aps. 2 y 4 LSA y Arts. 104 aps. 1 y 2 y 105 ap. 1 LSRL a tenor de lo previsto en las disps. Finales 20 y 21 LC). Estudiando estas modificaciones se puede afirmar que la reforma concursal, en lo que al régimen de responsabilidad de los administradores sociales se refiere, adolece de notables deficiencias de técnica y política jurídicas generadoras de relevantes problemas interpretativos y de aplicación normativa así como de una alarmante falta de coordinación con el régimen general de responsabilidad de los administradores sociales previsto en el Derecho de sociedades<sup>21</sup>”.

El sistema de responsabilidad concursal de los administradores diseñado por la Ley Concursal presenta dos *problemas o defectos de concepción*: no se ha insertado adecuadamente en el sistema general de responsabilidad de los administradores y no ha compatibilizado de modo adecuado el doble juego incentivador, antes referido.

---

<sup>20</sup> BELTRAN, E., “En torno a la “naturaleza” de Responsabilidad Concursal”, ADCO, 2008-2, nº 14, pgs. 347 y 348.

<sup>21</sup> RONCERO, A., “Naturaleza y Caracteres de la responsabilidad concursal de los administradores de sociedades de capital”, en RCP 7/2007, pgs. 143 y ss.

Gran parte de los problemas de interpretación de la responsabilidad concursal deriva de la coexistencia de tres regímenes de responsabilidad de los administradores que se han ido superponiendo y que pueden coexistir durante el concurso (siempre que se califique como culpable y se abra la fase de liquidación): el régimen general de responsabilidad por daños (arts. 133 y ss. LSA), que se mantiene durante el concurso, con la especialidad de que la acción social podrá ser ejercitada también por la administración concursal, y que se declara expresamente compatible con la responsabilidad concursal (art. 48.2 LC), y el -cada vez más confuso- régimen de responsabilidad por obligaciones sociales como consecuencia del incumplimiento de los deberes específicamente impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución (arts. 262.5 LSA y 105.5 LSRL), que, a pesar de su finalidad preconcurso, no deja de aplicarse por la declaración de concurso de acreedores y el régimen de responsabilidad concursal. Consciente de las dificultades interpretativas que generaba con la introducción de la nueva responsabilidad, la Ley Concursal incluyó una *disposición adicional tercera*, a cuyo tenor

*“el Gobierno remitirá al Congreso de los Diputados un Proyecto de Ley de modificación de la Ley de Sociedades Anónimas, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 12 (sic) de diciembre, y de la Ley 21/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, a fin de adecuarlas a esta Ley”.*

Pero en lugar de “adecuar” las Leyes de Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada a la Ley Concursal, lo que, en buena lógica, hubiera obligado a suprimir el sistema legal de responsabilidad por no promoción de la disolución -que ya ha cumplido con creces su función-, o, al menos, a integrarlo en el concurso de acreedores, con las debidas precisiones en su régimen jurídico -y a compatibilizar los otros dos sistemas de responsabilidad-, se optó por una simple *modificación de las normas* de un alcance innegable, pero irrelevante a los efectos que ahora nos ocupan, limitando la responsabilidad por el incumplimiento de los específicos deberes legales impuestos ante la concurrencia de una causa de disolución a las obligaciones sociales *“posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución”<sup>22</sup>*.

---

<sup>22</sup> Sobre ese “sistema de responsabilidad”, v. E. BELTRÁN, “La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales”, en ROJO/BELTRÁN (dirs.), *La responsabilidad de los administradores*, 2ª ed., Valencia /Tirant lo Blanch), 2008, pgs. 227-280, y, con un carácter más general, A. ROJO, “Los deberes legales de los administradores en orden a la disolución de la sociedad de capital como consecuencia de pérdidas”, en *Estudios homenaje a F. Sánchez Calero*, Madrid, 2002, II, pgs. 1437-1484.

Los problemas de convivencia se plantean en mayor medida entre las dos responsabilidades de carácter sancionador, puesto que no instar tempestivamente el concurso de acreedores supone, normalmente, que concurre el supuesto de hecho para la imposición de la responsabilidad por no promoción de la disolución y constituye, al mismo tiempo, presunción *iuris tantum* de dolo o culpa grave en la generación o en la agravación de la insolvencia. La sentencia de la Sec. 28ª de la APMadrid de 05.02.08 (incluida en texto completo en el Anexo 3) se enfrenta a esa coexistencia, poniendo de manifiesto que el sistema legal de no promoción de la disolución carece ya de sentido durante el concurso de acreedores: el concurso no se califica como culpable por violación del deber de instarlo tempestivamente (arts. 5 y 165.1º LC), ni tampoco se trata de imponer una sanción por violación del deber de promoción de la disolución (y el concurso) (art. 262.5 LSA), sino que se considera lisa y llanamente que *la falta de solicitud de disolución o de concurso realizada con dolo o culpa grave ha agravado la insolvencia*, de modo que es directamente aplicable la “cláusula general” de culpabilidad del concurso (art. 164.1 LC).

Mas la responsabilidad concursal también puede converger con la *acción social de responsabilidad*, en la medida en que puede ser ejercitada por la administración concursal (art. 48.2 LC), y, sobre todo, por el hecho de que la condena que se produzca, al integrarse en el patrimonio social, supondrá una “reintegración” de la masa activa del concurso, de modo que, inevitablemente, una condena por acción social durante el concurso habrá de ser tenida en cuenta en la sección de calificación, por más que, como se encarga de precisar la propia Ley, *“la formación de la sección de calificación no afectará a las acciones de responsabilidad que se hubieran ejercitado”* (art. 48.2 LC)<sup>23</sup>.

“Otra es la *acción individual de responsabilidad*, en la medida en que el beneficiario de la condena no es el patrimonio social y -por tanto- la masa pasiva, sino el socio o el acreedor que se considere directamente perjudicado y ejercite la acción, sin perjuicio de que deba llamarse la atención acerca de una doble circunstancia. En primer lugar, que la acción tiene un carácter excepcional, puesto que, en principio, el verdadero responsable del perjuicio causado es la sociedad, en cuyo nombre actúa el administrador. En segundo lugar, que, en rigor, la acción individual ni siquiera debe servir para obtener la satisfacción del crédito social, sino tan sólo para obtener la indemnización del perjuicio causado. Este problema se agrava por la regulación del sistema de responsabilidad concursal, en la medida en que la Ley Concursal lleva a cabo dos

---

<sup>23</sup> En ese sentido, llegó a afirmarse incluso, en un primer análisis de la Ley Concursal, que la eficacia práctica del nuevo sistema de “responsabilidad concursal” sería reducida, porque los acreedores tratarán de adelantarse a la solución concursal (v. MUÑOZ PLANAS/MUÑOZ PAREDES), “Repercusiones del concurso de la sociedad sobre la responsabilidad de los administradores”, en RDM, 250 (2003), pgs. 1341-1383, en pg. 1351).

opciones que pueden considerarse más que discutibles, y que probablemente obedecen a una indebida comprensión de las soluciones del concurso, que no se configuran de un modo neutral<sup>24</sup>.

La responsabilidad concursal es igualmente compatible con las acciones ejercitadas sobre la base de la responsabilidad civil que sobre los administradores y liquidadores imponen las leyes de sociedades. Se afirma respecto de la acción social de responsabilidad (arts. 133 y 134 LSA; art. 69 LSRL) (sobre la base de la expresa alusión a la misma en el art. 48.2 LC) y respecto de la acción individual (art. 135 LSA), aunque de esta última no vaya a conocer el Juez del concurso, ni para su ejercicio esté legitimada la administración concursal (por no estarlo el propio deudor concursado)<sup>25</sup>.

El carácter sancionador de la responsabilidad por no promover la disolución o el concurso en caso de pérdidas relevantes (arts. 262.5 LSA y 104 LSRL), puede colisionar con la responsabilidad concursal, interpretada como responsabilidad-sanción. A favor de la compatibilidad se ha argumentado que se refieren a conductas distintas: el incumplimiento del deber de promover la disolución y liquidación o la declaración de concurso, o bien el haber causado o agravado el estado de insolvencia de la persona jurídica deudora<sup>26</sup>, aunque, de concurrir los presupuestos de ambos tipos de responsabilidad, debería ser de aplicación prioritaria el régimen de responsabilidad concursal<sup>27</sup>.

La doctrina, incluso alguna que sostiene que estamos ante una responsabilidad sancionadora, afirma que la cuantía de la indemnización estará en consonancia con el grado de influencia de la conducta del responsable en la generación o agravación de la

---

<sup>24</sup> BELTRÁN, E., cit. en primer lugar, pg. 351.

<sup>25</sup> BROSETA Y MARTÍNEZ, *Manual de Derecho Mercantil*, II, cit., pg. 573; GARCÍA-CRUCES, "Artículo 172. Sentencia de calificación", cit., pgs. 2599 y 2600; MAMBRILLA, "Artículo 172. Sentencia de calificación", cit., pg. 2851-2857; ROMERO, *Derecho concursal*, cit., pgs. 293 y 294. Para ALONSO UREBA, "La responsabilidad concursal de los administradores...", cit., pgs. 559 y 560, y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, "La responsabilidad concursal...", cit., pg. 718, debería haberse establecido la competencia del juez del concurso también respecto a la acción individual. A favor de la *vis atractiva* del Juez del concurso para conocer de todas las acciones contra los administradores de la sociedad concursada, el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Bilbao de 22 de mayo de 2007.

<sup>26</sup> BROSETA Y MARTÍNEZ, *Manual de Derecho Mercantil*, II, cit., pg. 573; y GARCÍA CRUCES, "Artículo 172. Sentencia de calificación", cit., pgs. 2599 y 2600; MAMBRILLA, "Artículo 172. Sentencia de calificación", cit., pg. 2860. ROMERO, *Derecho concursal*, cit., pgs. 296 y 297, considera compatibles los arts. 172.3 LC y 262.5 LSA y aboga por reconocer al juez del concurso la competencia respecto de la acción por no promover la disolución y configurarla como subsidiaria, con cargo a la cual se satisfaría al acreedor que no hubiera logrado la íntegra satisfacción de su crédito, siempre que se cumplieran los presupuestos de los arts. 262.5 LSA y 105 LSRL.

<sup>27</sup> FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, "La responsabilidad concursal...", cit., pg. 721.

insolvencia<sup>28</sup>, esto es, en el daño causado al patrimonio, y dependerá igualmente del grado de culpa del responsable<sup>29</sup>.

Siguiendo el tenor literal de la norma, en dicho concepto no se deben considerar incluidos los acreedores de la masa (pensemos en quienes han otorgado un crédito a la sociedad para la continuación de la actividad: art. 84.2.5° LC), ya que éstos no se consideran créditos concursales (cfr. arts. 84.1 y 154.1 LC), por lo que sólo las deudas anteriores a la declaración del concurso podrían dar lugar a este tipo de condena<sup>30</sup>. En esta línea, un sector de la doctrina se ha pronunciado a favor de considerar destinatarios de la indemnización a los acreedores concursales<sup>31</sup>, mientras que otros autores han estimado que los destinatarios del pago actúan en beneficio de la masa activa<sup>32</sup>. Contra el argumento esgrimido por estos últimos de que no es posible dejar de aplicar las reglas de pago de la propia Ley Concursal, que impone atender primero el de los créditos contra la masa, se alega que dicha condena se hará efectiva una vez que

---

<sup>28</sup> SANCHO GARGALLO, "Calificación...", cit., pg. 577; ALONSO UREBA, "Art. 172.3. (responsabilidad concursal...)", cit., pgs. 1438 y 1442; ROMERO, *Derecho Concursal*, cit., pgs. 292 y 293.

<sup>29</sup> GARCÍA-CRUCES, "La responsabilidad concursal", cit., pg. 280.

<sup>30</sup> SANCHO GARGALLO, "Calificación...", cit., pgs. 575 y 577. El *Arrêt de la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation* francesa de 28 de febrero de 1995 (RJDA, 1995, núm. 651) declara que sólo la gestión del dirigente de la sociedad anterior a la declaración de apertura del procedimiento colectivo puede dar lugar a la *action en comblement de passif*. "*les dettes nées postérieurement á ce jugement n'entrent done pas dans le passif pouvant entrainer cette sanction*".

<sup>31</sup> Beneficiarios de la indemnización, para SANCHO GARGALLO, "Calificación...", cit., pgs. 574, 575 y 577, son los titulares de los créditos insatisfechos objeto de condena al pago, los acreedores concursales en la proporción y orden que corresponda, sin que respecto del importe de esta condena tengan preferencia los créditos contra la masa. Para FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, "La responsabilidad concursal...", cit., pg. 714, se trata de una responsabilidad directa porque los administradores quedan obligados a pagar a los acreedores concursales sin necesidad de que tales sumas pasen a formar parte previamente de la masa activa del deudor para, una vez cubierto el déficit patrimonial de la sociedad deudora, tenga lugar un prorrateo entre ellos.

<sup>32</sup> GARCÍA-CRUCES, "El problema de la represión...", cit., pg. 308; ídem, "Artículo 172. Sentencia de calificación", cit., pg. 2598; ídem, "La responsabilidad concursal", cit., pg. 282, considera superficial la interpretación literal y afirma que la satisfacción de esta responsabilidad concursal debe realizarse a favor de la administración concursal que aplicará las reglas de pago de los arts. 154 y ss. LC. Para MAMBRILLA, "Artículo 172. Sentencia de calificación", cit., pgs. 2850 y 2851, parece que, en principio, los destinatarios deberían ser los acreedores, pero "los principios ordenadores de la nueva Ley concursal impedirían el pago directo a los acreedores por los administradores o liquidadores declarados responsables, lo que, sin otra alternativa, conduciría a exigir su aportación a la masa activa del concurso"; en el mismo sentido, MACHADO, *El concurso de acreedores culpable...*, cit., pgs. 278, 279 y 290-292. Para ALONSO UREBA, "Art. 172.3 (responsabilidad concursal...)", cit., pg. 1445, es más congruente que la cantidad se integre en la masa activa "y desde ésta, con la garantía del propio procedimiento concursal y la intervención de sus órganos, repartirse a prorrata entre los acreedores", pero admite que la literalidad del precepto dificulta esta interpretación: "El legislador español parece haber establecido una relación directa entre los administradores o liquidadores responsables (por crear o agravar la insolvencia) y los acreedores cuya parte fallida de sus créditos sea imputable a los administradores responsables, de modo que, de ser así, resultaría difícilmente sostenible en base a la universalidad del concurso, que las cantidades a satisfacer por los administradores o liquidadores se integren en la masa y se repartan a prorrata entre los acreedores". Crítico con esta concepción se muestra PÉREZ DE LA CRUZ, "Reflexiones sobre la calificación...", cit., pg. 5012: a su juicio, si la conducta merece una sanción, no es lógico que ésta esté vinculada al grado de satisfacción de los acreedores, sino que debe imponerse en función del daño causado al patrimonio administrado: "También los socios son portadores de intereses dignos de protección frente a actitudes expoliadoras de los administradores de las personas jurídicas de las que forman parte".

termine la liquidación<sup>33</sup>, pero, precisamente por eso, ya se habrá descontado el importe de las deudas de la masa<sup>34</sup>: cuanto mayor haya sido éste, más masa activa se habrá consumido en su pago, y más pasivo concursal habrá quedado impagado. No tener en cuenta las deudas de la masa lleva a la ficción de considerar que los acreedores concursales han sido satisfechos en mayor medida de la que lo serán realmente. Lo que viene a decir la norma es que si, agotada la masa activa, quedan si pagar deudas de la masa y créditos concursales, la condena de los administradores y liquidadores sólo podrá estar referida al pago de estos últimos.

En caso de que el patrimonio de los administradores fuera insuficiente para hacer frente a estas múltiples responsabilidades, debería solicitarse el concurso del administrador<sup>35</sup>.

Y habrá que determinar, señala C. HERRERA<sup>36</sup>,

“Quién sea el titular del crédito surgido en virtud de la condena a un administrador a pagar a los acreedores lo que éstos no obtengan en la liquidación de la masa activa, para seguidamente fijar quién está facultado para insinuar, reclamar o perseguir la efectividad de dicho crédito en el seno de un concurso paralelo o posterior. Cabe interpretar que el beneficio de la condena es la masa pasiva del concurso, entendida como colectividad de acreedores agrupada *ex lege*<sup>37</sup>, y que, en consecuencia, dicha masa ha de ser la que actúe en otro procedimiento, siempre a través de un órgano especialmente legitimado al efecto: la administración concursal<sup>38</sup>”.

---

<sup>33</sup> ALONSO UREBA, “Art. 172.3 (responsabilidad concursal...)”, cit., pg. 1445.

<sup>34</sup> MORILLAS, M.J., cit., pg. 38.

<sup>35</sup> GARCÍA CRUCES, “Artículo 172. Sentencia de calificación”, cit., pg. 2601, con posibilidad de aplicar extensivamente el art. 25 LC para acumular esas declaraciones de concurso. El Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Bilbao de 22 de mayo de 2007, al pronunciarse sobre el problema de la coordinación de las acciones de responsabilidad societarias contra los administradores y la de responsabilidad concursal, señala: “No son dignas de explorarse vías como la prejudicialidad del art. 43 LEC, o produciéndose el presupuesto objetivo del concurso del administrador social —concursos en cadena, si el administrador es persona jurídica—, la acumulación al concurso de la sociedad desde el art. 25 LC, por la palmaria falta de base legal y su ineficiencia”.

<sup>36</sup> HERRERA, C., cit., pgs. 487-489 y 502-506.

<sup>37</sup> La masa pasiva no constituye, sin embargo, un sujeto de derechos con personalidad jurídica propia distinto de los acreedores que la componen, sino tan sólo un hecho procesal derivado de la pérdida o limitación de las acciones individuales que conlleva la apertura del concurso. Ciertamente la reunión de los acreedores en la masa pasiva por virtud del procedimiento concursal implica notables consecuencias de orden práctico derivadas de la noción de colectividad y de reparto equitativo y, por tanto, aunque en la masa pasiva se da la suma de los únicos sujetos a quienes cabe reconocer personalidad —los acreedores—, su existencia modula el comportamiento de esos sujetos, que no pueden actuar ya como lo harían individualmente. Sobre el particular, BELTRÁN, E., “Integración de la masa pasiva (art. 49)”, en ROJO-BELTRÁN (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid (Thomson Civitas), 2004, Tomo I, pg. 991.

<sup>38</sup> Una tesis neofuncionalista, de acuerdo con la cual, la específica naturaleza de la administración concursal reside en su condición de órgano profesional con una legitimación indirecta funcional, al que se atribuyen legalmente facultades y poderes para perseguir la mejor defensa del complejo entramado de intereses que se dan cita en todo concurso. Esta perspectiva supera el alcance parcial y el encorsetamiento dogmático de las teorías de la representación, la inconsciencia del presupuesto de las tesis orgánicas, y la asistematicidad y dependencia conceptual de la fórmula teórica basada en la

“La Sentencia que, al amparo del art. 172.3 de la Ley Concursal, condena a un administrador de la persona jurídica concursada a asumir el pasivo remanente tras la liquidación del concurso genera un crédito del que son titulares todos los acreedores concursales, pero cuya efectividad deben perseguir como masa pasiva. A tal efecto, la legitimación para el ejercicio del derecho de crédito –y de las actuaciones tendentes a asegurarlo- recae, en primer lugar, en la administración concursal, órgano profesional dotado de potestades para gestionar y procurar la mejor defensa del conjunto de intereses privados y públicos que se dan cita en todo procedimiento de insolvencia. En segundo lugar, y a falta de toda previsión normativa al respecto, la mejor defensa del interés de los acreedores justifica el reconocimiento, en determinados supuestos, de una legitimación extraordinaria a cualquier acreedor que haya visto desoída una petición a la administración concursal para que desempeñe sus funciones. Esta legitimación conduce a una sustitución que debe habilitarse para actuar únicamente en interés de toda la colectividad de acreedores en orden a obtener el cobro del crédito. Las cantidades percibidas por la administración concursal o, subsidiariamente, por un acreedor actuante deberán distribuirse entre los acreedores conforme a las reglas de reparto de los arts. 154 y siguientes de la LC. En este último caso –actuación sustitutiva por un acreedor- el reparto deberá gestionarlo el juez del concurso de la persona jurídica<sup>39</sup>”.

El crédito dimanante de la Sentencia que resuelve la pieza de calificación debe ser insinuado y reconocido en el concurso del administrador condenado. Su clasificación ha de ser la de crédito ordinario porque, atendida la conceptualización de la responsabilidad ex art. 172.3 como sancionatoria o punitiva, no es posible su subsunción en las categorías de crédito contra la masa, crédito con privilegio especial y crédito con privilegio general. En tanto no se verifique una modificación de la legislación concursal que acometa esta materia, la insinuación tardía de dicho crédito ha de conllevar inevitablemente la degradación del mismo, que deberá clasificarse como subordinado, a menos que haya sido comunicado una vez presentado al Juzgado el informe de la administración concursal de acuerdo con los plazos estatuidos en el art. 74 LC, en cuyo caso el crédito ha de considerarse excluido del concurso, perdiendo así cualquier efectividad práctica.

---

idea de “oficio”. TIRADO, I., “Los Administradores Concursales”, Thomson-Civitas, Madrid. 2005, pgs. 16 a 114.

<sup>39</sup> HERRERA, C., cit., pgs. 487-489 y 502-506.

### 1.2.2.2. El carácter punitivo de la responsabilidad concursal de los administradores

Pese a las razones aducidas a favor de la interpretación como responsabilidad resarcitoria, C. HERRERA<sup>40</sup> se inclina por la tesis mayoritaria de la responsabilidad sanción, que, a su juicio, encuentra sólido apoyo en diversos argumentos de distinta índole:

“1. Por un lado, ya se prevé una responsabilidad por los daños y perjuicios en el ordinal inmediatamente anterior del mismo artículo 172 LC (en el párrafo 2 *in fine*), por lo que resulta altamente improbable -de hecho, sería tan reiterativo como absurdo- que el legislador haya querido recoger en el mismo precepto dos veces una responsabilidad de la misma naturaleza, que, por cierto, se contemplaría con carácter cumulativo -se emplea precisamente el término “además” en el texto del artículo 172.3 LC-<sup>41</sup>.

2. Desde un punto de vista teleológico, parece evidente que la pieza de calificación no tiene como objetivo primordial la indemnización de daños y perjuicios<sup>42</sup>.

3. Finalmente, la declaración de culpabilidad en la sección sexta se hace depender, en muchos supuestos, de la verificación de determinadas actuaciones dolosas o gravemente culposas que no tienen por qué haber contribuido a la generación o agravación del estado de insolvencia -piénsese en las presunciones de los artículos 164.2 y 165.2 de la Ley Concursal<sup>43</sup>-, pues el

---

<sup>40</sup> HERRERA, C., cit., pgs. 482-487.

<sup>41</sup> VIÑUELAS, M., “El problema de la naturaleza de la condena a la cobertura del déficit”, *ADCo*, núm. 4 (2005), pg. 269. VÁZQUEZ CUETO, J. C, en *Diario La Ley*, 2004, pgs. 1805 y ss.

<sup>42</sup> Si tal fuera la misión reservada a esta sección, no tendría sentido que el legislador excluyera en muchos supuestos el resarcimiento de daños y perjuicios causados por los administradores: repárese en que, de entrada, quedan al margen aquellos generados con dolo o culpa grave cuando no proceda la tramitación de la sección sexta (fundamentalmente porque no se ha abierto la liquidación o porque se ha aprobado un convenio con quitas y esperas moderadas); también se excluye -como se dijo- la indemnización de todos los daños causados por culpa leve, lo que igualmente evidencia que el objetivo compensatorio no puede ser la *ratio* de la pieza de calificación. *Vid.* VIÑUELAS, M., en *ADCo*, 2005, pgs. 271 y ss.

<sup>43</sup> En efecto, tanto el artículo 164.2 como el 165.2º de la Ley Concursal establecen presunciones -el primero *iuris et de iure* y el segundo *iuris tantum*- para la calificación del concurso como culpable que parten de comportamientos no vinculados con la generación o agravación de la insolvencia. Se trata de conductas dolosas o negligentes que no pueden constituir causa del estado de insolvencia por la sencilla razón de que no pueden producirse -salvo en hipótesis extremas de laboratorio- con anterioridad al propio inicio del procedimiento concursal. Fácilmente se comprende que la inexactitud grave en la documentación acompañada a la solicitud de concurso (164.2) o que la falta de colaboración con el juez de lo mercantil y con la administración concursal durante el procedimiento de insolvencia no constituyen causas de generación o agravación del estado legal de insolvencia.

En suma, el legislador anuda la condena al pasivo ex artículo 172.3 LC a la declaración del concurso como culpable -y a la apertura de la liquidación-, pero sin tomar como necesario antecedente una conducta causante de la insolvencia, sino simplemente aquellas conductas que merezcan conforme a los artículos 164 y 165 la calificación del concurso como culpable, entre las cuales ya hemos visto que existen algunas que no pueden ser origen de la insolvencia o razón de su agravamiento. No se sigue, por tanto, el esquema dogmático tradicional de la responsabilidad por daño (conducta dolosa o



legislador no exige la acreditación de la conexión causa-efecto entre la conducta ilícita imputable al administrador y la insolvencia de la entidad concursada.

4. Además, 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<sup>44</sup>.

5. Se ha advertido acertadamente en la doctrina que el criterio de inmutabilidad de la responsabilidad previsto en el artículo 172.3 LC es el de gravedad de la actuación del administrador, es decir, corresponderá mayor o menor sanción en función del mayor o menor reproche que merezca la conducta del administrador y tal circunstancia viene ligada a la existencia de dolo o de culpa grave, conceptos jurídicos que reflejan dos estándares subjetivos diversos. Este presupuesto subjetivo alternativo -dolo o culpa grave- tiene especial sentido como criterio para acotar la concreta sanción que se imputa a cada administrador societario, es decir, para determinar si se condena a asumir todo el fallido concursal o una parte del mismo y, en este último caso, para fijar exactamente la cuota individual de responsabilidad. Para algún autor la existencia de estos dos estándares subjetivos diferenciados permite descartar la tesis que entiende que estamos ante un supuesto de responsabilidad indemnizatoria, por cuanto esta última lectura contravendría la caracterización del régimen general de responsabilidad por daños de los administradores en nuestro Derecho positivo (artículos 133 y ss. TRLSA), que –se dice- no atiende al grado de culpa que en relación con la producción del daño es atribuible a la actuación de cada administrador. Por consiguiente -y siempre según esta tesis- la distinción entre el dolo y la culpa grave es irrelevante si de lo que se trata es de reparar un daño, pues la indemnización en estos casos ha de ser siempre la misma: la que compense el desvalor económico causado por el daño imputable a los administradores sociales; sin embargo, esta distinción adquiere pleno significado si nos hallamos ante un régimen de carácter punitivo<sup>45</sup>.

---

culposa/daño/relación de causalidad jurídicamente idónea entre ambos), lo que invita a creer que se instaure un régimen sancionador.

<sup>44</sup> Sin ser un posicionamiento unánime, en este sentido se pronuncian también -algunos con más rotundidad que otros-: GARCÍA-CRUCES, J. A., “Acumulación y coordinación de acciones de responsabilidad de los administradores de una persona jurídica en concurso. Sobre la inserción de la llamada responsabilidad Concursal en el régimen general de responsabilidad de administradores”, *AC* (2003), v. III, pgs. 2187 y ss.; QUECEDO ARACIL, P., en FERNÁNDEZ BALLESTEROS (Coord.), *Proceso Concursal práctico*, Madrid (Iurgium) 2004, pg. 780; RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D./HUERTA, M<sup>o</sup> I., *La Responsabilidad de los Administradores por las Deudas de las Sociedades de Capital*, Pamplona (Thomson-Aranzadi) 2004, pgs. 630 y ss.; y RAMOS MONTESA, A., en SALA/MERCADAL/ALONSO/CUEVILLAS (Coords.), *Nueva Ley Concursal*, Barcelona (Bosch) 2004, pgs. 746 y ss.

<sup>45</sup> Aunque parece que en el ámbito sancionatorio está fuera de duda la relevancia de la distinción entre el dolo y la culpa a los efectos de determinar el alcance de la responsabilidad final del sujeto sancionado -y, por tanto, esta diferenciación es coherente con el planteamiento que aquí se prefiere sobre la naturaleza jurídica punitiva de la responsabilidad ex artículo 172.3 LC, a nuestro juicio, no es exacto afirmar que dicha distinción sea superflua en el marco de la responsabilidad aquiliana de los administradores sociales y, por tanto, que su previsión por el legislador (en el artículo 164) suponga necesariamente el rechazo de la tesis que defiende el carácter resarcitorio del nuevo régimen. Y es que, en realidad, también en el derecho societario está vigente el antiguo e interesantísimo debate abierto entre la doctrina civilista en punto al valor que la diferencia entre el dolo y la culpa deba tener en la determinación de la extensión de la reparación de los daños.

Este rico debate parte de la previsión en el artículo 1107 del Código Civil de una extensión distinta del resarcimiento de daños a que viene obligado el deudor de buena fe -únicamente a “los previstos o que

“Sea cual fuere la solución que finalmente adopte la jurisprudencia, a la luz del tenor del artículo 172.3 dos conclusiones parecen claras: 1) la regulación contenida en este precepto es innecesariamente parca y ambigua y da pie a muchas incertidumbres que pudieran haberse evitado; y 2) su aplicación comporta un nuevo tipo de condena -la de asumir el pasivo remanente tras la liquidación del activo de la concursada- que da lugar al nacimiento de un crédito cierto en la fase final del concurso<sup>46</sup>”.

En definitiva, la operatividad de la dicotomía dolo/culpa grave no constituye un argumento concluyente a favor de ninguna de las tesis sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad por el fallido concursal, aunque está perfectamente en línea con el posicionamiento mayoritario.

Señala MACHADO que

*“no se trata de una responsabilidad por daños, sino de un régimen especial de responsabilidad que con independencia de su denominación consiste en situar a los administradores infractores como responsables solidarios de las deudas de la sociedad. Es una responsabilidad externa en cuanto que sus destinatarios objetivos son los acreedores sociales, y autónoma respecto de las acciones previstas en los arts. 134 y 135 LSA. Los diferentes argumentos que permiten sostener la tesis de que el art. 172.3 LC contempla una sanción de naturaleza civil. El contenido objetivo de la responsabilidad, la coexistencia en el concurso de las acciones de responsabilidad por daños, así como los presupuestos estructurales del nuevo sistema de calificación concursal, apoyan esta opinión. Asimismo, los caracteres de la responsabilidad ex lege por déficit patrimonial, la configuran como una responsabilidad personal subjetiva, limitada, subsidiaria, autónoma y acumulativa<sup>47</sup>”.*

E. BELTRÁN escribe con contundencia

“la responsabilidad concursal de los administradores no tiene carácter indemnizatorio, sino que constituye una específica sanción concursal (civil). Quizá porque la Ley no ha estado acertada el sistema legal de responsabilidad concursal es discutido en todos sus términos. Se discute, en primer lugar y sobre todo, acerca de la «naturaleza» de la responsabilidad y, más en concreto - quizá para alimentar la estéril polémica suscitada acerca de la responsabilidad por deudas sociales derivada de la falta de promoción de la disolución- si tiene un carácter “sancionatorio” o

---

se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento”- y el deudor doloso -este último responderá “de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación”-. Desde antiguo la doctrina iusprivatista se ha dividido en dos grupos: 1) quienes entienden que este distinto régimen es aplicable a la responsabilidad aquiliana del artículo 1902 del Código Civil y, por tanto, que reviste importancia práctica si el causante del daño extracontractual actuó negligentemente o dolosamente.

<sup>46</sup> HERRERA, C., cit., pgs. 482-487.

<sup>47</sup> MACHADO, J., cit., pgs. 244-248.

“indemnizatorio”. A mi juicio y -a juicio de la sentencia de la APMadrid Sec. 28ª de 05.02.08-, la responsabilidad concursal tiene un *manifiesto carácter sancionador*<sup>48</sup> o, por decirlo con mayor exactitud, es un sistema que no utiliza la técnica propia de la responsabilidad resarcitoria (conducta ilícita, daño y relación de causalidad entre la conducta y el daño). Parece algo evidente que con el sistema legal se trata de aumentar el grado de satisfacción de los acreedores mediante una reintegración del patrimonio concursal por parte de los causantes de la insolvencia y, por tanto, que se busca, en sentido amplio, una reparación del perjuicio que la insolvencia -provocada o agravada por los administradores- ha causado al crédito; pero -una vez más- la técnica utilizada para ello no ha sido la de la responsabilidad por daños, sino, precisamente, otra técnica que evita los inconvenientes de la responsabilidad resarcitoria y, en particular, los de la prueba del daño y de la relación de causalidad. 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. Como luego veremos, si se tratara de un régimen de responsabilidad por daños, la norma sería *superflua*, porque ese resultado podría obtenerse acudiendo al régimen general de responsabilidad por daños (art. 133 LSA), e incluso *beneficiosa* para los administradores quienes sólo serían responsables por dolo o por culpa grave. Se trata, además, de una *sanción que la Ley Concursal declara específicamente acumulable a la eventual responsabilidad por daños* (art. 48.2 LC): los administradores responderán frente a la sociedad de los daños producidos en el patrimonio social, siempre que medie relación de causalidad entre la conducta de los administradores y el daño (arts. 133 a 135 LSA y 69.1 LSRL), y, *además*, concurriendo determinadas circunstancias, se les puede imponer como sanción la específica responsabilidad concursal (art. 172.3 LC). No puede compartirse, pues, la tesis defendida de modo reiterado por la sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona<sup>49 y 50</sup>.

Eso no quiere decir que el régimen de responsabilidad concursal haya de equipararse al de responsabilidad por obligaciones sociales establecido para los supuestos de incumplimiento de los específicos deberes legales impuestos por la concurrencia de una causa de disolución (arts. 262.5 LSA y 105.5 LSRL). En definitiva, mientras la responsabilidad concursal sanciona con la cobertura, total o parcial, del déficit resultante de la liquidación, la sanción contenida en las leyes de sociedades consiste en hacer a los administradores responsables solidarios de deudas sociales.

La discusión sobre la “naturaleza” de la responsabilidad concursal gira en torno a la exigencia o no de un específico daño y de una específica *relación de causalidad*,

---

<sup>48</sup> BELTRÁN, E., “La calificación y la conclusión del concurso”, en Uría/Menendez (dirs.), “Curso de Derecho Mercantil”, (2º Edic.), Madrid (Thomson Civitas), 2007, pgs. 1111-1112.

<sup>49</sup> AAP Barcelona de 6.02.06 (incluida en texto completo en el Anexo 2) y SAP Barcelona de 19.03.07, en ambas magistrado ponente Ignacio SANCHO GARGALLO; AAP Barcelona de 28.05.07, magistrado ponente Luis GARRIDO ESPLÁ.

<sup>50</sup> cit. en 1º lugar, pgs. 353 y 354.

como consecuencia de la fijación del *quantum* de la condena, a fin de resolver un problema de *imputabilidad*. El sistema legal está muy lejos de imponer una responsabilidad objetiva: los administradores sociales responden por haber sido -mediando, *dolo o culpa grave*- los causantes de la insolvencia o, al menos, por haber agravado la insolvencia (al igual que en el sistema legal por no promoción de la disolución -o el concurso- responden *-rectius*, son sancionados- por el incumplimiento de específicos deberes legales). Pero, del mismo modo, y ésta es la cuestión fundamental, el sistema legal no se basa en la demostración de una *relación de causalidad* específica entre la conducta de los administradores y el daño efectivamente causado con esa conducta -que llegaría como máximo hasta el déficit patrimonial resultante de la liquidación-, sino que la condena, en la cuantía que el juez del concurso determine, se impone -única y exclusivamente- como consecuencia de la calificación del concurso como culpable, algo que sólo sucederá cuando la insolvencia -no el daño- haya sido causada o agravada por actuación dolosa o gravemente culposa de los administradores condenados (sea porque así se pruebe, sea porque así se presuma legalmente). Es más, la técnica utilizada persigue precisamente el objetivo de evitar la prueba de un daño y de una relación de causalidad que en muchas ocasiones sería imposible de lograr.

La citada sentencia de la APM de 05.02.08 opta por no calificar como sancionatoria la responsabilidad concursal, y prefiere hablar de responsabilidad *ex lege o por deudas*; pero fija el significado del sistema legal con adecuada técnica jurídica en la línea de lo que se acaba de señalar.

El *argumento literal* se refuerza por la circunstancia de que el propio precepto contiene una específica responsabilidad indemnizatoria: el resarcimiento de daños constituye un pronunciamiento necesario de la sentencia de calificación (art. 172.2.3º LC), que, “además”, podrá contener la condena a los administradores a pagar a los acreedores total o parcialmente el importe de sus créditos que no pueda ser satisfecho con la liquidación (art. 172.3 LC).

A igual conclusión conduce el *argumento histórico*. La previsión de responsabilidad concursal tiene su origen en la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995, cuyo autor -Ángel Rojo<sup>51</sup>- se inspiró en el sistema francés de la *action de comblement*

---

<sup>51</sup> Por supuesto, este autor se ha pronunciado a favor de la naturaleza sancionadora de la responsabilidad concursal: v. A. ROJO, “La experiencia española”, en AA VV, *Crisi dell'impresa e riforme delle procedure concorsuali*, Milán (Giuffrè), 2006, pgs. 205 y ss., en particular, pg. 221; “La

*du passif*, de claro carácter sancionador<sup>52</sup>, y así se reconoció en la tramitación parlamentaria.

El núcleo de la argumentación de la repetida sentencia de la APM de 05.02.08 es la *interpretación lógico-sistemática*, que realiza desde varias perspectivas:

1º Desde la *existencia de una responsabilidad indemnizatoria* en el propio artículo 172 de la Ley Concursal (art. 172.2.3º), que haría manifiestamente superflua la previsión de una segunda responsabilidad indemnizatoria. A tal fin analiza con detalle la extensión de la responsabilidad indemnizatoria ex artículo 172.2.3º bajo una triple perspectiva. De un lado, deja clara la extensión subjetiva de esta responsabilidad, que lo es *“tanto de las personas afectadas por la calificación como de los cómplices”*, y que, por tanto, ha de imponerse también a los administradores que resulten ser personas afectadas por la calificación. De otro, señala que la responsabilidad es *“exigible en todo supuesto de concurso culpable”*, cualquiera que sea el hecho concurrente como presunción, y con independencia de que la sección de calificación se haya formado por la apertura de la fase de liquidación, y, en fin, y sobre todo, considera que la responsabilidad se extiende a todos los daños y perjuicios causados.

Y si se considera que

“la norma del artículo 172.3 de la Ley Concursal contiene una previsión más severa para aquellos casos más graves de concurso culpable, como son los que han desembocado en la fase de liquidación con insuficiencia patrimonial. En tales casos, se establece, “además”, un régimen agravado de responsabilidad civil de quienes hubieran sido administradores o liquidadores de la persona jurídica concursada en los dos años previos a la declaración de concurso”,

---

reforma del Derecho concursal italiano y el Derecho concursal español”, en BONFATTI/FALCONE (dirs.), *Le nuove procedure concursuali per la prevenzione e la sistemazione delle crisi di impresa*, Milán (Guiffè), 2006, pgs. 85 y ss., en pgs. 119-120, y en ADCo, 10 (cit.) (2007-1), pgs. 315 y ss., en pgs. 339-340.

<sup>52</sup> Sobre la naturaleza sancionadora de esa responsabilidad tanto en la Ley francesa como en la Propuesta de Anteproyecto, v. J.O. LLEBOT, “La responsabilidad concursal de los administradores”, en RGD, núm. 657 (1999), pgs. 7559-7566, en pgs. 7564-7565, y en ESPINA (coord.), *La reforma del Derecho Concursal y la eficiencia económica*, Madrid (Consejo General de Colegios de Economistas), 1999, pgs. 331-353, en pgs. 336-337.

la conclusión parece evidente:

“carece de sentido, pues, que la responsabilidad civil del artículo 172.3 de la Ley Concursal sea de la misma naturaleza, resarcitoria, que la del artículo 172.2.3º de la Ley Concursal, pues entonces aquélla sería superflua, redundante e innecesaria”.

2º Desde la norma que permite el *embargo cautelar de los bienes de los administradores* (art. 48.3 LC); dice la muy repetida sentencia

“[si] esta norma prevé una medida de carácter cautelar accesoria e instrumental de la pretensión del artículo 172.3 de la Ley Concursal, la exigencia [...] de dos requisitos constitutivos de la apariencia de buen derecho, consistentes en que de lo actuado resulte fundada la posibilidad 1º) de que el concurso se califique como culpable y 2º) de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas, sin añadir [...] ninguna exigencia relativa a la concurrencia, al menos indicaría, de una relación de causalidad entre la conducta determinante de la probable calificación del concurso como culpable y el probable déficit concursal, es indicativa de la ausencia de carácter resarcitorio de la responsabilidad concursal prevista en el artículo 172.3 de la Ley Concursal”.

Este argumento en la medida en que la norma instrumental no tiene por qué reiterar todos los presupuestos de la norma principal, va sin duda dirigido a contrarrestar la tesis indemnizatoria, que ha sido manifestada precisamente a propósito de litigios sobre el embargo cautelar<sup>53</sup>. Esa tesis, tras identificar, con exquisita corrección, los presupuestos del embargo cautelar, que, evidentemente son -aunque en fase indiciaria los mismos que los de la condena, añade, que el embargo sólo puede ser adoptado cuando existan indicios de la relación de causalidad entre la conducta de los administradores que puedan ser declarados personas afectadas por la calificación y el déficit patrimonial resultante. En efecto, parece claro que pueden considerarse *presupuestos del embargo* la fundada posibilidad de que el concurso se califique como culpable, que se abrirá la fase de liquidación, que la masa activa será insuficiente para satisfacer todas las deudas y que los administradores serán personas afectadas por la calificación (es decir, serán quienes habrán causado o agravado, con dolo o culpa grave, la insolvencia); “pero sólo un *salto lógico injustificado* puede llevar a exigir también la fundada posibilidad de que el déficit patrimonial a cuya cobertura pueden ser condenados haya sido específicamente causado por la conducta de los administradores afectados<sup>54</sup>”.

---

<sup>53</sup> AA APB cit. de 6.02.2006 y 28.05.2007.

<sup>54</sup> BELTRAN, E., cit. En 1º lugar, pg. 359; opinión muy rotunda, que no compartimos.

3º Desde las *normas sobre responsabilidad civil de los administradores contenidas en las leyes de sociedades*, tanto *por daños* (art. 133 LSA) como *por deudas* (arts. 262.5 LSA y 104.5 LSRL), lo que conduce a un doble argumento a favor de la tesis sancionatoria (aunque, en rigor, la *interpretación sistemática* cede aquí el paso a la *interpretación lógica*).

a) Como quiera que la condena a la cobertura del déficit resultante de la liquidación sólo podrá imponerse en caso de *dolo y culpa grave*, de seguir la tesis indemnizatoria resultaría que el concurso de acreedores estaría, en realidad, *beneficiando a los administradores*. Y, de otro lado, el régimen concursal de responsabilidad sería también más benévolo, en el sentido de que la indemnización quedaría limitada al déficit resultante de la liquidación de la masa activa, aunque el daño causado fuese aún mayor. b) Un argumento parecido es aplicable a la relación de la responsabilidad concursal con la responsabilidad por no promoción de la disolución (o del concurso).

4º Y por último podría emplearse un último *argumento lógico-sistemático*, derivado de la propia Ley Concursal. En efecto, dispone expresamente que el deber de los administradores de reparar los daños causados subsiste durante el concurso (art. 48.2 LC), de modo que la responsabilidad indemnizatoria no necesitaría otra norma que la estableciese. Si existe otra norma sobre responsabilidad -que, además, como se acaba de ver-, agrava el presupuesto (exigiendo dolo o culpa grave), carece de sentido decir que se trata de una responsabilidad indemnizatoria. Sólo puede entenderse como una sanción, que se añade a la responsabilidad ya existente, como, por lo demás, reconoce expresamente la Ley Concursal en el artículo 48.2-III.

El principal argumento de la tesis indemnizatoria es el derivado de la expresión “podrá” empleada por la Ley Concursal para referirse a la condena a los administradores. En efecto, los referidos autos de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de febrero de 2006 y de 28 de mayo de 2007 razonaban que

“contribuye a argumentar así el tenor literal del artículo 172.3 de la Ley Concursal, que no se refiere a la imposición de una sanción automática consecuencia de la calificación de 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, es que también puede no condenar. Y tanto si lo hace como si no, debe acudir a un criterio y éste responde al esquema de la responsabilidad por daño y culpa”.

Indica E. BELTRÁN que

“la explicación de la utilización de esa expresión es mucho más sencilla y, por supuesto, exquisitamente neutral en cuanto a la naturaleza del contenido de la norma: es la mejor forma de expresar en castellano la *posibilidad* de que, junto a los otros efectos de la sentencia de calificación del concurso como culpable, los administradores que hubieran causado o agravado la insolvencia sean condenados, no necesariamente en la misma medida, a la cobertura, total o parcial, del déficit (de hecho, tanto la Propuesta de 1995 como la norma francesa en la que se inspira utilizan esa misma expresión; v. también sobre la cuestión SJM 1 Madrid 4.6.2007)<sup>55</sup>”.

La norma concede, pues, una importante *facultad al juez del concurso*, quien debe valorar, en primer lugar, *si ha de imponer o no la sanción*, porque podrá no imponerla aunque el concurso se califique como culpable (del mismo modo que la Ley ha optado porque no se imponga cuando la solución del concurso de acreedores sea el convenio); *a qué administradores la impondrá* (sólo a quienes pueda imputarse la conducta que implica la calificación del concurso como culpable); *en qué cuantía* (en función de su conducta individual, de su grado de culpa y de la generación o agravación de la insolvencia), y también con *qué carácter* (solidario o no); pero podría servir también para reflejar la posibilidad de condenar a la indemnización de los daños y perjuicios causados con la conducta de los administradores, si esa hubiera sido la técnica empleada.

La discusión sobre el carácter de la responsabilidad concursal se basa en un *problema de imputación* y en la decisión de la Ley Concursal de someter a la decisión del juez del concurso el *sí* y el *cuánto* de la condena. Los *presupuestos* de la condena son, indiscutidos, hasta que se llega, precisamente, al de la imputación de la responsabilidad -y, por reflejo, al de la cuantía de la condena-. Así, no se discute la necesidad de que el concurso se haya calificado como culpable, de que se haya abierto la fase de liquidación y de que se trate del concurso de una persona jurídica; pero surge la disputa a la hora de determinar *qué administradores podrán ser condenados y por qué cuantía podrán serlo*.

La Ley Concursal establece tres posibilidades distintas para llegar a la calificación del concurso como culpable y, en consecuencia, para la determinación de las personas afectadas por la calificación. La diferencia estriba en que mientras, eso es ya suficiente para que se pueda imponer la responsabilidad concursal a todas o a algunas de las

---

<sup>55</sup> BELTRÁN, E., cit. en 1º lugar, pg. 355



personas afectadas, la tesis indemnizatoria exige en dos de esos casos una específica relación de causalidad entre la conducta de los administradores y el déficit patrimonial resultante del concurso, de manera que habría que diferenciar entre las conductas que permiten calificar el concurso como culpable y las que permiten imputar a los administradores la generación o la agravación de la insolvencia, porque sólo estas últimas permiten afirmar la existencia de relación de causalidad entre la conducta ilícita de los administradores y el daño a los acreedores y, por tanto, determinar la cuantía de la condena (así, AAP Barcelona 06.02.06).

Señala E. BELTRÁN:

“El problema no radica en la naturaleza de la responsabilidad concursal, sino en la existencia de una presunción legal poco afortunada. Con ese sistema no se corre el riesgo de condenar a un inocente. El problema es más bien el de la inoperancia de la presunción: cualquiera que sea la tesis que se acoja, es prácticamente inviable la calificación del concurso como culpable, porque tan difícil será probar que alguno de esos hechos causó o agravó la insolvencia como fácil probar que no causó ni agravó la insolvencia. Y allí donde la presunción podría jugar no hay muchas dificultades en que opere la cláusula general para la calificación de concurso culpable<sup>56</sup>”.

Éste es el otro gran tema de la discusión, en la que, en definitiva, late el problema de que sea el juez del concurso el que pueda determinar la cuantía de la condena, graduándola de acuerdo con las circunstancias del caso. Se trata, de nuevo, de un falso problema, porque la letra del precepto no deja lugar a dudas: la sentencia podrá condenar, *total o parcialmente*, a satisfacer los créditos que no puedan ser pagados con la liquidación de la masa activa.

Son muchas las razones que pueden llevar al juez a fijar una condena mayor o menor<sup>57</sup>: la gravedad de la conducta determinante de la calificación, el número de conductas relevantes realizadas, el grado de participación de cada administrador en la conducta relevante, el hecho de existir o no alguna condena pecuniaria previa derivada de alguno de los otros sistemas de responsabilidad, etc.

Y resta el problema relativo al “destino” de la condena, es decir, el de si el importe de la condena ha de ingresar en la masa del concurso o directamente en el patrimonio de cada acreedor individualmente considerado. A pesar de que la norma indique que la condena consiste en “pagar a los acreedores”, la condena debe ingresar en la masa

---

<sup>56</sup> cit. en 1º lugar. Pg. 365

<sup>57</sup> SSJM Oviedo de 2.06.07, 29.10.07 y 5.11.07.

activa del concurso, y la reclamación, caso de que sea necesaria, será realizada por la administración concursal y no por los acreedores individualmente considerados. Sostener lo contrario sería un contrasentido ya que se pondría fin a un procedimiento colectivo pidiendo a cada acreedor que actuara individualmente e ignoraría la posibilidad de que se hubiera procedido a un embargo cautelar de los bienes de los administradores<sup>58</sup>. En este punto, pues, la responsabilidad concursal vuelve a separarse de la otra responsabilidad sancionatoria, que se traduce en la facultad de los acreedores sociales posteriores a la concurrencia de la causa de disolución de reclamar a los administradores que hubieran incumplido los correspondientes deberes legales el pago de sus créditos frente a la sociedad.

### ***1.2.2.3. La responsabilidad concursal de los administradores como indemnización***

Se trata de dilucidar, por tanto, si la responsabilidad concursal a que se refiere el art. 172.3 LC tiene naturaleza indemnizatoria o sancionadora. La cuestión es importante por razones conocidas y obvias: en función de la calificación de dicha responsabilidad, bien como responsabilidad por daño o bien como responsabilidad derivada de una sanción, variará el régimen jurídico aplicable. Es precisa la prueba de la concurrencia de los requisitos que determinan dicha responsabilidad: conducta, daño, culpa y nexo de causalidad entre la conducta y el daño. Es decir si se tratara de una sanción, para su imposición al administrador bastaría determinar si al mismo le es imputable la conducta que el legislador ha previsto como causa de la sanción, es decir, de la responsabilidad prevista en la norma. Con otras palabras, si su conducta se subsume en el supuesto de hecho que la norma sanciona, sin necesidad de ulteriores pruebas causales o culpabilísticas.

En nuestro sistema el carácter indemnizatorio o resarcitorio viene ligado a la idea de daño, de manera que sin daño no hay responsabilidad civil; sin daño no hay, por tanto, indemnización. No basta con que el administrador haya actuado con dolo o culpa grave; además, es preciso que, como consecuencia de dicha actuación al menos gravemente negligente o dolosa, la masa activa no sea bastante para responder de las deudas.

---

<sup>58</sup> SAP Barcelona 19.03.2007.

Como describe VERDÚ<sup>59</sup>,

“La responsabilidad por el déficit concursal puede calificarse como un régimen de responsabilidad civil (por daños) con ciertas especialidades, que se manifiestan, sobre todo, en sus presupuestos legales de aplicación. Estas especialidades son consecuencia, en general de las particularidades del procedimiento concursal en el que se enmarca que, dirigido principalmente a la satisfacción de los acreedores, puede concluir por convenio o liquidación; y, en especial, de la inserción del precepto en el seno de la sección de calificación, de carácter sancionador, y de su configuración como un posible efecto de la calificación culpable del concurso, restringiéndose así a los supuestos en que concurre dolo o culpa grave. En definitiva, la responsabilidad de administradores sociales por el déficit concursal tiene un ámbito de aplicación más restringido que el de las acciones societarias de responsabilidad y, en general, que el régimen común de responsabilidad civil. Pero la restricción legal de su ámbito de aplicación no parece argumento suficiente para su caracterización como un supuesto de responsabilidad-sanción. La responsabilidad concursal, en los supuestos en que procede, está orientada a la reparación de un daño. Otra cosa es que no todos los daños producidos como consecuencia del concurso sean resarcibles a través de este instrumento, si bien pueden ser satisfechos por las vías generales del Derecho de sociedades (arts. 133 y 135 LSA). Se trata de un supuesto de sanción civil en sentido amplio, esto es, de un efecto patrimonial establecido en el ámbito del Derecho privado como reacción ante el incumplimiento de una obligación, concretamente y en este caso, ante el incumplimiento de los deberes inherentes al cargo de administrador que ha provocado o agravado negligentemente la crisis de la sociedad. Ello no implica afirmar su desvinculación de los elementos generales de la responsabilidad civil. En realidad, cualquier forma de responsabilidad podría ser incluida en el concepto amplio de sanción civil”.

“En los supuestos de responsabilidad de los administradores ex arts. 262.5 LSA y 105.5 LSRL la naturaleza sancionadora de la norma no es nada clara y menos aún tras las últimas reformas: es cierto que se sanciona con la imputación de responsabilidad solidaria por las deudas sociales al administrador que ha incumplido determinados deberes, como no solicitar la disolución de la sociedad o la declaración de concurso”, como dice MACHADO<sup>60</sup>.

“De hecho, aunque no derive daño alguno de tales conductas, los administradores responden solidariamente de determinadas deudas sociales: pero sólo de las posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución o, si procediere, del concurso de la sociedad (VICENT CHULIÁ)<sup>61</sup>”.

---

<sup>59</sup> VERDÚ, M<sup>a</sup> J., cit. en 2º lugar, pg. 109.

<sup>60</sup> MACHADO PLAZAS, J., “El Concurso de Acreedores Culpable”, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006, pgs. 299 y sigs.

<sup>61</sup> VICENT CHULIÁ, F., cit., pgs. 43 y sigs.

Así, el art. 105.5 LSRL, tras la modificación operada por la Ley Concursal y, después, por la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España, establece que:

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

*“En estos casos las obligaciones sociales reclamadas se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior”.*

Mientras que el art. 262.5 LSA, tras las reformas introducidas por las indicadas leyes, previene lo mismo que el art. 105.5 LSRL.

La dificultad de determinar la naturaleza jurídica de la responsabilidad de los administradores se ha reflejado claramente en la doctrina del Tribunal Supremo, si bien algunas veces ha sido más un problema de nombre que de contenido. Efectivamente, como recuerda la STS 28.04.06 la responsabilidad de los administradores en el supuesto del art. 262.5 LSA (como en el del art. 105.5 LSRL) ha sido configurada por la jurisprudencia como un supuesto de responsabilidad objetiva o cuasi objetiva. Unas veces se ha dicho que se trata de una sanción (SSTS 02.07.99, 07.05.04 o 15.12.05). Otras veces, se ha sostenido que son supuestos de responsabilidad extracontractual o contractual (SSTS 12.02.02 y 16.12.04).

La citada STS de 28.04.06, lo expresa con claridad:

*“Si se parte de que la responsabilidad de que se trata es un supuesto de responsabilidad extracontractual en que se ha de tomar como punto de partida la existencia de un daño, que en general consistirá en el impago del crédito que se reclama, que se relaciona causalmente de modo muy laxo con el comportamiento omisivo de los administradores (carencia de convocatoria en plazo, omisión del deber de solicitar la disolución judicial o el concurso) pero que a partir de ese dato (daño y relación de causalidad preestablecida) requeriría la aplicación de las reglas y de las técnicas de la responsabilidad civil, evaluando los problemas de imputación objetiva y de imputación subjetiva, es decir, la posibilidad de exonerar a los administradores que demuestren, pechando con la carga de la prueba, una acción significativa para evitar el daño o que se encuentren ante la imposibilidad de*

evitarlo. Y añade la sentencia: “Valoración de la conducta de los administradores que se ha de producir forzosamente si se estableciera que estamos ante una sanción o pena civil..., pues lo exigen los principios del sistema y que aparecen en decisiones anteriores bajo diversos expedientes” (SSTS 1.03 y 20.06.01 o 16.02.06).

Por todo ello, concluye diciendo que

“la reiterada calificación como sanción evoca no tanto la idea de pena, cuanto el concepto de una reacción del ordenamiento jurídico ante el defecto de promoción de la liquidación de una sociedad incurso en causa de disolución que no requiere una estricta relación de causalidad entre el daño y el comportamiento concreto del administrador, ni lo que se denomina un “reproche culpabilístico” que hubiera que añadir a la constatación de que no ha habido promoción de la liquidación mediante convocatoria de la Junta o solicitud judicial de liquidación o solicitud de concurso, ni una negligencia distinta de la prevista en el propio precepto del art. 262.5 LSA”.

Y finaliza señalando que

“esta idea de sanción no excluye que no haya de alejarse el operador jurídico al interpretar y aplicar las normas del territorio de la responsabilidad civil, pues de otro modo no se entiende que se imponga a los administradores una responsabilidad solidaria, sobre todo cuando la sociedad pueda hallarse incurso en causas de disolución que no impliquen riesgo de especie alguna para el buen fin de los créditos que ostenten frente a ella los acreedores”.

Aclara VERDÚ<sup>62</sup>,

“La declaración de concurso no resulta incompatible con el ejercicio de las acciones societarias de responsabilidad. Por lo que se refiere a la acción social, esta compatibilidad se deduce de lo dispuesto en el art. 48.2 LC (3º párrafo) cuando se refiere al ejercicio de las acciones de responsabilidad que, conforme a lo establecido en otras leyes, asistan a la persona jurídica deudora contra sus administradores. Por otra parte, el último párrafo de dicho precepto señala que la formación de la sección de calificación no afectará a las acciones de responsabilidad que se hubieran ejercitado. Parece referirse a las acciones de responsabilidad a las que alude el apartado anterior (acción social), no obstante, algún autor ha entendido que este último inciso abarca todas las acciones, tanto, las de responsabilidad por daños (acción social e individual) como la acción de responsabilidad por deudas (ex arts. 262.5 LSA o 105.5 LSRL) pues, a diferencia de lo que ocurre en los párrafos anteriores en los que se refiere expresamente a las acciones que asistan a la persona jurídica contra sus administradores, en el citado precepto no se realiza especificación alguna. En cualquier caso, el ejercicio de la acción de responsabilidad ex art. 262.5 LSA sería posible ante la ausencia de prohibición alguna en la LC”.

---

<sup>62</sup> VERDÚ, M. J., cit. en 2º lugar, pg. 283.

Para la tesis indemnizatoria la responsabilidad concursal deriva de la concurrencia de tres elementos: una actuación dolosa o gravemente negligente del administrador o liquidador; la producción de un determinado resultado: la causación o agravación de la insolvencia de la sociedad; y el nexo de causalidad entre ambos elementos, es decir, entre la conducta dolosa o culposa del administrador y la causación o agravación de la insolvencia. La ausencia de alguno de tales elementos, cuya prueba y concurrencia facilita enormemente los arts. 164 y 165 LC, impide la calificación del concurso como culpable y, por tanto, la declaración de responsabilidad concursal de los administradores.

Como ha escrito BLASCO GASCÓ

“es cierto que abona claramente la idea de la naturaleza indemnizatoria el hecho de que el juez pueda determinar el grado de responsabilidad del administrador, es decir, si responde de todo el déficit o de parte del mismo, así como la distribución de responsabilidad entre los administradores, si son varios, a resultas de su participación en la causación o agravación de la insolvencia patrimonial. De la misma manera que el criterio de imputación y de determinación concreta de la responsabilidad sea precisamente la culpa grave o el dolo”.

“Como fueren, tales normas, las de los artículos 48.3 y 172.3 LC, parecen que se incardinan en un sistema tanto de responsabilidad civil, cuanto de adecuación del principio de limitación de responsabilidad en el tráfico mercantil, de manera que se sanciona una determinada práctica que provoca un determinado resultado lesivo. Pero que se precise un resultado lesivo o un determinado daño, es decir, la verificación del déficit patrimonial, no significa que nos hallemos necesariamente ante una norma de responsabilidad civil, sino ante un ilícito civil que sanciona no una actividad de riesgo sino un determinado resultado: la causación o agravación de la insolvencia. Pero aquí sanción es esencialmente reacción del ordenamiento jurídico ante una conducta ilícita o negligente de una persona (administrador o liquidador) que ha provocado un daño: en el sistema de la Ley concursal, si no hay déficit, no hay sanción, no hay responsabilidad; y, si hay déficit, la responsabilidad no coincide necesariamente con dicho déficit, sino que la modera o modula el juez del concurso. Y dicha moderación sólo pueda hacerla con base en los criterios de imputación de culpa o de dolo en la actuación del administrador. Por tanto, en tales casos, la reacción del ordenamiento jurídico ante una conducta ilícita, es decir, la sanción en general, en cuanto reacción del ordenamiento jurídico (también la nulidad es una sanción civil) se articula bajo el esquema de la responsabilidad civil, que exige la presencia y prueba de un daño y un nexo de causalidad entre la conducta del agente y el daño, aunque dicho nexo no sea rígido sino más bien laxo. Si no hay daño o no hay nexo de causalidad (aunque laxo, insisto), no hay responsabilidad, aunque la conducta del administrador haya sido ilícita”.

“Es cierto que, en nuestro sistema, si no hay daño no hay responsabilidad ni, por tanto, derecho a ser indemnizado, en general, ex art. 1.902 CC; pero no es cierto su contrario: la necesidad de que haya un daño no significa que nos hallemos necesariamente en el ámbito de la responsabilidad

civil o extracontractual. El legislador puede prever, como supuesto de hecho de la infracción que sanciona, que se verifique un determinado daño patrimonial. Y puede graduar los efectos de la sanción que impone (la cobertura del déficit) de acuerdo con criterios de imputación subjetiva, como el dolo o la culpa grave, de manera que deja de tomar en consideración otros criterios de imputación como la culpa no grave (leve o levisima) o incluso el propio riesgo”.

“En cambio, no parece que case muy bien el carácter indemnizatorio de la responsabilidad concursal con el hecho de que quienes sufren el perjuicio o daño por la actuación de los administradores, ya se entienda que lo sufre la propia sociedad persona jurídica, ya se entienda que lo sufre los acreedores concursales total o parcialmente insatisfechos, carezcan de acción y de legitimación activa ex arts. 48.3 y 172.3 LC”<sup>63</sup>.

Así, entre otros, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA ha señalado que “la ley configura una responsabilidad por el incumplimiento de determinadas obligaciones o deberes que alcanza sólo a los administradores y liquidadores que las incumplen, introduciéndose de esta suerte un elemento de imputabilidad, toda vez que administradores incumplidores sólo lo serán aquellos a quienes el incumplimiento sea imputable”<sup>64</sup>.

Se pregunta BLASCO GASCÓ si “puede haber responsabilidad concursal del administrador si no hay déficit patrimonial. La respuesta obviamente es no; sin perjuicio de la responsabilidad por deudas sociales derivada de los arts. 262.5 LSA y 105.5 LSR. Por tanto, si no hay déficit, no se puede condenar al administrador a cubrirlo total o parcialmente, aunque el administrador haya actuado con dolo o culpa grave”<sup>65</sup>. De esta manera, como dice ESPINOS, “se manifiesta el carácter subsidiario de la responsabilidad concursal”<sup>66</sup>.

Y apunta RONCERO,

“Estamos ante un supuesto de responsabilidad por daño y culpa, pues presupone su concurrencia. Por una parte, la responsabilidad procede únicamente cuando se opte por la liquidación como solución al concurso, y el objeto de la condena es el pago de la totalidad o parte de los créditos concursales no satisfechos con la liquidación. En realidad, estos créditos no satisfechos con la liquidación son el perjuicio sufrido por los acreedores concursales como consecuencia del estado de insolvencia del deudor. Y la condena a indemnizar procede imponerla sólo en el caso de concurso culpable, esto es cuando en la generación o agravación de la insolvencia hubiere mediado dolo o culpa grave de los administradores o liquidadores de derecho

---

<sup>63</sup> BLASCO GASCÓ, F. de P., cit., pgs. 49 y 50.

<sup>64</sup> FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “La responsabilidad concursal de los administradores de sociedades de capital”, en “Comentarios a la Ley Concursal”, Madrid, 2004, pg. 713.

<sup>65</sup> BLASCO GASCÓ, F. de P., cit., pgs. 51 y 52.

<sup>66</sup> ESPINÓS BORRÁS de QUADRAS, A., cit., pg. 528.

o de hecho del deudor persona jurídica (art. 172.3 en relación con el art. 164.1 LC). Contribuye a argumentar así el tenor literal del art. 172.3 LC que no se refiere a la imposición de una sanción automática consecuencia de la calificación de 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, es que también puede no condenar. Y tanto si lo hace como si no, debe acudir a un criterio y éste responde al esquema de la responsabilidad por daño y culpa. Condenará al administrador de derecho o de hecho que con su actuación hubiere generado o agravado la insolvencia y, en este segundo caso, valorará su participación en la agravación para moderar el alcance de la responsabilidad y con ello la parte de los créditos insatisfechos a que debe ser condenado a pagar el administrador. En la medida que el administrador declarado persona afectada por la calificación culpable del concurso es responsable de los hechos que ha justificado tal calificación, en la misma medida también lo es de las consecuencias de la insolvencia generada o agravada por su conducta, y en concreto de la insatisfacción de los créditos concursales. Todo lo cual prueba la existencia de la relación de causalidad entre la conducta culposa y el daño o perjuicio objeto de indemnización<sup>67</sup>.

El repetido AAP Barcelona, Sec. 15<sup>a</sup>, de 06.02.06, ha entendido que:

“Se trata de un supuesto de responsabilidad por daño y culpa, toda vez que presupone su concurrencia. Por una parte la responsabilidad procede únicamente cuando se opte por la liquidación como solución al concurso, y el objeto de la condena es el pago de la totalidad o parte de los créditos concursales no satisfechos con la liquidación. En realidad, estos créditos no satisfechos con la liquidación son el perjuicio sufrido por los acreedores concursales como consecuencia del estado de insolvencia del deudor. Y la condena a indemnizar procede imponerla sólo en el caso de concurso culpable, esto es, cuando en la generación o agravación de la insolvencia hubiere mediado dolo o culpa grave de los administradores o liquidadores de derecho o de hecho del deudor persona jurídica (art. 172.3 en relación con el art. 164.1 LC). Contribuye a argumentar así el tenor literal del art. 172.3 LC que no se refiere a la imposición de una sanción automática consecuencia de la calificación de concurso culpable, sino que otorga al Juez la facultad de poder condenar o no a los administradores: “*a sentencia podrá, además, condenar a los administradores...*”. Luego, si el Juez puede condenar, es que también puede no condenar. Y tanto si lo hace como si no, debe acudir a un criterio y éste responde al esquema de la responsabilidad por daño y culpa. Condenará al administrador de derecho o de hecho que con su actuación hubiere generado o agravado la insolvencia y, en este segundo caso, valorará su participación en la agravación para moderar el alcance de la responsabilidad y con ello la parte de los créditos insatisfechos a que debe ser condenado a pagar el administrador. En la medida que el administrador declarado persona afectada por la calificación culpable del concurso es responsable de los hechos que han justificado tal calificación, en la misma medida también lo es de las consecuencias de la insolvencia generada o agravada por su conducta, y en concreto de la

---

<sup>67</sup> RONCERO, A., “Naturaleza y caracteres de la responsabilidad concursal de los administradores de sociedades de capital”, en RCO 7/2007, pgs. 143 y ss.



insatisfacción de los créditos concursales. Todo lo cual prueba la existencia de la relación de causalidad entre la conducta culposa y el daño o perjuicio objeto de indemnización”.

En cualquier caso, ni la responsabilidad derivada de los arts. 133 a 135 LSA ni, por remisión del art. 69 LSRL, según la citada STS 28.04.06, ni la responsabilidad concursal de los administradores, es una responsabilidad objetiva. Así, dice la STS que “la responsabilidad de que se trata se regula de modo especial, innovando en parte la regulación general de la responsabilidad extracontractual contenida en los arts. 1.902 y sigs. CC, pero no admite la calificación de objetiva, por más que se impute bajo la presunción de culpa (art. 133. LSA), que se establezca expresamente como solidaria o que se alargue el plazo de prescripción de la acción. Los citados preceptos, concluye la sentencia, no convierten a los administradores en garantes de la sociedad, a diferencia de lo que se obtendría de una de las posibles lecturas de la acción ex art. 262. LSA”.

En relación con la responsabilidad concursal, ha señalado SANCHO GARGALLO que, “en la calificación del concurso, excepcionalmente se prevé la posibilidad de condenar a los administradores a pagar total o parcialmente los créditos concursales no satisfechos con la liquidación. Con esta novedad, la calificación traspasa la finalidad sancionatoria y admite una finalidad indemnizatoria. Por tanto, la finalidad de la calificación civil del concurso es depurar la responsabilidad civil del deudor en la causación de la insolvencia<sup>68</sup>”.

Existe una indefinición legal que traslada al Juez, no sólo la interpretación, sino casi la propia “elaboración” de la norma, labor extraordinariamente delicada, por la trascendencia y alcance prácticos<sup>69</sup>. Esta afirmación se sostiene en que no sólo los elementos esenciales de esta responsabilidad quedan sin definir, sino también en que la propia condena al pago del pasivo restante, aunque tiene carácter cumulativo con los restantes efectos de dicha calificación (particulares problemas plantea su compatibilidad con la condena a indemnizar los daños y perjuicios, que abordamos *infra*), no es un efecto anudado de forma automática o indisoluble a la calificación del concurso como

---

<sup>68</sup> SANCHO GARGALLO, I., “Calificación del concurso” en A.A.V.V., “Las claves...”, cit., pg. 547; también en A.A.V.V. “La Responsabilidad social de los administradores de las sociedades mercantiles” en Estudios de Derecho Judicial, 2005, pg. 166.

<sup>69</sup> GARCÍA CRUCES, “Artículo 172. Sentencia de calificación”, cit., pg. 2597; ROMERO, *Derecho Concursal*, cit., pg. 286; MAMBRILLA, “Artículo 172. Sentencia de calificación”, cit., pg. 2849; GARNICA MARTÍN, J. R., “Aspectos procesales de la Ley Concursal”, en AA.VV. dirigidos por Garnica Martín, J. R., *La nueva Ley Concursal*, Cuadernos de Derecho Judicial, XVIII, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2003, pg. 271. Critica FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, “La responsabilidad concursal...”, cit., pg. 714, el empleo del verbo “podrá”, porque el legislador “no especifica el criterio con el que el Juez exigirá o no responsabilidad al administrador y, en caso de pago, el cumplimiento total o parcial del mismo”.

culpable, a diferencia de los pronunciamientos de la sentencia de calificación recogidos en el art. 172.2 LC<sup>70</sup>; tal calificación es necesaria, pero no es el único requisito, sino que deben concurrir otras circunstancias.

La discrecionalidad otorgada al juez del concurso en su decisión de imponer o no responsabilidad concursal puede interpretarse como una llamada a la aplicación de los presupuestos generales de la responsabilidad civil.

Con acuerdo al respecto, sobre la base del empleo por el legislador del verbo “podrá”, hay discrepancia sobre el verdadero alcance de esa facultad. Para algunos, una vez que concurren los requisitos legales, el Juez debe decretar la condena, por lo que la norma no se refiere a la facultad del Juez, sino a la posibilidad de que dichas circunstancias se den o no, o al diferente alcance subjetivo y objetivo de la condena<sup>71</sup>.

Pero se señala que el Juez deberá valorar la conducta de cada uno en la generación o agravación de la insolvencia, a fin de determinar las responsabilidades que deberán imputárseles en su caso<sup>72</sup>, lo cierto es que la propia calificación del concurso como culpable está en ocasiones desconectada de la generación o agravación de la insolvencia, y ligada a una serie de conductas que no siempre han sido determinantes, ni de una, ni de otra.

Parte de la doctrina conecta esta responsabilidad con los deberes generales de diligencia y lealtad, y señala que la individualización de la condena y la concreción de su alcance deben realizarse en función de la concreta conducta de cada uno de los afectados, del grado de incumplimiento de los deberes específicos o de los deberes

---

<sup>70</sup> ROMERO, *Derecho Concursal*, cit., pg. 285.

<sup>71</sup> Para GARCÍA CRUCES, “Artículo 172. Sentencia de calificación”, cit., pg. 2597, “Esta previsión no significa que la condena de responsabilidad concursal no le venga impuesta al juez del concurso”, pero para ello, y a diferencia de otros pronunciamientos de la sentencia, “será precisa una justificación adicional que, en razón de las circunstancias concurrentes en el particular concurso calificado como culpable, lleve al juez concursal a sentar la procedencia de esta última condena”. En opinión de ALONSO UREBA, “Art. 172.3. (responsabilidad concursal...)”, cit, pg.1442, “Si la calificación del concurso como culpable es el presupuesto sustantivo de la responsabilidad concursal y dicha calificación se basa en la imputación (dolo o culpa grave) a los administradores-liquidadores de la generación o agravación del esta do de insolvencia, lo lógico sería concluir que si hay dicha imputación habrá la consiguiente responsabilidad concursal de los administradores-liquidadores ex art. 172.3 LC, debiendo entenderse el “podrá” de dicho precepto a partir de las consideraciones anteriores. (...) Cosa distinta es que el juez no tenga que extender dicha responsabilidad a todos los administradores o liquidadores ni a todos por igual, siendo éste el sentido que debe darse interpretativamente al “podrá””; reitera esta opinión en las pgs. 1443 y 1446.

<sup>72</sup> MAMBRILLA, “Artículo 172. Sentencia de calificación”, cit., pgs. 2848 y 2850.

generales<sup>73</sup>, y la ponen en relación con la estructura y régimen de funcionamiento del órgano<sup>74</sup>.

No señala la LC el tipo de responsabilidad —solidaria o mancomunada— en caso de pluralidad de responsables. Salvo que se dé alguna razón que justifique la condena solidaria (solidaridad impropia que, tal y como tiene establecida una muy consolidada jurisprudencia, procede cuando no es posible individualizar comportamientos ni responsabilidades entre los varios agentes), la responsabilidad, si son varios los condenados, será mancomunada, sobre la base del art. 1137 CC<sup>75</sup>, regla de la mancomunidad que nos parece y se considera más acertada<sup>76</sup>.

A pesar de la responsabilidad solidaria por deudas —solidaridad entre la sociedad y los administradores y de estos entre sí— que consagran ciertos preceptos de la legislación societaria (art. 262.5 y disp. transitoria 3ª 3 LSA; art.105.5 LSRL); la del art. 172.3 LC es una responsabilidad subsidiaria o de segundo grado, pues se exige el agotamiento del patrimonio de la persona jurídica declarada en concurso culpable, es decir, gozan los

---

<sup>73</sup> LLEBOT MAJÓ, J. O., “La responsabilidad concursal de los administradores”, *Revista General de Derecho*, núm. 657,1999, pg. 7565; Fernández De La Gándara, “La responsabilidad concursal...”, cit., pgs. 712 y 714; García Cruces, “El problema...”, cit., pgs. 306-307; Alonso Ureba, “Art. 172.3 (responsabilidad concursal...)”, cit., pgs. 1433,1438,1446 y 1448; ídem, “La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad...”, cit., pg. 535; MAMBRILLA, “Artículo 172. Sentencia de calificación”, cit., pg. 2847.

<sup>74</sup> ALONSO UREBA, “Art. 172.3 (responsabilidad concursal...)”, cit., pg. 1440.

<sup>75</sup> Para GARCÍA-CRUCES, “El problema de la represión...”, cit., pg. 307, dada la imprevisión del precepto, presente en el Proyecto de Ley Concursal, resultarán de aplicación las reglas generales vigentes en nuestro Derecho (art. 1137 CC). Ello no obstante, afirma el autor: “el criterio de imputación que atiene al concreto proceder de cada administrador no evitaría la posible identidad de la condena entre varios de ellos o, simplemente, la coincidencia parcial respecto del importe de dicha responsabilidad (parcial para uno de ellos y total para otro), dándose lugar a situaciones en que el interés de los acreedores abogaría a favor del reconocimiento de tal regla de solidaridad, pudiéndose incorporar tal opción —si se estimara oportuno— durante la tramitación parlamentaria de este texto”. Por el contrario, para AA. VV. coordinados por Villoría, *Reforma Concursal*, cit., pg. 346, “(A)unque la Ley no lo precisa, los administradores que resultan condenados responden solidariamente entre sí, sin que exista posibilidad alguna de exoneración”; también para MACHADO, *El concurso de acreedores culpable...*, cit., pg. 290, debe imperar la solidaridad.

<sup>76</sup> ROMERO, *Derecho concursal*, cit., pg. 292; MAMBRILLA, “Artículo 172. Sentencia de calificación”, cit., pg. 2850; GARCÍA CRUCES, “Artículo 172. Sentencia de calificación”, cit., pg. 2598. ALONSO UREBA, A., “La responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal”, en AA. VV. dirigidos por García Villaverde, R., Alonso Ureba, A. y Pulgar Ezquerro, J., *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal*, Madrid, 2002, pg. 308, excluye la solidaridad dada la amplitud de información de la que se dispone; ídem, “Art. 172.3 (responsabilidad concursal...)”, cit., pg. 1443, considera un acierto la exclusión que hace el precepto respecto de la solidaridad en la responsabilidad concursal de los administradores-liquidadores, frente al régimen general de la acción social, que parte del carácter solidario de la misma (art. 133 LSA). ROMERO, *Derecho concursal*, cit., pg. 287, considera más acertada la regla de la mancomunidad: “sólo a los administradores a quienes se les pueda imputar el incumplimiento doloso o con culpa grave podrán ser responsables”. Para FERNANDEZ DE LA GÁNDARA, “La responsabilidad concursal...”, cit., pg. 719, no es de aplicación el régimen de solidaridad, porque la sanción opera únicamente respecto de los acreedores (*rectius*, administradores) a quienes quepa imputar haber contribuido dolosamente o con culpa grave a la generación o agravación del estado de insolvencia. Nos parece que eso está claro: lo que no se plantean estos autores es si cabe, a los considerados responsables, condenarlos de forma solidaria (a pagar el total), o si cada uno debe hacer frente sólo a una parte de la deuda.

administradores y liquidadores del beneficio de excusión<sup>77</sup>. Este apartado recoge una responsabilidad subsidiaria de los administradores declarados culpables, y que deben responder con sus propios patrimonios de las deudas de la masa del concurso en cuanto los activos de la masa no bastan para satisfacer a todos los acreedores, y no solidaria.

#### **1.2.2.4. “Forum shopping” y “Tertium genus” entre las tesis indemnizatoria y sancionatoria**

Las dos direcciones sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad ex art. 172.3, se mantienen igualmente por la jurisprudencia”, así, el Auto de la AP de Barcelona Secc. 15ª de 02.02.2006 entiende que la responsabilidad ex art. 172.3, es una responsabilidad de tipo indemnizatorio, mientras que la sentencia de Madrid Secc. 28ª de fecha 05.02.2008 defiende su carácter sancionador (incluidas en texto completo en Anexos 2 y 3 de este trabajo).

Como señala ALCOVER<sup>78</sup>, “ello es de una indudable gravedad, ya que no se está en presencia de una mera divergencia doctrinal, sino que la misma se da en las decisiones de los tribunales, lo que significa que en un tema de tanta trascendencia práctica como éste *hay una absoluta falta de seguridad jurídica* y, por ende, *de previsibilidad*, lo que coloca en una insoportable situación aleatoria a los administradores de las sociedades de capital –y a sus asesores legales les impide prestar el asesoramiento necesario-. Así, los administradores, dependiendo del Juzgado que tramite el concurso, pueden quedar finalmente sujetos a una responsabilidad de corte indemnizatorio que nada añade a la indemnización ya fijada por el art. 172.2.3º o pueden quedar sujetos a una responsabilidad de tipo sancionador que puede llegar a interpretarse, y así se hace el algunas sentencias, de forma extremadamente dura”.

Desde esa interpretación resulta comprensible la visceral crítica de ALCOVER<sup>79</sup>, que alude a una “*falta de tipificación intolerable*”.

---

<sup>77</sup> Para FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, “La responsabilidad concursal...”, cit., pg. 714, se trata de una responsabilidad subsidiaria porque se ciñe al déficit patrimonial.

<sup>78</sup> ALCOVER GARAU, G., “Aproximación a la naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal de los administradores de las sociedades de capital”, en RCP 7/2007, pg. 95.

<sup>79</sup> ALCOVER GARAU, G., “Introducción al régimen jurídico de la calificación concursal”, en “Derecho Concursal” de GARCIA VILLA VERDE, ALONSO UREBA y PULGAR EZQUERRO, Madrid, 2003, pg. 502.

Pero es más, no solo depende del Juzgado que tramite el concurso, sino de los diferentes criterios de las Audiencias, como se ha puesto en evidencia en este trabajo al contrastar los diferentes enfoques, las divergencias, de los de las de Madrid y Barcelona, que llevan a los Juzgados “dependientes” de las mismas a uniformar sus resoluciones de acuerdo con ello.

Y la anterior situación puede dar lugar a un “*forum shopping*” entre las AP de Madrid y Barcelona, salvando lo establecido en el art. 10 LC<sup>80</sup>, hasta que no se conozca el criterio del Tribunal Supremo, al resolver algún recurso de casación manifestándose sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal. Es evidente que sociedades con capacidad económica suficiente y con una razonable previsión y planificación de su actividad puedan preparar su posible concurso, con un plazo mínimo de seis meses, en el lugar más conveniente para sus intereses, o mejor dicho los de sus administradores.

Sin entrar en consideraciones que desbordarían la amplitud y sentido de este trabajo, si podemos considerar que la responsabilidad concursal tiene una naturaleza compleja, pues además de atender un resarcimiento, cumple también una función punitiva y hasta de prevención o disuasoria.

“Nos hallamos en un sistema que tiende a indemnizar un determinado daño derivado de una conducta ilícita frente a la que reacciona el ordenamiento jurídico, si bien es cierto que a esta reacción solemos denominarla sanción, con todo lo que esto supone, de entrada, en el bagaje de criterios hermenéuticos<sup>81</sup>”. Con otras palabras, SÁNCHEZ CALERO ha sostenido la finalidad indemnizatoria de la medida no exenta de carácter sancionador, “que solo se cumple si el juez estima que junto al daño sufrido por los acreedores al no recibir la totalidad del importe del crédito, se promueva la existencia de una relación de causalidad entre la conducta dolosa (o con culpa grave de cada administrador) y ese daño”.

La mera literalidad de la norma no permite una solución inequívoca a la problemática planteada. No obstante los fundados argumentos expuestos en apoyo de una pretendida teoría causalista de la responsabilidad concursal, los defensores del carácter

---

<sup>80</sup> El art. 10 LC indica en su párrafo 2 que “será ineficaz ... el cambio de domicilio efectuado en los seis meses anteriores a la solicitud del concurso”, presumiéndose para la persona jurídica que “el centro de los intereses principales se halla en el lugar del domicilio social”.

<sup>81</sup> SANCHEZ CALERO, F., “Los administradores en las sociedades de capital”, Madrid, 2005, pgs. 455 y sigs.

objetivo y sancionador de la misma aducen, de una parte, que de la dicción textual del precepto no se hace mención alguna al nexo causal ni al carácter indemnizatorio de la responsabilidad, a diferencia de lo que sucede con respecto al art. 172.2.3° LC, en el que decididamente así se expresa, por lo que parece que el legislador ha optado en esta ocasión por un tipo de responsabilidad diferenciada de aquélla. Por otra parte, tiene unos visos que nos recuerdan la aludida responsabilidad sanción, por cuanto se hace depender la posible condena a unos presupuestos dados, como son la calificación del concurso, la apertura del proceso liquidatorio y la existencia de créditos fallidos, sin que precise de ningún otro presupuesto causal añadido.

Sin embargo, el principal argumento que apoya la distinta naturaleza jurídica de dicha responsabilidad concursal radica en un *criterio sistemático* de orden interno, pues, es revelador que en el mismo precepto el legislador, en un caso, haga uso con tanta claridad de la expresión que denota, sin posibilidad de discusión, que nos encontramos ante una responsabilidad de tipo causal -causados, se dice sin ambages-, mientras que acto seguido se oculta tal expresión sumiendo el texto en una indeterminación difícil de entender. Por tanto, analizando su sistemática interna, parece que no es descabellado deducir que si el legislador se manifestó con claridad al referirse a la responsabilidad por los daños y perjuicios causados, debió querer aludir a otra clase de responsabilidad cuando se pronunció de otro modo en el apartado siguiente. Naturaleza jurídica que se identifica mejor tanto con el *iter* legislativo de la norma en cuestión, como con la doctrina emanada mayoritariamente a la luz de la denominada *action de comblement du passif social* del Derecho francés, antecedente comparado más próximo cualitativamente a la aludida norma concursal.

Escribe PRENDES CARRIL

“Consideramos que la responsabilidad concursal por el déficit liquidatorio prevista en el art. 172.3 LC es una especie de *tertium genus*, a caballo entre la responsabilidad por daño o indemnizatoria y la responsabilidad sanción, que opera a modo de responsabilidad *objetivada*, que no objetiva ni automática, en la que hay que determinar el grado de imputación del resultado deficitario y la conducta, activa u omisiva o de mero incumplimiento legal, de los administradores societarios. Grado de imputación que se determinará no conforme a criterios puramente causalistas (teorías de la *conditio sine qua non*, o de la causalidad adecuada, entre otras), en que la acreditada y concreta relación de causalidad se exige en toda su intensidad, sino, mediante *criterios de imputación objetiva* que modulan los rigores de la teoría de la causalidad. Se trata de determinar en qué medida el déficit concursal resulta imputable objetivamente a las personas responsables para las que se solícita alguna de las consecuencias de la calificación por haber contribuido a

*generar o agravar* el estado de Insolvencia concursal, o bien, en qué medida con su conducta hubieren provocado la calificación culpable del concurso<sup>82</sup>”.

Compartimos esta tesis, esta “*tertium genus*”, que abre una vía a que no se sancionen automáticamente determinadas situaciones ni a que permanezcan exentos de responsabilidad quienes han permitido, aunque sea por omisión, perjuicios o daños considerables a terceros<sup>83</sup>.

#### Y continúa PRENDES CARRIL

“En la responsabilidad indemnizatoria, el causante del daño debe responder en la medida y en el *quantum* que resulte acreditado en cada caso, de conformidad al concreto nexo causal existente entre éste y la culpa del agente. Por el contrario, en la responsabilidad contemplada en el art. 172.3 LC no es necesaria la prueba del concreto nexo causal al modo que opera en el marco del art. 172.2.3° LC, bastando, sin embargo, su determinación conforme a criterios de imputación objetiva, que no se desligan totalmente de la conducta de los administradores o liquidadores sociales, ni de su gravedad, y sin limitarlo al realmente causado y acreditado. De este modo, mientras que en el marco indemnizatorio del art. 172.2.3° LC es necesario acreditar el daño concreto causado por la actuación u omisión negligente, para obtener una sentencia condenatoria por el mismo, sin embargo, en el marco de la responsabilidad objetivada del art. 172.3 LC, denominada responsabilidad por el déficit concursal, es posible obtener sentencias condenatorias, e individualizadamente, por el tanto por ciento que fuere menester sobre el importe del déficit concursal, en función del juicio o valoración que el juez en cada caso realice conforme a criterios de imputación objetiva. El juzgador podrá concretar el desvalor de la conducta activa u omisiva o incumplimiento legal del administrador o liquidador responsable, determinando motivadamente el tanto de responsabilidad en el déficit concursal, sin atenerse a criterios pura mente causalistas. Así, conductas tales como determinadas irregularidades contables o incumplimientos de obligaciones puramente formales, que pudieron justificar la calificación culpable del concurso (arts. 164.2 y 165 LC), que no se hallan ligadas causalmente con el déficit concursal, sin embargo, permiten ser sancionadas en mayor o menor medida según resulte del juicio de imputación objetiva realizado por el juzgador, dentro del límite máximo de responsabilidad determinado en la propia norma concursal”.

Hay supuestos que han podido justificar la calificación culpable del concurso y no puede decirse que hayan generado ni gravado el estado de insolvencia, ni contribuido al déficit concursal cuya responsabilidad se sanciona en el (art. 172.3 LC).

---

<sup>82</sup> PRENDES CARRIL, P., “Naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal de los administradores sociales (art. 172.3 LC): déficit concursal e importancia objetiva”, en AJA de 28.06.07, pgs. 1 y 11-14. Insistiendo en su “La Responsabilidad de los administradores la reforma concursal” en Aranzadi-Civil nº 11 de octubre de 2004.

<sup>83</sup> Comparten esta opinión BRANDI, M. Y MUÑOZ ARANGUREN, A., “Algunas consideraciones acerca de las acciones de responsabilidad contra los administradores sociales en el marco de la nueva Ley Concursal”, en CDC, nº 44, diciembre 2005, pg. 134.

Y concluye PRENDOS CARRIL

“Como criterios de imputación objetiva cabe aludir al criterio de la previsibilidad de las consecuencias y su adecuación a la conducta, la finalidad de protección de la norma y el incremento del riesgo. La valoración de la adecuación o idoneidad de la conducta y de la previsibilidad de sus consecuencias debe realizarse por el juzgador con parámetros objetivos, ordenado empresario medio ideal, huyendo de toda imputación subjetiva, pero sin desprestigiar las concretas circunstancias que influyeron o acompañaron a la misma o a la toma de decisiones. Por otra parte, el juzgador, en su sentencia, deberá motivar el juicio de Imputación objetiva, modulador del nexo causalista, dentro de un amplio marco de discrecionalidad, pero sin incurrir en la arbitrariedad, proscrita en el art. 9.3 CE. El juicio de previsibilidad objetiva debe hacerse con referencia a un ordenado empresario medio ideal, pero contemplando las concretas circunstancias que acompañaron o influyeron en su conducta y decisiones adoptadas”.

Y finaliza

“La sentencia podrá condenar en más o en menos a cada uno de los afectados por la calificación, en función del grado de imputación objetiva entre su conducta, activa u omisiva, o mero incumplimiento legal, dolosa o gravemente negligente, y el déficit concursal, valorando la gravedad de la infracción de los deberes propios de los administradores que hayan determinado la calificación del concurso como culpable, sin que ello implique que el juzgador tenga que atenerse a una conducta concreta o incumplimiento legal específico, al modo que ocurre en la órbita societaria de la responsabilidad sanción (ex arts. 262.5 LSA y 105.5 LSRL), sino que dicha responsabilidad por el resultando, deficitario es susceptible de aplicación a múltiples situaciones, que, como las previstas en el art. 164.1, 164.2 o 165 de la Ley Concursal, pueden determinar que el concurso sea declarado como culpable, y también a diferentes estados en los que pueden encontrarse los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, en los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso”.

Los criterios de la *imputación objetiva* salvan los rigores de la teoría de la causalidad en la determinación del nexo causal entre el daño y la culpa. En la *responsabilidad objetivada* contemplada en el art. 172.3 LC no se puede hablar propiamente de daño y relación causal, sino de condición de administrador o liquidador en los términos vistos, culpabilidad del concurso -cuya declaración lleva implícita la culpa o negligencia en la conducta de las personas afectadas por la calificación-, déficit concursal e imputación objetiva”.

En el caso de que nos decantemos, como es mi criterio, por la responsabilidad objetivada, a caballo -*tertium genus*- entre la responsabilidad causal o indemnizatoria y



la responsabilidad *ex lege* o sanción civil, para la depuración de las responsabilidades, alcance y quantum de las mismas, además de los presupuestos societarios y concursales, habrá que estar al juicio de imputación objetiva que realice en cada caso el juzgador.

El art. 172.3 LC establece que el juez, “*en la sentencia de calificación podrá, además, condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable (...), a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa*”. Por tanto, se impone un límite máximo en el *quantum* de la responsabilidad propiamente concursal, concretamente, el déficit patrimonial o insuficiencia de activo para satisfacer a la masa pasiva. Dentro de ese límite máximo, el juez podrá condenar a todos o alguno de los administradores, en todo o en parte de los créditos fallidos, *cuya concreción subjetiva y objetiva dependerá de la imputación de las correspondientes responsabilidades, en atención a la gravedad de la infracción de los deberes propios de los administradores que haya sido determinante para la calificación del concurso como culpable*.

## 2. CARACTERIZACIÓN GENERAL

### 2.1. LA MEDIDA CAUTELAR DEL ART. 48.3 LC: ENCUADRAMIENTO Y NOTAS DEFINITORIAS

Asegura RAMOS ROMEU que

“la historia de la regulación de la tutela cautelar es la historia de la búsqueda de los mecanismos jurídicos para evitar la adopción de medidas que el sistema considera indeseables y permitir la adopción del resto, en función de las circunstancias económicas y sociales de las relaciones y los pleitos. Hoy en día puede hablarse de la consolidación legal de dos grandes instrumentos: la responsabilidad civil por daños derivados de la tutela cautelar, junto con la caución, y el control judicial de los presupuestos de la cautela. Asimismo, otros sistemas jurídicos han experimentado con la responsabilidad penal o sancionatoria, que también ha sido sugerida puntualmente por la doctrina nacional, pero no ha calado en el sistema positivo de tutela cautelar español. El presupuesto de la idoneidad de la medida requiere relacionada con lo que se pretende en el proceso principal y los peligros que se tratan de conjurar, sin que la incertidumbre sobre la idoneidad impida *per se* la adopción de una medida. La introducción del principio general del art. 726.1.1 LEC ha supuesto posiblemente una mejora en el tratamiento de la idoneidad en la práctica forense. Pero también se ha constatado que el catálogo de medidas está dificultando la aplicación del principio general. La proporcionalidad de la medida en sentido estricto es aquella que pondera los daños esperados que podrían sufrir las partes en el caso concreto. La LEC 2000 no responde al ideal de la medida proporcionada de varias formas, en particular, al no permitir que el juez ponga sobre la balanza los beneficios y los costes de la tutela solicitada. Cosa distinta es que los tribunales prescindan de la ley para, de hecho, aproximar la práctica actual a lo que requiere la teoría esbozada de la medida proporcionada<sup>84</sup>”.

ORDUÑA MORENO opina que

“hay un carácter de instrumentalidad; pero se trata de una instrumentalidad no necesaria, que normalmente está destinada a no funcionar, y que puede alcanzar su objeto, mejor que funcionando en el proceso, contribuyendo a evitarlo. Se podría decir que estos derechos cautelares, mejor que a prevenir la lesión del derecho principal, tratan de prevenir la formación del estado de peligro, que si faltasen esos derechos, haría nacer la necesidad de una providencia cautelar<sup>85</sup>”.

---

<sup>84</sup> RAMOS ROMEU, F., “Las medidas cautelares civiles”, en “Análisis jurídico-económico”, Atelier, Barcelona, 2006.

<sup>85</sup> ORDUÑA MORENO, F. J., y TAMAYO HAYA, S., “La protección patrimonial del crédito”, Tomo I, Thomson-Civitas, CizurMenor, 2006, pg. 463.

GARBERI LLOBREGAT nos dice que

“en el ámbito del proceso civil, al igual que en el resto de tipos procesales, la adopción de las medidas cautelares *constituye una labor propia, exclusiva y excluyente del personal jurisdiccional*. La jurisdiccionalidad propia de las resoluciones cautelares se sustenta, además, en la necesidad de que su efectiva materialización en el proceso vaya precedida de un verdadero enjuiciamiento sobre los presupuestos que las condicionan, enjuiciamiento que se reconduce, a propósito de los presupuestos del *fumus boni iuris* y del *periculum in mora*, a un puro ejercicio de la potestad jurisdiccional (*juzgar y hacer ejecutar lo juzgado* -art.117.3 CE-)<sup>86</sup>”.

Y continúa

“tal y como para el ámbito procesal civil disponen de forma algo reiterativa los arts. 721.1 y 726.1.1º LEC, las medidas cautelares susceptibles de ser acordadas por la autoridad judicial serán aquellas que se consideren necesarias *“para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare”* o, si se prefiere, aquellas medidas conducentes *“a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendency del proceso correspondiente”*. A ambas proclamaciones normativas se añade una tercera, en todo caso similar, que es la contemplada también con carácter general en el art. 727.11a LEC, a cuyo tenor compete a los tribunales la adopción de las medidas cautelares *“que se estimen necesarias para asegurar la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en juicio”*. “La finalidad de las medidas cautelares es, pues, diáfana y clara. Con ellas se *intenta normativamente asegurar que la futura sentencia que se dicte como culminación del proceso pueda llevarse a la práctica de modo útil, pueda, en suma, ser ejecutada con todas las probabilidades de éxito*. Ello determina que dichas medidas se sitúen, *a medio camino entre las exigencias de celeridad en la tramitación de los procesos y la ponderación y tutela de los derechos e intereses litigiosos”*.”

De este modo se desprende, también, de preceptos tales como el art. 721.1 LEC (donde se posibilita la solicitud de resoluciones judiciales de naturaleza cautelar que se consideren necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare) y, sobre todo del art. 726 LEC.

En este precepto se reconoce la posibilidad de acordar *como medida cautelar, “cualquier actuación, directa o indirecta”, que resulte “exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por*

---

<sup>86</sup> GARBERI LLOBREGAT, J. y otros, “Las medidas cautelares en la nueva LEC”, Thomson-Aranzadi, 2º Edic., Cizur Menor, 2007, pgs. 81, 91 y ss., 40 y ss.

*situaciones producidas durante la pendency del proceso correspondiente” (art. 726.1.1º LEC). Incluso podrá acordarse, en concepto de medidas cautelares, aquellas “que consistan en órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso, sin prejuzgar la sentencia que en definitiva se dicte” (art. 726.2 LEC).*

“El legislador, pues, ha otorgado carta de naturaleza tanto a las doctrinal y jurisprudencialmente denominadas *medidas cautelares conservativas o asegurativas* (art. 726.1.1º LEC), que son aquellas tendentes a salvaguardar el estado de cosas existente al comienzo del proceso a fin de evitar que cualquier circunstancia sobrevenida, así intencionada o voluntaria cuanto accidental, impida o dificulte la ejecución del pronunciamiento judicial (v. gr. el embargo preventivo), como a las llamadas *medidas cautelares anticipatorias* (art. 726.2 LEC), las cuales, como indica la propia nomenclatura con que se las significa, no se encaminan a mantener el *status quo* inmanente al iniciarse el proceso sino a innovarlo<sup>87</sup>”.

El catálogo de medidas cautelares que puede adoptar el Juez del concurso no sólo está tratado de modo disperso en la propia Ley Concursal sino que es preciso, además, acudir fuera de ella (a la Ley Orgánica para la Reforma Concursal, 8/2003 que la acompañaba) para ser consciente de su amplitud. Bien es cierto que ello es consecuencia, en parte, de que algunas de ellas se identifican en la Ley como verdaderas medidas cautelares y otras, en cambio, se presentan como si se tratase de meros efectos que, en determinados casos, pueden acompañar a la declaración de concurso<sup>88</sup>. Esas medidas podrían ser la intervención de las comunicaciones del deudor concursado, la entrada en el domicilio del mismo y su registro o el deber de residencia del deudor (o sus administradores o liquidadores).

La sanción del art. 1 de la LORC ha dado lugar a ciertas dudas respecto de la naturaleza jurídica de estas medidas, ya que se ha debatido entre su consideración como medidas cautelares, o simplemente como medidas con una finalidad diferente a la propia de las medidas cautelares de la misma LC, en cuyo caso podríamos decir que son diligencias similares a las de investigación que se prevén en el proceso penal. Esta diferente naturaleza nos arrastraría a consecuencias distintas en orden a exigir unos presupuestos u otros, en especial si observamos la escueta regulación que se hace de ellas.

---

<sup>87</sup> GARBERI LLOBREGAT, J. Y otros, “Las medidas cautelares en la nueva LEC”, Thomson-Aranzadi, 2º Edic., Cizur Menor, 2007, pgs. 81, 91 y ss., 40 y ss.

<sup>88</sup> GARCIA, E. e IBORRA, C., “Un catálogo de medidas cautelares en el concurso”, ADCo, 2007.3, nº 12, pg. 178.

Entre quienes consideran que se trata de medidas cautelares, se afirma que se deben cumplir en su adopción los principios de idoneidad, funcionalidad, proporcionalidad y de duración temporal. Uno de los argumentos de carácter formal que pueden apoyar esta idea lo encontramos en la tramitación parlamentaria de la Ley, donde se concebían las medidas del art. 1.1 como de naturaleza cautelar. Sólo desapareció esa denominación en una fase más avanzada de la tramitación. Pero en la mente del legislador estaba latente la idea de la cautela cuando se atribuía al órgano judicial la posibilidad de adopción de una serie de limitaciones en la actuación del deudor.

Por el contrario, negar el carácter cautelar de este conjunto de medidas supone asemejarlas a determinadas diligencias propias del proceso penal, si bien hay que reconocer que el legislador ha regulado ligeramente con algo más de detalle los presupuestos necesarios para su adopción, sin que surja la duda de si acudir o no a la LECRIM para determinar los mismos. Únicamente se efectúa esta remisión para la intervención de las comunicaciones telefónicas en cuanto a la forma, no en cuanto a los presupuestos.

Otro de los argumentos ha situado el punto de mira en la finalidad pretendida por ambas medidas como elemento diferenciador. Mientras las medidas cautelares del art. 17 LC tienden a asegurar la integridad del patrimonio del deudor para hacer eficaz la liquidación o el convenio, los efectos de la LORC persiguen garantizar una normal tramitación del procedimiento, permitiendo la obtención de documentos y evitando la actuación fraudulenta del deudor. De ahí que se las haya denominado medidas de intervención.

#### Señala ARIZA

“una de las diferencias entre este tipo de medidas y las cautelares reguladas en la LEC está en la falta de exigencia de caución del solicitante para hacer frente a los posibles perjuicios que pueda deparar su adopción. Además, también hay que tener en cuenta que el juez de oficio puede acordar las mismas, sin que le sea exigible ninguna prestación económica. Por otro lado, si acudimos a los presupuestos generales de las medidas cautelares relativos al *fumus boni iuris* y al *periculum in mora*, comprobaremos que sólo se dan de manera parcial a la hora de adoptar estas decisiones. La norma no nos manifiesta su voluntad de comprobar los mismos, siendo necesario que concurren otro tipo de circunstancias diferentes que nada tienen que ver con las de carácter cautelar”. “Así pues, dos son los presupuestos básicos que deben concurrir para que se acuerde cualquiera de las medidas, en torno a los cuales giran los demás. En primer lugar, la

medida debe ser idónea con el estado del procedimiento del concurso. A ello se le añade la proporcionalidad entre el alcance y el resultado u objetivo perseguido con su adopción. De este modo, idoneidad y proporcionalidad se erigen en presupuestos necesarios para proceder contra la persona del deudor. Pero además, con la funcionalidad y la temporalidad se completa el grado de exigencia que debe justificar la resolución por la que se adopte la medida. Pueden plantearse dudas respecto a la necesidad de que sólo se acuerde en casos de suspensión o intervención de las facultades de administración y disposición del deudor sobre su patrimonio, lo cual constituiría un presupuesto más, sin el cual no procedería su adopción por parte del juez. Pero tal exigencia es indiferente, ya que en ambos casos se pueden limitar los derechos del deudor, sin realizar ninguna distinción al respecto. A pesar de que las facultades estén intervenidas, lo que supondría un grado mayor de confianza en la actuación del deudor, se pueden dar los efectos sobre el concursado<sup>89</sup>.

La Ley Concursal permite el embargo de bienes y derechos de los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, de la persona jurídica concursada y de quienes hubieran tenido tal condición en los dos años anteriores, *cuando resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y la masa activa sea insuficiente para satisfacer las deudas* (art. 48.3). Se trata, por tanto, de una medida instrumental de la sección de calificación, aunque cabe la posibilidad de que ni tan siquiera haya sido todavía abierta. Puede decretarse tanto en caso de concurso voluntario como necesario<sup>90</sup>.

Dentro del precepto especialmente dedicado a los efectos de la declaración de concurso sobre el deudor persona jurídica, encontramos la norma que faculta al Juez de lo Mercantil a ordenar el embargo de bienes y derechos de administradores y liquidadores de la persona jurídica concursada. Este precepto, de indudable rigor y trascendencia práctica (como lo refleja su frecuente invocación en los procedimientos concursales), debe ponerse en relación con el propio art. 172.3 que consagra la responsabilidad por el pasivo restante: en consecuencia, la suerte de aquella medida está ligada al indicio o a la determinación de esta responsabilidad.<sup>91</sup>

---

<sup>89</sup> ARIZA, M<sup>a</sup>. J., en "Medidas cautelares en el proceso de declaración y otras medidas del procedimiento concursal", en "Derecho procesal Concursal", vol. 7 del Tomo XLVII del Tratado de Derecho Mercantil" de OLIVENCIA, M., FERNANDEZ.NOVOA, C., JIMENEZ DE PARGA, R., Coord. JIMENEZ, G., Marcial Pons, Madrid, 2008, pgs. 347 y ss. vid. notas 144 y 145.

<sup>90</sup> GARCIA, E. e IBORRA, C., cit., pg. 183.

<sup>91</sup> Han destacado la vinculación entre ambos VALPUESTA GASTAMINZA, E., "Art. 48. Efectos sobre el deudor persona jurídica", en AA.VV. Dir. por F. Cordón Moreno, Comentarios a la Ley Concursal, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pg. 397; VELA TORRES, P. J., "Tramitación procesal de la sección de calificación del concurso y efectos de la sentencia de culpabilidad", RCP núm. 3/05, pg. 101. También pone en relación ambos preceptos el Auto JM núm. 2 Barcelona de 5 de mayo de 2005.

La naturaleza cautelar de este embargo preventivo es indiscutible, pues pretende garantizar la efectividad del eventual pronunciamiento de condena de la pieza de calificación del concurso, sobre la base del art. 172.3: es más, se ha señalado que, frente a otras medidas de garantía reguladas en la LC, ésta es una verdadera medida cautelar, por su instrumentalidad respecto de un pronunciamiento declarativo. Aparece regulada de forma separada del resto de las genéricas medidas de garantía que contempla la LC, anteriores o coetáneas a la declaración de concurso (arts. 17 y 21.1.4°LC).

A la vista de esta naturaleza y de la general aplicación supletoria de la LEC en todo lo regulado por la LC (disp. final 5ª LC), se plantean diversas cuestiones derivadas de la comparación de ambas disciplinas.

Entre las disposiciones generales sobre las medidas cautelares, la LEC establece la necesaria instancia de parte (art. 721) y, como presupuestos para su adopción, el peligro por la mora procesal y el juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de la pretensión (art. 728). La LEC permite en el art. 733 adoptar la medida sin audiencia del demandado, aunque considera éste un supuesto excepcional, pues la regla general es la provisión previa audiencia; si se ha adoptado sin que haya sido oído el afectado por la medida, podrá éste formular oposición.

Las diferencias del régimen general de la LEC con la regulación de la LC son evidentes. El art. 48.3 LC permite al Juez acordar de oficio la medida, o hacerlo a solicitud razonada de la administración concursal, pero no a instancia del acreedor. No menciona de forma expresa las reglas del *fumus boni iuris* o el *periculum in mora*, y guarda silencio sobre materias tan importantes como la tramitación, la caución y la audiencia de los afectados por la medida, quienes, por otro lado, no son los demandados en el procedimiento principal, el procedimiento concursal, cuyo sujeto es el deudor.

Señala BLASCO GASCÓ que,

“las diferencias entre la medida cautelar prevista en el art. 48.3 LC y las medidas cautelares reguladas en la LEC. Así, a diferencia de las medidas cautelares previstas en la LEC, la prevista en el art. 48.3 LC se caracteriza por lo siguiente: a) Puede ser adoptada de oficio o por solicitud razonada de la administración concursal. En cambio, la medida cautelar regulada en la LEC sólo se puede adoptar a instancia de parte (art. 721.1 LEC). b) La valoración o juicio provisional previo a la adopción de la medida cautelar no tiene por objeto cuanto determina el art. 728.2 LEC, sino dos circunstancias: la fundada posibilidad de que el concurso se declare culpable y la previsión de

que la masa activa sea insuficiente para cubrir la pasiva. Por tanto, el juez debe valorar *ad limine* la conducta de los administradores de la mercantil concursada de acuerdo con las normas y los supuestos de los arts. 164 y 165 LC. c) Tampoco cabría exigir la concurrencia del peligro de mora procesal, requisito que debe entenderse insito en el de la posibilidad fundada de que el concurso sea calificado como culpable: quien, con dolo o culpa grave, lleva a la mercantil a una situación de insolvencia patrimonial, lo mismo puede hacer con su propio patrimonio. d) Con carácter general, en virtud del art. 575 LEC el juez adopta el embargo por la cantidad que reclama quien solicita la medida cautelar; en el ámbito del art. 48.3 LC, el juez acuerda el embargo por la cuantía que estime bastante en función de la posible responsabilidad del administrador o administradores. Dicha cuantía bastante no debe coincidir necesariamente con la cuantía del déficit. e) Finalmente, la medida cautelar del art. 48.3 LC tiene un ámbito subjetivo limitado o tasado que no coincide ni siquiera con el círculo de personas afectadas por la calificación del concurso. El embargo preventivo sólo puede adoptarse respecto de administradores y/o liquidadores, de hecho o de derecho, pero no de quienes, por ejemplo, hayan actuado como cómplices. Respecto de quienes no sean administradores o liquidadores no se puede adoptar el embargo regulado en el art. 48.3 LC, sino, en su caso, el regulado con carácter general en los arts. 728 y sigs. LEC<sup>92</sup>.

El embargo preventivo, como toda medida cautelar, encuentra su fundamento en el art. 24 CE, esto es, “en el derecho constitucionalmente reconocido a que la tutela judicial otorgada por los órganos jurisdiccionales en la Resolución que pone fin al proceso sea efectiva”. En este sentido, señala el Tribunal Constitucional que “la tutela judicial efectiva no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la futura Resolución definitiva que recaiga en el proceso”.

“El embargo previsto en el art. 48.3 LC puede definirse como la traba, afección o vinculación acordada por el Juez del concurso, de oficio o a instancias de la administración concursal, de una serie de bienes pertenecientes a los que sean o hayan sido administradores o liquidadores de la entidad jurídica concursada, para asegurar la ejecución de la Sentencia en que pueda imponerse la responsabilidad prevista en el art. 172.3 LC. Es una medida cautelar destinada a asegurar la eventual responsabilidad “concursal” que pueda ser impuesta en sede de calificación. Por ello, se considera que dicho embargo tiene carácter instrumental respecto de la responsabilidad concursal. Por otra parte, puede configurarse como un posible medio para asegurar la preferencia de la responsabilidad concursal respecto de las acciones societarias, en particular, de la acción individual (art. 135 LSA) y la responsabilidad ex art. 262.5 LSA y 105.5 LSRL, que pueden ser ejercitadas por los acreedores concursales al margen del concurso<sup>93</sup>”.

---

<sup>92</sup> BLASCO GASCÓ, F. de P., cit, pgs. 24 y 25.

<sup>93</sup> VERDÚ, M<sup>a</sup>.J., cit., pg. 135.



Como vimos en 1.2.2.3, la declaración de la sociedad en concurso no impide el ejercicio de las acciones societarias de responsabilidad frente a los administradores. Tanto la acción social (art. 134 LSA) como la acción individual (art. 135 LSA) y la acción de responsabilidad por incumplimiento del deber de promover la disolución pueden ser ejercitadas durante el procedimiento. La LC legitima a la administración concursal para el ejercicio de la acción social (art. 48.2 LC) y será el Juez del concurso quien conozca de la misma (salvo que se haya ejercitado con anterioridad a la declaración de concurso). No ocurre lo mismo con las otras acciones de responsabilidad que pueden ser ejercitadas por determinados acreedores al margen del procedimiento. Éstos pueden cobrar sus créditos con cargo al patrimonio personal de los administradores sin sometimiento a la *par conditio creditorum*. Por otro lado, puede suceder que, como consecuencia del ejercicio de estas acciones de responsabilidad al margen del concurso, se agote el patrimonio de los administradores, imposibilitando la efectividad de la responsabilidad concursal que pudiera imponerse en sede de calificación (art. 172.3 LC). A través de la institución del embargo preventivo de los bienes de los administradores y liquidadores, se puede garantizar la primacía de la responsabilidad concursal respecto del resto de acciones societarias de responsabilidad.

No se explica la ubicación sistemática del precepto. Se inserta el art. 48.3 LC, inmediatamente después de la referencia a las acciones de responsabilidad que pueden ejercitarse frente a los administradores durante el concurso (acciones que asistan a la persona jurídica deudora contra sus administradores).

El art. 48.3 LC no contempla el embargo como garantía del resultado de la acción social. Tampoco de la acción individual ni de la responsabilidad ex art. 262.5 LSA. Hubiera resultado más coherente, desde un punto de vista sistemático, que una medida cautelar referida exclusivamente a la responsabilidad concursal se hubiera establecido en el ámbito propio del art. 172.3 LC.

Señala ORTELLS que la tutela cautelar se define por su destino a “asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia que se dictare<sup>94</sup>”. De este modo, dice GARNICA que “las medidas cautelares, tal y como aparecen conceptualizadas en el art. 721 LEC, son todas aquellas actuaciones ordenadas por el juez sobre el patrimonio del demandado y que tienden a hacer posible una eventual y futura

---

<sup>94</sup> ORTELLS RAMOS, M., “Concurso de Acreedores y tutela judicial cautelar (A propósito de la nueva Ley Concursal)”, en A.A.V.V., “Las Claves de la Ley Concursal”, Cizur Menor, 2005, pg. 121.

sentencia estimatoria<sup>95</sup>. Su razón de ser se encuentra, en palabras de FERNÁNDEZ-BALLESTEROS en que “existe un proceso declarativo y para hacer posible un futuro proceso de ejecución<sup>96</sup>”. Se pretende asegurar y garantizar la existencia de los bienes presumiblemente insuficientes para satisfacer las deudas.

Indica GARNICA que,

“en el concurso, a lo sumo podrían tener carácter cautelar las que se adopten antes de la declaración del concurso, porque al auto de declaración es posible reconocerle ese carácter de pronunciamiento declarativo a cuya eficacia pueda estar preordenada la medida cautelar que se adopte. Además, el auto de declaración del concurso produce determinados efectos sobre los bienes del concursado que se puede tutelar previamente por medio de medidas cautelares en sentido propio”. “Pero más allá de esa situación no es posible hablar en el procedimiento concursal de medidas cautelares, sino que en realidad debería hablarse, con mayor propiedad, de medidas de garantía. La mayor parte de las medidas de conservación, que en este procedimiento se puedan adoptar son medidas de garantía de la afección patrimonial que, para el deudor común concursado, supone la declaración de concurso. No tienen, por consiguiente, carácter cautelar”. De este modo, no hay duda de que la medida contemplada en el art. 48.3 LC es una medida cautelar”. “En definitiva el embargo del art 48.3 LC es el más claro ejemplo de medida cautelar que se puede adoptar dentro del proceso concursal, porque resulta inequívoca su instrumentalidad respecto a un procedimiento declarativo que se ha de adoptar dentro del propio procedimiento concursal, la sentencia que eventualmente pueda calificar como culpable el concurso<sup>97</sup>”.

Como ha indicado ORTELLS “la norma, por tanto, contiene y regula una determinada medida cautelar, de manera que se pueden verificar los requisitos propios de tales medidas: 1. La aptitud para evitar la infructuosidad del proceso o el *periculum in mora*. 2. La subordinación temporal de la medida. 3. La provisionalidad del contenido. 4. La instrumentalidad del contenido<sup>98</sup>”.

Como toda medida cautelar, es una medida provisional, destinada a mantener una situación de hecho o de derecho para salvaguardar derechos cuyo reconocimiento se solicita al juez que conoce del fondo del asunto. Una de las características de las medidas cautelares es la instrumentalidad. Lo que significa que las medidas carecen de fin en sí mismas y están preordenadas a la emanación de un pronunciamiento

---

<sup>95</sup> GARNICA MARTÍN, Juan F., “Aspectos procesales de la Ley Concursal”, en “La Nueva Ley Concursal”, Cuadernos de Derecho Judicial XVIII-2003, Madrid 2004, pg. 265.

<sup>96</sup> FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A., “Comentarios a la LEC”, T. III, ad art. 721, Barcelona, 2000, pg. 3.221.

<sup>97</sup> GARNICA MARTIN, Juan F., cit., pgs. 265 y 266.

<sup>98</sup> ORTELLS RAMOS, M., cit., pgs. 113 y sigs.

definitivo, del que aseguran preventivamente la eficacia y la utilidad. En este sentido, de acuerdo con E. BELTRÁN “se trata de una medida cautelar especial cuya instrumentalidad se establece en relación con la condena que puede recaer sobre determinados administradores y liquidadores de la persona jurídica de acuerdo con la calificación del concurso como culpable<sup>99</sup>”.

De igual modo GARNICA indica que “la justificación de esa medida cautelar se encuentra en la previsión contenida en el art. 172.2, 1º y 3º, que establece la posibilidad de que se determine que la calificación como culpable del concurso pueda afectar a los administradores concursales o liquidadores de la persona jurídica declarada en concurso, así como resultar condenados en la propia sentencia a indemnizar los daños y perjuicios causados, determinando en la propia sentencia las bases para la liquidación<sup>100</sup>”.

En realidad, la instrumentalidad no se puede establecer de la eventual sentencia, pues la sentencia que califica el concurso como culpable tiene un contenido necesario (art. 172.2 LC) y otro eventual (art. 172.3 LC), precisamente el que determina o no la responsabilidad de los administradores y liquidadores por el total o parcial déficit patrimonial. Al decir el precepto que “la sentencia podrá, además, condenar a los administradores o liquidadores”, también está diciendo que podrá no condenarlos. En cambio COLÁS ESCANDÓN entiende que “la expresión “la sentencia podrá” no manifiesta opción al juez, no es opcional (podrá y, por tanto, también no podrá), sino que se refiere a la concurrencia de los requisitos, de manera que si tales requisitos concurren el juez no podrá (o sí podrá) condenar, sino que deberá condenar necesariamente a los administradores y liquidadores<sup>101</sup>”. En el mismo sentido parece pronunciarse VICENT CHULIÁ<sup>102</sup>.

Las medidas de garantía de la traba o embargo pretenden asegurar que los bienes trabados permanecerán en el patrimonio del ejecutado y precisamente como se encontraban en el momento de la afección, hasta que llegue el momento en que deban ser realizados. Por tanto, como recuerda GARNICA, “tales medidas pretenden conjurar el riesgo de que el deudor oculte o destruya físicamente los bienes embargados o

---

<sup>99</sup> BELTRÁN, E., “Comentario a la Ley Concursal”, dir. A. Rojo y E. Beltrán, T. I, Madrid, 2004, pg. 977.

<sup>100</sup> GARNICA MARTÍN, Juan F., cit., pgs. 265 y sigs.

<sup>101</sup> COLAS ESCANDÓN, Ana Mª, en “Comentarios a la Ley Concursal”, Coord. R. Bercovitz vol. II, *ad.* art. 172, pg. 1.804.

<sup>102</sup> VICENT CHULIÁ, F., cit., pgs. 57 y sigs.

menoscabe su valor económico, así como que puedan salir del patrimonio y ser adquiridos por un tercero de modo irreivindicable<sup>103</sup>”.

Se cumplen los tres elementos que permiten afirmar que estamos en presencia de una auténtica medida cautelar: el temporal, el funcional y el provisional.

Respecto de la sustitución por otra medida cautelar, aunque la Ley Concursal sólo menciona el aval de entidad de crédito, el auto de la AP Asturias Secc. 1ª de 01.02.2008 admite que conforme al art. 726.1.2º LEC se supla por la administración judicial de la persona jurídica administradora de la concursada, y que el nombremiento para aquélla recaiga en uno de los administradores concursales<sup>104</sup>.

En ocasiones los bienes de los administradores o liquidadores que se pretende embargar son acciones o participaciones sociales. Cuando se embargue un porcentaje del capital que suponga una participación mayoritaria, la medida de embargo puede resultar insuficiente. En estos casos parece oportuno sustituir o completar el embargo del art. 48.3 LC, medida cautelar constructiva, con la medida cautelar prevista en el art. 727.2 LEC: la administración judicial de bienes, con el mismo carácter.

## **2.2. PRESUPUESTOS MATERIALES**

Al ser una medida cautelar, el embargo ex art. 48.3 LC precisa reunir determinados requisitos, que la doctrina suele denominar presupuestos materiales. Tradicionalmente, para la adopción de medidas cautelares ordinarias se exige el llamado *periculum in mora* y la apariencia del buen derecho o *fumus boni iuris* (art. 728 LEC), así como la correspondiente fianza o caución.

### **2.2.1. *Periculum in mora***

El peligro por la mora procesal es que con el paso del tiempo el resultado del proceso sea infructuoso, de manera que se dificulte la ejecución de la sentencia o se produzca un grave daño por el retraso en la ejecución. La medida cautelar, por tanto, tiende a evitar que el vencimiento jurídico se convierta en un vencimiento pírrico. Por ello, el art. 728.1 LEC establece que el solicitante de la medida debe justificar que, de no

---

<sup>103</sup> GARNICA MARTÍN, Juan F., cit., pgs. 265 y sigs.

<sup>104</sup> Citado por CABANAS TREJO, R., en “Efectos de la declaración de concurso sobre la persona jurídica: pronunciamientos jurisprudenciales”, en RCP 10/2009, pg. 358.

adoptarse la medida cautelar, podrán producirse durante el proceso situaciones que impidan o dificulten la efectividad de la tutela judicial que derive de una eventual sentencia estimatoria.

Se trata de evitar que durante la tramitación del concurso los administradores puedan disponer de sus bienes, haciendo infructuosa la eventual condena que pudiera recaer sobre ellos conforme al art. 172.3 LC.

### **2.2.2. *Fumus boni iuris***

En relación con la apariencia de buen derecho, el art. 728.2 LEC señala que el solicitante ha de presentar todos los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión, pero sin prejuzgar el fondo del asunto. Dichas exigencias se manifiestan asimismo en sede concursal, pues, por un lado, el art. 48.3 LC exige una determinada apariencia de buen derecho o de *fumus boni iuris* (la fundada posibilidad de que el concurso se califique como culpable), y, por otro lado, como ha señalado la doctrina y reiteran los magistrados mercantiles, el art. 48.3 LC tiene unos requisitos específicos. Efectivamente, el art. 48.3 LC materializa tales exigencias o requisitos legales del art. 728 LEC en los siguientes presupuestos: 1. La fundada posibilidad de que el concurso se declare culpable ex arts. 163 y sigs. 172 LC. 2. La previsión de que la masa activa sea insuficiente para cubrir la pasiva; es decir, la previsión de que el pasivo sea superior al activo.

Así, el art. 48.3 LC contiene una medida cautelar que tiende a garantizar la resolución que en su día pudiera dictarse en la sección de calificación del concurso, pero una medida cautelar cuyos presupuestos son especiales, porque la Ley determina y limita los presupuestos por los que se puede adoptar dicha medida cautelar y las personas contra las que se puede dirigir dicha medida. Así, los presupuestos para la adopción de la medida cautelar prevista en el art. 48.3 LC no se deberían buscar en la LEC (art. 728 LEC), sino en el propio art. 48.3 LC.

### **2.2.3. *Peculiaridades en relación con los presupuestos***

El AAP Barcelona, Sec. 15ª, de 06.02.06 ha determinado las peculiaridades de esta medida cautelar: “1. Que puede ser apreciada de oficio por el Juez o a instancia del administrador concursal. 2. Respecto del momento de su adopción, no es preciso

esperar al informe de la calificación del concurso del art. 169.1 LC y ni siquiera a la apertura de la sección de calificación (arts. 163 y 167 LC), si no que puede ser acordada desde la misma declaración de concurso”.

Estas especialidades no empecen a la referida relación de accesoriadad del embargo respecto de la acción principal de responsabilidad de los administradores (o liquidadores) por los créditos no satisfechos con la liquidación, ni a que, en función de ello, deban cumplirse los requisitos generales del *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, analizados siempre en relación con dicha acción principal.

Las discrepancias existentes respecto de la determinación de los presupuestos de la responsabilidad concursal han tenido reflejo en la interpretación del precepto relativo al embargo preventivo, pues éste tiene carácter instrumental respecto de aquélla.

Los presupuestos materiales necesarios para la adopción del embargo preventivo, que contempla el artículo 48.3 de la Ley Concursal, son que resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas. El legislador ha fijado, de este modo, dos de los elementos que integran el *fumus boni iuris*. También -aunque lo omita el artículo 48.3- debe tenerse en cuenta, a efectos de integrar el *fumus boni iuris*, que sólo podrá decretarse el embargo preventivo cuando exista algún indicio de que, en su momento, podría llegar a abrirse la fase de liquidación, pues sólo en este caso, es posible la condena a la cobertura del déficit (art. 172.3 LC). En definitiva, la adopción del embargo se encuentra mediatizada por la concurrencia indiciaria de tres circunstancias: un presupuesto material: la posible calificación del concurso como culpable; un presupuesto cuantitativo: la insuficiencia patrimonial, y un presupuesto procesal, que la previsible solución del concurso sea la liquidación y no el convenio.

Las premisas legales para la procedencia de la medida cautelar contra los administradores de la concursada son las siguientes:

1º) que pueda estimarse *fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable* (y con ello pueda además derivarse una condena a los administradores). La Ley Concursal establece una regla general para la calificación de un concurso como culpable (cuando en la generación o agravación de la insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o de sus administradores o liquidadores -artículo 164.1—) y luego establece unos supuestos en los que procede la necesaria calificación de

culpabilidad (art. 164.2) y otros en los que opera una presunción *iuris tantum* de existencia de dolo o culpa grave (artículo 165). En el trámite cautelar sólo *procede poner de manifiesto la existencia de las circunstancias* que constituyan el sustento de la medida cautelar y que permitan entrever cierto fundamento racional a la exigencia de responsabilidad al administrador, sin que deba prejuzgarse al respecto, pues su enjuiciamiento más profundo quedaría reservado a la sección de calificación; basta en esta fase con la *existencia de indicios de actuaciones dolosas o culposas de los administradores o de las expresamente tipificadas en la Ley como determinantes de la calificación culpable*, estando fuera de lugar, en este momento procesal, la exigencia de prueba concluyente sobre la que fundar la condena al administrador; y

2º) que no existan activos reales en el patrimonio de la concursada con valor suficiente para satisfacer su pasivo, por lo que *ni haya posibilidad de plantear un convenio ni* en la fase de liquidación, que sería la otra salida, *se vayan a poder atender* con cargo a los bienes de la masa activa *las deudas* contraídas por dicha sociedad.

Estas dos circunstancias constituirían el “*fumus boni iuris*”, al que debería unirse el requisito de “*periculum in mora*” (riesgo de ineffectividad de la futura condena).

Parece que se trata de requisitos especiales pero, bien mirado, lo que viene a hacer la LC no es más que concretar los presupuestos generales de la LEC y conectarlos con la acción principal, la condena al pago del pasivo del art. 172.3 LC. De acuerdo con la exigencia de “un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión”, estos requisitos deben cumplirse respecto de la pretensión o acción principal que es la declaración de concurso culpable y la condena al pago del pasivo restante por insuficiencia de masa, razón por la cual expresamente los menciona el art. 48.3 LC.

El requisito del *fumus boni iuris* se traduce en la existencia de indicios lógicos de la concurrencia de los presupuestos generales de la responsabilidad concursal. No es necesario que exista una certeza sobre la cuestión, sino que de lo actuado resulten datos indicativos de la probabilidad de que los administradores hayan influido en la generación o agravación de la insolvencia dolosamente o con culpa grave y que la masa activa sea insuficiente para la satisfacción de los créditos.

### **2.2.3.1. Fundada posibilidad de calificación culpable del concurso**

El art. 48.3 LC se refiere a la *fundada posibilidad* de que el concurso se califique como “culpable”. Del mismo modo, el art. 172.3 restringe la imputación de responsabilidad concursal a los supuestos de calificación “culpable” del concurso. En estos casos el Juez podrá condenar a los administradores al pago del importe total o parcial de los créditos insatisfechos tras la liquidación de la masa activa.

La restricción del ámbito de aplicación de la responsabilidad concursal a los supuestos en que el concurso concluya en fase de liquidación y no de convenio, permite interpretar que sólo podrá decretarse el embargo cuando exista algún indicio de que, en su momento, podría llegar a abrirse la fase de liquidación.

Este presupuesto vincula directamente el embargo cautelar con la calificación del concurso culpable, con la que está esencialmente conectada también la condena al pago del pasivo restante. En consecuencia, para que la medida pueda acordarse, será preciso que existan indicios de dolo o culpa grave en la generación o agravación de la insolvencia, o de alguno de los supuestos o conductas que la Ley predetermina como presunciones para facilitar la prueba: si se constata alguno de los supuestos que integran las presunciones *iuris et de iure* del art. 164.2, el concurso se calificará necesariamente como culpable; las presunciones *iuris tantum* del art. 165 suponen que quedan acreditados el dolo o la culpa grave, aunque será preciso demostrar que estas conductas han generado agravado la insolvencia.

Estas conductas deben vincularse con el eventual responsable, afectado por el embargo, y con el efecto que la Ley impone como requisito, la generación o agravación de la situación de insolvencia, y en ellas debe concurrir ese plus de reproche que supone su realización intencionada o de forma gravemente culposa. Por ello, se hace hincapié en que la agravación debe ser conectada con el caso concreto: la cuestión no se limita a determinar si la conducta es en términos absolutos generadora de una agravación de la insolvencia sino si lo es en términos relativos, esto es, circunscrita a la perspectiva que ofrece el propio proceso concursal y de los acreedores afectados por el mismo.

La *fundada posibilidad* de que el concurso se califique como culpable, no puede ser un mero indicio o pura sospecha, sino que debe determinarse un acto o conducta que, al menos de manera liminar, sea de las conductas contempladas en el art. 164 LC o



tendente a provocar o agravar el estado de insolvencia. Es decir, una conducta que pueda calificarse como administración dolosa o culposa. No puede equipararse al hecho de que se abra o reabra la fase de liquidación. La apertura de la fase de liquidación es un presupuesto para la apertura de la sección sexta, es decir, para la formación de la sección de calificación. No cabe pues confundir el presupuesto con el efecto. Tampoco la insuficiencia patrimonial del deudor común concursado. La insuficiencia patrimonial coincide con el déficit patrimonial y, por tanto, con el otro de los presupuestos, con el que no cabe tampoco confundir. Se trata, como ha dicho FERRER, “de un tipo de resultado que consiste en la causación o agravación de la insolvencia<sup>105</sup>”.

Se ha entendido que las causas de los arts. 164 y 165 LC constituyen un *numerus clausus* con base en una interpretación restrictiva de tales normas. Pero esta afirmación debe ser matizada. Como señala BLASCO GASCÓ

“es claro que se debe partir del principio *odiosa sunt restringenda*, pero una cosa son los supuestos en que descansa la presunción o en que se presume la conducta dolosa o culposa y otra es que sólo dichos supuestos puedan constituirse típicamente conductas que permitan la calificación como culpable del concurso. En otras palabras, el *numerus clausus* vale para las presunciones, *iuris et de iure* o *iuris tantum*, pero no para los supuestos o conductas que permitan calificar el concurso como culpable. No hay, pues, un elenco típico de tales conductas que presumen dicha conducta culpable o dolosa, es decir, presumen que una determinada conducta es dolosa o culposa y que además provoca o agrava el estado de insolvencia. Si se prefiere, se trata de un conjunto de conductas que en sí mismas consideradas, y verificada su concurrencia, son bastante para calificar el concurso como culpable”. “En cambio, los supuestos del art. 165 LC sólo presumen que la conducta sea dolosa o culposa, pero no se presume ni la conducta en sí misma, ni que dicha conducta haya provocado o agravado el estado de insolvencia. *Por ello el sólo hecho de no haber solicitado la declaración del concurso no es bastante para calificarlo como culpable ni, por tanto, permitiría la adopción de la medida cautelar de embargo ex art. 48.3 LC*<sup>106</sup>”.

En la misma línea FERRER advierte que,

“la calificación de culpable presupone que la actuación, o la omisión, reprochable que interviene en el origen o en la agravación de la insolvencia, tiene que resultar imputable al administrador o liquidador a título de dolo o a título de culpa grave. El dolo a que se refiere la Ley Concursal equivale a intencionalidad, a conciencia de que aquella actuación concreta dará origen a la insolvencia o producirá su agravamiento. La culpa grave o *lata* representa un patrón de conducta

---

<sup>105</sup> FERRER, A., “Comentarios a la Ley Concursal”, en Sagrera /Sala/ Ferrer (Coord.), T. III, Bosch, art. 164, Barcelona, 2004

<sup>106</sup> BLASCO GASCÓ, F. de P., cit., pg. 32.

que difícilmente puede ser definido en abstracto, sino que tendrá que ir referido al estándar de conducta exigible según la actividad del concursado y que tiene que conjugarse, no sólo con la posible inexistencia de culpa alguna, sino también con una posible apreciación de culpa, pero no grave. Los límites de la culpa grave y la culpa leve, inevitablemente tendrán que ponerse en relación con las circunstancias de cada caso y su apreciación, en definitiva, quedará encomendada a la prudencia del arbitrio judicial... debiendo también el juzgador no descuidar la prudencia que aconsejaría no perjudicar el socialmente útil sentido creativo de la actividad amparada por el riesgo admitido, connatural con el ejercicio del comercio". "Asimismo, el hecho de que la Ley haga igualmente imputable el acto a título de culpa grave, hace innecesario especial planteamiento conceptual en supuestos de dolo eventual de los actos no amparados por causa de justificación y que, conocidamente, pueden causar o agravar la insolvencia<sup>107</sup>".

En general, se debe entender por *fundada posibilidad* la realización de actos o conductas dolosas en la gestión de la empresa o en el devenir económico de la misma tendentes a la generación o agravación del estado de insolvencia patrimonial. Examinados varios autos de diversos jueces mercantiles, la *fundada posibilidad* de que el concurso se califique como culpable se equipara a la concurrencia de alguno de los supuestos del art. 164 LC o del art. 165 y, en concreto: 1. La no presentación de cuentas anuales (que es un supuesto del art. 165 LC). 2. La ausencia de contabilidad o la pérdida de la misma. 3. La salida (fraudulenta) de bienes. 4. La llevanza de una doble contabilidad. 5. La carencia de activos. 6. La reiterada presentación de una incompleta relación de acreedores. 7. La no aportación de la documentación contable. 8. La instancia a los clientes para que retiraran los pedidos que habían hecho a la sociedad. 9. Una elevadísima deuda con la Seguridad Social. 10. La contabilización de créditos participativos que no fueron desembolsados en momento alguno. 11. El mero retraso en el cumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso. 12. La falta de colaboración o el incumplimiento del deber de información. Salvo excepciones, no hay casos químicamente puros.

En cualquier caso, la calificación como culpable del concurso parte de un tipo básico recogido en el art. 164 LC: cuando en la generación o en la agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o de sus administradores de hecho o de derecho. Con lo que este tipo básico se manifiesta inexorablemente, pero no exhaustivamente, en los seis supuestos que enumera el apartado segundo del mismo art. 164 LC y que conforman conductas suficientemente graves como para permitir, *per se*, calificar el concurso como culpable, sin necesidad de investigar si provocan o agravan el estado de insolvencia ni verificar el dolo o la culpa grave, que se

---

<sup>107</sup> FERRER, A., cit., ad. art. 164.

hallan ínsitos en cada uno de los supuestos de hecho que conforman la presunción *iuris et de iure*.

Así, los criterios de imputación de la responsabilidad concursal son el dolo y la culpa grave; por tanto, un *sistema de responsabilidad subjetiva*. Como ha señalado, entre otros, GARCÍA-CRUCES, “el concurso sólo se puede calificar de culpable si el deudor común ha participado en la causación o agravación del estado de insolvencia de forma dolosa o con culpa grave. Y esta exigencia de dolo o culpa grave no remite en los supuestos del art. 164.2 LC, sino que está embebida en cada uno de ellos. Por tanto, la calificación de culpable del concurso no queda ligada al estado de insolvencia, sino a la conducta del deudor en la causación o agravación de dicho estado<sup>108</sup>”.

El que los supuestos de hecho del art. 164.2 contemplen presunciones que permitan calificar automáticamente el concurso como culpable, no significa que se trate de supuestos de responsabilidad objetiva o, si se prefiere, de una calificación concursal que funciona abstracción hecha del dolo o de la culpa grave del sujeto responsable. Antes bien, supone que dicha culpa grave o dolo conforma el supuesto de hecho sobre el que descansa la presunción. En otras palabras, “acreditada la conducta o el supuesto de hecho, no es preciso acreditar el estado psicológico-subjetivo del sujeto”, como apunta BLASCO GASCÓ<sup>109</sup>.

Por ello, la persona a quien se imputa el dolo o la culpa grave en la causación o agravación del estado de insolvencia puede probar cualquiera de los elementos siguientes: que la conducta no la observó él; que no actuó con dolo o culpa grave; o que tal conducta no generó ni agravó el estado de insolvencia. En definitiva, puede probar que no es autor o, en su caso, no es responsable de la conducta que se le imputa.

Así, la STS 22.11.85 ya estableció que “la norma mercantil no contenía tanto unas presunciones *iuris et de iure* de fraudulencia, cuanto normas de calificación de conducta y comportamiento, que al concurrir determinan necesariamente la calificación de fraudulenta de la actuación del comerciante”.

---

<sup>108</sup> GARCÍA-CRUCES, J. A., cit., págs 252 y sigs.

<sup>109</sup> BLASCO GASCÓ, F. de P., cit., pg. 35.

Por lo que, ha señalado FERRER<sup>110</sup>, “*sería inadmisibile, desde la perspectiva de los parámetros ordinarios y constitucionales del proceso civil, que a la persona a quien se acusa de un ilícito civil se le impidiera practicar prueba exculpatoria*”.

Asimismo, no es necesario probar, en los supuestos del art. 164.2 LC la relación de causalidad; pero sí se puede probar la falta de dicho nexo causal entre el supuesto de hecho en que descansa la presunción y la provocación o agravación del estado de insolvencia. “Parece razonable pensar, dice GARCÍA-CRUCES, que la relación de causalidad forma parte necesaria del supuesto de hecho que aparece considerado en cualquiera de las presunciones acogidas<sup>111</sup>”. En el mismo sentido, se manifiesta CÁMARA ÁGUILA al señalar expresamente que “los supuestos del art. 164 LC exigen nexo de causalidad<sup>112</sup>”.

De acuerdo con FERRER,

“La tipificación de ilícitos civiles, resuelve el problema de una relación de causalidad concreta así como hace innecesaria la discusión de si la conducta es dolosa o la culpa es no grave. Para el legislador los hechos son los suficientemente graves como para determinar la calificación de culpabilidad siempre, claro está, que hayan sido realizados en condiciones ordinarias de imputabilidad<sup>113</sup>”.

En definitiva, ha de verificarse una relación de causalidad, aunque sea laxa, entre la conducta del administrador y la causación o agravación de la insolvencia o si se prefiere del déficit patrimonial porque, sin dicho déficit, tampoco hay responsabilidad por muy reprochable que sea la conducta observada por el administrador.

Si se pretende declarar la responsabilidad del administrador o liquidador por todo o parte del déficit patrimonial de la sociedad concursada, es preciso que el administrador o el liquidador haya actuado con dolo o culpa grave en la provocación o agravación de la insolvencia (art. 164.1), sin que sea bastante, *per se*, la mera concurrencia de alguno de los supuestos del art. 164.2 LC si no hay un mínimo nexo de causalidad.

---

<sup>110</sup> FERRER, A., cit., ad. art. 164.

<sup>111</sup> GARCÍA-CRUCES, J.A., cit., pg. 252.

<sup>112</sup> CÁMARA ÁGUILA, M<sup>a</sup> del PILAR, en “Comentarios a la Ley Concursal (Coord. R. Bercovitz), cit., vol. II, ad. art. 164, pg. 1.754.

<sup>113</sup> FERRER, A. cit., ad. art. 164.

Cabría plantearse si adoptada la medida cautelar con base en alguna de las conductas del art. 165 LC, se puede adoptar *inaudita parte*, pues la presunción es *iuris tantum* y, por tanto, se debe permitir la prueba en contrario.

A veces, también ha servido de supuesto básico para adoptar la medida el hecho de hallarse la sociedad en situación de solicitar la disolución o de reequilibrar el patrimonio por las pérdidas. Pero tales situaciones no son necesariamente situaciones preconcursales de manera que puede haber pérdidas sin que se llegue a situación de insolvencia, de mismos modo que se puede llegar a una situación de insolvencia sin tales pérdidas cualificadas. De hecho, la ley concursal modifica las leyes societarias en tal sentido. En cualquier caso, la situación de disolución de la mercantil no es causa de solicitud de la declaración del concurso, sino de disolución o reequilibrio del patrimonio social.

La cuestión podría ser otra: qué sucede si concurren ambos deberes legales del administrador, es decir, si debe proceder a disolver la sociedad, previo los trámites oportunos, porque las pérdidas patrimoniales superan la mitad del capital social y no se ha reequilibrado la situación, y debe también solicitar la declaración de concurso por cuanto se halla en situación de insolvencia y se verifica el presupuesto objetivo del concurso. Nótese que, si no solicita la declaración de concurso y la solicitara, por ejemplo, un acreedor o, en su caso, el liquidador, su conducta conformaría el supuesto de hecho de la presunción de dolo o culpa grave del art. 165.1 LC por no solicitar la declaración de concurso y que dicho concurso podría entonces calificarse como culpable y el administrador ser condenado a cubrir total o parcialmente el déficit patrimonial de la concursada.

Ha dicho ALONSO UREBA que “si la sociedad se encuentra en situación de insolvencia actual en el sentido del art. 2.2 LC, los administradores sólo se liberarán de responsabilidad ex art. 262.5 y 105.5, si solicitan el concurso, de manera que en este caso no pueden optar entre solicitar la declaración de concurso o proceder a la disolución de la sociedad<sup>114</sup>”. En el mismo sentido, VICENT CHULIÁ observa que “hay poderosas razones para defender que, por aplicación del art. 5 LC, que es la ley especial aplicable en materia de concurso, el deber de solicitar la declaración de concurso prevalece sobre el deber de promover la disolución de la sociedad<sup>115</sup>”.

---

<sup>114</sup> ALONSO UREBA, A., “La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal” en “Derecho Concursal”. “Estudio sistemático de la Ley 22/03 y 48/03 para la reforma concursal”, Madrid, 2004, pg. 565.

<sup>115</sup> VICENT CHULIÁ, F., cit., pg. 19.

En cambio BLASCO GASCÓ matiza que

“si tras el desbalance entre el patrimonio y el capital hay una situación de insolvencia inminente en el sentido del art. 2.3 LC los administradores podrán optar entre promover-instar la disolución o solicitar la declaración de concurso, liberándose de responsabilidad tanto si optan por una vía como si optan por la otra<sup>116</sup>”.

Señala VERDÚ que

“el legislador parece haber concedido una zona de inmunidad a los administradores sociales en el ámbito concursal. Mientras que conforme al régimen de las acciones societarias de responsabilidad, éstos responden de los daños causados al patrimonio social, cualquiera que sea el grado de culpa; en el ámbito concursal sólo responden de la generación o agravación del estado de insolvencia si concurre dolo o culpa grave del administrador, pero no cuando concorra simplemente *culpa leve*. (...) La *culpa leve* debe situarse exclusivamente en la órbita de la infracción del *deber de diligencia*. Por el contrario, la infracción del deber general de lealtad o de deberes cuyo contenido viene determinado por la Ley o los Estatutos siempre deberían considerarse conductas dolosas o, cuando menos, gravemente negligentes. La *culpa leve* debería circunscribirse a determinadas infracciones del deber general de diligencia, concretamente, a aquellos supuestos en los que *la insolvencia deriva de un error o deficiencia de juicio en la valoración técnica de una o varias operaciones comerciales. La negligencia leve, que no resulta sancionada en el ámbito del concurso, debe identificarse con los casos de deficiencias de juicio, caracterizados por valoraciones incorrectas y equivocaciones técnicas*. Supuestos que, en realidad, tampoco deberían dar lugar a responsabilidad de administradores en virtud de las normas societarias<sup>117</sup>”.

A través de la interpretación del concepto de *negligencia leve* y su identificación con los casos de error en las valoraciones técnicas para su exclusión del ámbito de la responsabilidad concursal, se alcanzan resultados equivalentes a los derivados de la aplicación de la doctrina jurisprudencial norteamericana conocida como *business judgment rule*<sup>118</sup>, cuya principal finalidad es evitar que las decisiones técnico-

---

<sup>116</sup> BLASCO GASCÓ, F. de P., cit., pg. 44.

<sup>117</sup> VERDÚ, M<sup>a</sup>. J., cit. en 2º lugar, pgs. 230-235.

<sup>118</sup> Los argumentos que aporta la doctrina y la jurisprudencia norteamericana para justificar la adopción de la *business judgment rule* son varios y han sido expuestos por nuestra doctrina: a) incluso los administradores más diligentes pueden tomar decisiones que juzgadas con posterioridad pueden parecer negligentes por haber causado daños al patrimonio social; b) la asunción de riesgos es un elemento inherente a las decisiones empresariales; c) es perjudicial para la propia sociedad que las decisiones sean tomadas por los accionistas, por ello la competencia para tomarlas es un poder atribuido no a los accionistas sino a los administradores; d) los jueces no tienen experiencia empresarial para sustituir con sus decisiones a las tomadas por los administradores. Cfr. LLEBOT MAJÓ, J. O., *Los deberes de los administradores*, cit., pág. 75.

empresariales sean revisadas por los jueces en el procedimiento de determinación de la infracción del deber de diligencia<sup>119</sup>.

Se trata de evitar que las decisiones empresariales sean cuestionadas *a posteriori*, esto es, en el momento en que se constatan los resultados desfavorables de la operación, eludiendo así el riesgo de que la falta de preparación técnica de los jueces determine la identificación automática de la insolvencia con la infracción del deber de diligencia.

Los jueces no suelen estar preparados para enjuiciar si las operaciones empresariales que han determinado la insolvencia han sido correctamente valoradas por los administradores desde un punto de vista técnico<sup>120</sup>. La escasa preparación de los jueces para enjuiciar y valorar la corrección técnica de determinadas operaciones empresariales deriva en una tendencia a concluir que el origen de los daños que han aparecido *ex post* está en decisiones negligentes adoptadas *ex ante*<sup>121</sup>. De esta forma, el juicio sobre la infracción del deber de diligencia se centra en el nivel de riesgo asumido por la sociedad a causa de la decisión empresarial de los administradores y se asocian automáticamente los malos resultados económicos de una determinada operación empresarial a conductas contrarias al deber de diligencia, transformando en culpabilidad o negligencia lo que sólo fue infortunio.

Sin embargo, esta tendencia es incompatible con la propia configuración de la actividad de administración de la empresa, que exige la asunción de riesgos con el fin de obtener el máximo beneficio, en interés común de todos los socios. Conviene recordar que los administradores no están obligados a lograr el éxito económico de la empresa, sino a adoptar todas aquellas medidas que, en el caso concreto, un ordenado comerciante hubiera adoptado en el planteamiento y ejecución de sus negocios. Es la forma en que el administrador desempeña el cargo la que permite diferenciar los supuestos en que la

---

<sup>119</sup> Un sector doctrinal ha propuesto la incorporación de dicha doctrina en el ámbito del sistema general de responsabilidad de administradores con la finalidad de proteger su discrecionalidad técnica, garantizando que sus decisiones empresariales no sean revisadas por los jueces desde el punto de vista de la corrección técnica o adecuación al estándar de diligencia del ordenado empresario. Se trata de excluir estos supuestos del ámbito de responsabilidad general de administradores por infracción del deber de diligencia. (Vid. PAZ-ARES, C., "La responsabilidad de los administradores...", cit, pág. 87; MORILLAS JARILLO, M. J., *Las normas de conducta...*, cit, pág. 429).

<sup>120</sup> Los jueces no son gestores; no disponen, por regla general, del saber necesario, teórico y práctico, en materia de gestión empresarial. Cfr. PAZ-ARES, C., en "La responsabilidad de los administradores..." cit., pág. 87 y apunta que los jueces están poco preparados para revisar la actividad desarrollada por los administradores en el ámbito empresarial o de negocio y, en todo caso, no parece sensato sustituir las decisiones gerenciales por decisiones judiciales.

<sup>121</sup> Cfr. PAZ-ARES, C., en "La responsabilidad de los administradores..." cit., pág. 87 y apunta que los jueces están poco preparados para revisar la actividad desarrollada por los administradores en el ámbito empresarial o de negocio y, en todo caso, no parece sensato sustituir las decisiones gerenciales por decisiones judiciales.

insolvencia ha sido consecuencia del riesgo empresarial, inherente a toda decisión comercial, caracterizadas por la aleatoriedad de su resultado, de aquellos otros en que concurre negligencia o culpa grave de los administradores en su generación. Los administradores únicamente responden de la forma en que se realizan las operaciones, pero no del resultado de las mismas.

La doctrina de la *business judgment rule* pretende salvaguardar la discrecionalidad técnica de los administradores, impidiendo a los Tribunales realizar valoraciones sobre la adecuación de una u otra decisión empresarial. Ahora bien, la aplicación de dicha doctrina se supedita a varios requisitos: a) que la decisión empresarial se haya tomado con la suficiente información, siguiendo los procedimientos formalmente establecidos; b) que el administrador actúe en defensa del interés social, esto es, que no tenga interés personal en cualquier consecuencia directa o colateral de la decisión; c) y que se trate de decisiones objetivamente razonables y adecuadas para la satisfacción del interés social<sup>122</sup>.

Siguiendo esta orientación, podemos considerar que concurre culpa leve y, por tanto, no procede la calificación del concurso culpable y tampoco la imposición de responsabilidad concursal, únicamente cuando los administradores, con la finalidad de obtener los máximos beneficios (en beneficio del interés común de todos los socios), ejecutan una o varias operaciones comerciales tras una adecuada planificación y estudio de las mismas<sup>123</sup> (con la suficiente información acerca de las perspectivas de éxito) que, finalmente, resultan ruinosas para la sociedad, como consecuencia de un error o deficiencia de juicio en la valoración técnica de la operación (error en los pronósticos de venta, en los análisis de mercado, comerciales o de productos, etc.). Quedan, por tanto, fuera de la zona de inmunidad de la responsabilidad concursal todos los casos en que la insolvencia o su agravación se produce como consecuencia de: a) un comportamiento contrario a la Ley o los Estatutos; b) una conducta desleal; c) adopción de decisiones empresariales sin una adecuada planificación y estudio.

---

<sup>122</sup> LLEBOT MAJÓ, J. O., *Los deberes de los administradores...* cit., pág. 80; PAZ-ARES, C, "La responsabilidad...", cit., pág. 89.

<sup>123</sup> Señala FERRER BARRIENDOS, A., en AA VV, *Comentarios...*, cit., pág. 1676, que las conductas concretas tienen que referirse a actuaciones reprochables al deudor concursado (o sus administradores o liquidadores de hecho o de derecho) y esa reprochabilidad de forma principal tiene que ver con criterios de gestión ordenada. Por otra parte, señala el autor que la ponderación de la existencia o inexistencia de adecuación de la conducta al principio de gestión ordenada debe hacerse desde una perspectiva ex ante y sin perder de vista las circunstancias concretas (sector de actividad, tamaño de la empresa, etc.) y siempre sobre la base de que el deudor tuviera posibilidad efectiva de elección, a no ser que la imposibilidad derivara de culpa propia.



### **2.2.3.2. Posibilidad fundada de existencia de déficit patrimonial definitivo**

El segundo elemento o presupuesto que exige el art. 48.3 LC para poder adoptar la medida cautelar del embargo y que, obviamente también exige el art. 172.3 LC, pues sin dicho presupuesto no hay responsabilidad concursal, es la *fundada posibilidad* de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas.

El problema se halla en saber cuándo y cómo se entiende que hay insuficiencia patrimonial; no ya si ésta es definitiva, pues esto sólo se sabrá tras los balances definitivos, pues ni siquiera la apertura de la fase de liquidación determina la existencia de déficit patrimonial. Es razonable pensar que la exigencia legal del art. 48.3 LC no deba ser objeto de interpretación estricta y literal, sino que bastaría con que el juez considere la posibilidad de que la masa activa resulte insuficiente o claramente insuficiente para atender el pago de los créditos concursales o que el concurso está abocado a la liquidación.

El momento puede ser el informe de los administradores concursales ex art. 73 y sigs. LC; pero el art. 48.3 LC no lo vincula, de manera que el juez puede adoptar la medida cautelar desde la declaración de concurso. Igualmente, la insuficiencia patrimonial puede manifestarse con posterioridad. Del mismo modo, se debe tomar en consideración la posibilidad de ejercitar acciones de reintegración, etc.

Cabe plantearse si, en la determinación del déficit se debe contar también los créditos contra la masa, pues el precepto se refiere a todas las deudas, no sólo a las deudas concursales que conforman la masa pasiva del concurso. La cuestión es importante. En principio pudiera parecer que la respuesta debería ser positiva porque el art. 48.3 LC se refiere a todas las deudas y porque la finalidad de la norma es asegurar que todos los acreedores cobren sus créditos. Sin embargo, el art. 48.3 LC posibilita que el embargo se dicte cuando todavía no se han producido deudas de la masa, las cuales, además, se deben pagar a medida que van venciendo (art. 154.2 LC). Asimismo, el art. 172.3 LC, cuya previsión asegura precisamente la adopción de la medida cautelar a que se refiere el art. 48.3 LC se refiere sólo a los acreedores concursales y la parte de sus créditos no satisfechos con la masa activa; por tanto, no se refiere a todas las deudas, sino al déficit. Acreedores concursales no son los acreedores de créditos prededucibles, como deriva claramente del art. 154.1 LC que contrapone el pago de los créditos concursales y el pago de los créditos contra la masa.

La condena que permite el art. 172.3 LC no alcanza a las deudas contra la masa como resulta con claridad de su tenor literal, cuando indica “... a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa”. Los beneficiarios de la condena son los acreedores concursales, como lo ratifica que la condena comprenda todo o una parte del pasivo no cubierto por la liquidación de la masa activa, lo que excluye a los acreedores de la masa, cuyos créditos son prededucibles a la liquidación<sup>124</sup>.

La *fundada posibilidad* de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas no es una previsión actual, sino que precisa una clara verificación de algunos futuribles, como las posibles acciones de reintegración de que disponga el concursado y de las posibilidades de éxito de tales acciones o la recuperación de avales o las plusvalías que se puedan obtener con la enajenación de inmuebles, etc.

Del Auto del Juzgado Mercantil nº 2 de Barcelona de 18.07.05 parece deducirse que la mera insuficiencia de la masa activa es factor clave para acordar el embargo preventivo de bienes del administrador, de manera que la declaración de culpable del concurso es una mera apreciación indiciaria. El razonamiento contenido en el Auto debe ser matizado pues la insuficiencia patrimonial es uno de los presupuestos para la adopción de la medida cautelar, pero ni es el único ni es suficiente. Baste pensar no sólo en el contenido del art. 48.3 LC sino en el hecho de que la insuficiencia patrimonial ni siquiera provoca necesariamente la apertura de la fase de liquidación ni, inaugurada esta fase, impone la declaración de culpabilidad, ni, declarada la culpabilidad, exige la derivación de responsabilidad concursal. Por otro lado, la mayoría de los concursos descansan en la mayor o menor insuficiencia patrimonial del concursado, sin que ello *per se* signifique que pueda adoptarse la medida cautelar del art. 48.3 LC. La segunda afirmación tampoco parece clara. El art. 48.3 LC exige “fundada posibilidad”, lo cual parece que es algo más, cualitativa y cuantitativamente, que una mera apreciación indiciaria: reducir la exigencia de una *fundada posibilidad* a una mera apreciación indiciaria parece que es separarse de la norma y de su finalidad.

La *fundada posibilidad* de que la masa activa sea insuficiente para el pago de las deudas, puede deducirse del informe presentado por la administración concursal (art. 73 LC). No obstante, el embargo preventivo podrá decretarse con anterioridad a la presentación de dicho informe, en cuyo caso, el Juez del concurso deberá atender a los

---

<sup>124</sup> SAPB 15ª de 14.09.09 cit. en 1.2.1. de este trabajo, pgs. 18 y 23.

datos que deriven de la contabilidad presentada u otras fuentes fiables de las que pueda deducirse dicha insuficiencia.

La aplicación de esta medida se reserva para los casos más graves de insuficiencia patrimonial. Parecería redundante la inclusión de este presupuesto, habiendo sido declarado ya el concurso y, en consecuencia, estando acreditada la insolvencia. Pero hemos de tener en cuenta la posibilidad de que se haya declarado el concurso voluntario en situación de insolvencia inminente (art. 2.3 LC). Y tampoco hemos de olvidar que, de acuerdo con el nuevo y único presupuesto objetivo, la insolvencia (art. 2 LC), la declaración de concurso es posible por diversas causas o en diferentes situaciones económicas: tanto en supuestos de mera iliquidez, cuanto de propia insuficiencia patrimonial o desbalance: sólo respecto de estos últimos procederá, en su caso, la condena al pago del pasivo restante y por ende la adopción de la medida cautelar ex art. 48.3.

No conecta de forma expresa la LC la insuficiencia de la masa con la conducta de los posibles responsables, esto es, con su actuación dolosa o gravemente culposa al frente de la administración o liquidación del patrimonio de la persona jurídica deudora, lo que no ha impedido, que se trate de vincular la condena al pago del pasivo restante con la fecha de los créditos impagados.

En principio, la propia declaración de concurso exige la previa demostración de la insolvencia del deudor (sea el concurso voluntario o necesario, ex arts. 2, 6, 14 y 18 LC), y de la documentación presentada junto con la solicitud de concurso voluntario, o de la que es requerida tras la declaración de concurso necesario (arts. 6 y 21.1.3º LC), o de las actuaciones que se llevan a cabo en la fase común (lista de acreedores, inventario de bienes) se puede deducir el desbalance. Aunque bien es cierto que, por efecto de las acciones que cabe ejercitar a lo largo del procedimiento pueden incrementarse los bienes o reducirse los débitos y corregirse el inicial desequilibrio. Y a la inversa: la insolvencia no significa necesariamente desbalance.

Como señala ALCOVER

“La insolvencia es la incapacidad patrimonial para dar satisfacción completa a los acreedores a medida que se van produciendo los vencimientos de sus créditos. Por ello, la insolvencia es debida a que el deudor no tiene ni bienes suficientes para satisfacer sus deudas, o, teniéndolos, son irrealizables al compás de los vencimientos, ni crédito con el que remontar la situación. En consecuencia, no hay que equiparar insolvencia con desbalance, con una situación en la cual el

pasivo sea superior al activo, sino a la incapacidad de cumplir con las obligaciones, aunque es lo cierto que en la gran mayoría de las ocasiones esta incapacidad es debida al desbalance. Pero también es cierto que puede haber desbalance y no insolvencia al tener el deudor crédito y puede no haber desbalance y sí insolvencia en el caso de que el deudor no pueda realizar en debida forma sus bienes y no tenga crédito<sup>125</sup>.

### **2.2.3.3. Posibilidad de apertura de la liquidación**

Entre los presupuestos que explícita el art. 48.3 no hay referencias a la posibilidad de que se abra la liquidación, mientras que para que prospere la condena del art. 172.3, no basta con que el concurso haya sido declarado culpable, sino que se añade como requisito que la sección de calificación haya sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación (art. 163.1.2° LC), por lo que no cabrá condenar al pago del pasivo restante en los concursos declarados culpables si la apertura la propició la aprobación judicial de un convenio especialmente gravoso (art. 163.1.1° LC). En consecuencia, y teniendo en cuenta el carácter cautelar de la medida, debe valorarse si la liquidación es o no una *fundada posibilidad*, ya sea para acordar el embargo, ya para decretar el levantamiento del mismo.

La sección de calificación en la que se declare el concurso culpable debe haber sido formada o reabierta por la apertura de la fase de liquidación, por lo que, incluso pese a haber quedado acreditado el dolo en la generación o agravación de la insolvencia y haberse declarado el concurso culpable, no sería posible hacer responder a los administradores o liquidadores si la sección de calificación fue abierta por aprobación de un convenio especialmente gravoso (quita superior al tercio del importe de los créditos y/o espera de más de tres años: art. 163.1.1.° LC) posteriormente incumplido<sup>126</sup>.

### **2.2.3.4. Formación de la sección de calificación**

En relación con la formación de la sección de calificación, el art. 163 LC establece que procederá cuando se apruebe un convenio especialmente gravoso y en todos los supuestos de apertura de la fase de liquidación (art. 163.1.2°). Y también en los casos

---

<sup>125</sup> ALCOVER, G., “La doble reforma de la Responsabilidad de los Administradores de las sociedades de capital”, en RCP, 4/2006, pg. 84.

<sup>126</sup> GARCÍA-CRUCES, “Artículo 172. Sentencia de calificación”, cit., pg. 2595, parece —quizás de *legeferenda*— considerar un ámbito de aplicación más amplio, pues “no cabe excluir supuestos en que la adopción de un convenio pudiera implicar un sacrificio de los acreedores que justificase la existencia de esta misma responsabilidad concursal”.

de apertura de oficio del concurso y tramitación de la fase de liquidación por incumplimiento de un convenio alcanzado en alguno de los antiguos y derogados procedimientos concursales (disp. trans. 1ª 2 LC)<sup>127</sup>.

Los presupuestos o causas de apertura de la pieza de calificación, resaltan *el sistema limitativo-funcional de la calificación concursal*, en cuya virtud se restringe la funcionalidad de la institución a las situaciones que se ponderan especialmente gravosas para los acreedores, ya sea por las condiciones que se han tenido que aceptar en el convenio, ya sea por la apertura de la fase de liquidación cualquiera que sea la causa que la provoque, y sea quien sea quien la solicite.

La apertura de la fase de liquidación procede a solicitud del deudor, de cualquier acreedor, o de oficio, en los supuestos de los arts. 142 y 143 LC. El deudor puede pedir la liquidación incluso con la solicitud de concurso voluntario, y debe hacerlo cuando durante la vigencia del convenio conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos; si no solicita la liquidación en este caso, podrá hacerlo cualquier acreedor que acredite cualquiera de los hechos que pueden fundamentar la declaración de concurso. Finalmente, procede de oficio la apertura de esta fase si no se han presentado propuestas de convenio; no han sido admitidas a trámite; no se ha aprobado por el Juez el convenio aceptado en Junta; o se ha declarado la nulidad o el incumplimiento del convenio: de cualquier convenio, de los especialmente gravosos — se llevará a cabo la reapertura de la sección de calificación: art. 167.2 LC—, y de los restantes —con la apertura de la liquidación, se formará la pieza de calificación: art. 163.1.2º LC—.

La vinculación entre liquidación y responsabilidad concursal ha suscitado opiniones diversas. Una parte de la doctrina ha criticado la diferencia de trato de conductas idénticas<sup>128</sup>, mientras que otro sector no ha considerado desacertada la limitación de la

---

<sup>127</sup> MORILLAS, M.J., “Disposición Transitoria Primera. Procedimientos concursales en tramitación”, en AA.VV. dirigidos por Rojo, A., y Bertrán, E., *Comentario de la Ley concursal*, II, Thomson-Civitas, Madrid, pg. 3074. De la misma opinión, ROJO, A., “El derecho concursal transitorio”, en AA.VV. dirigidos por Quintana Cario, L, Bonet Navarro, A., y García- Cruces, J. A., *Las Claves de la Ley Concursal*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, pg. 631.

<sup>128</sup> Así, ALONSO UREBA, A., “La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal (el art. 172.3 de la Ley Concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad)”, en AA.VV., dirigidos por García Villaverde, R., Alonso Ureba, A., y Pulgar Ezquerro, J., *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003, y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal*, Dilex, Paracuellos del Jarama, 2003, pgs. 536-537, por la incongruencia de que, vinculada a la calificación, la responsabilidad no se declare en todos los casos en que la culpabilidad se constata.

responsabilidad concursal al supuesto de liquidación<sup>129</sup>. Para los primeros, si el fundamento de la responsabilidad es la represión de la conducta de quienes contribuyeron a la generación o agravación de la insolvencia, parece ilógico que, a identidad de comportamientos, se condene a unos y se libren otros por el simple hecho de haber tenido o no lugar la solución liquidatoria en el concurso. Para los segundos, ello deriva de la propia lógica del convenio, que, aceptado por la mayoría de los acreedores exigida por la Ley y aprobado por el Juez, produce la novación extintiva de la parte del crédito a la que afecte la quita (art. 136 LC) por lo que, cumplido el convenio, no quedará ninguna parte de los créditos por satisfacer. Además, cumplido el convenio, y firme el auto que así lo declara, concluye el concurso y se archivan las actuaciones (arts. 141 y 176 LC). Sólo si el convenio (gravoso o no) se incumple, al desaparecer los efectos novatorios (art. 140.4 LC) tiene sentido la aplicación de la norma: se abre la fase de liquidación; necesariamente, se forma o reabre la sección de calificación; y, declarado culpable el concurso, procedería la condena al pago del pasivo restante.

#### **2.2.3.5. Reapertura de la sección de calificación**

La reapertura de la sección de calificación a la que alude el art. 172.3 LC puede haber procedido en caso de que, aprobado un convenio especialmente gravoso y abierta la correspondiente sección, se hubiera dictado auto de archivo de las actuaciones (en caso de que los informes de la administración concursal y del Ministerio Fiscal propusieran la calificación del concurso como fortuito, ex art. 170.1 LC) o sentencia de calificación (de concurso fortuito o de concurso culpable, ex art. 167.2 LC), pues ambas resoluciones cierran la sección. Incumplido ese convenio, se procederá a la apertura de oficio de la liquidación (art. 143.1.5º LC) y, por imperativo legal, a la reapertura de la sección de calificación, en la que se entrará a analizar, exclusivamente, el incumplimiento del convenio, sus causas y las responsabilidades a que hubiere lugar, según explícita el propio art. 167.2 LC: en caso de que el incumplimiento sea imputable a los administradores o liquidadores de la persona jurídica concursada, el concurso se calificará necesariamente como culpable (art. 164.2.3º LC). Si en la sección de calificación abierta como consecuencia de la aprobación del convenio gravoso no se había dictado auto de archivo, ni sentencia de calificación (la sección no se había

---

<sup>129</sup> GARCÍA-CRUCES, “El problema...”, cit., pg. 318; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “La responsabilidad concursal de los administradores de sociedades de capital”, en AA.VV coordinados por Fernández De La Gándara, L. y Sánchez Álvarez, M. M., *Comentarios a la Ley Concursal*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, pg. 713; ROMERO, *Derecho Concursal*, cit., pg. 292; SANCHO GARGALLO, “Calificación...”, cit., pg. 573; MACHADO, *El concurso de acreedores culpable...*, cit., pgs. 276 y 277.

cerrado, por tanto) la resolución judicial que declare incumplido ese convenio ordenará la formación de una pieza separada dentro de la aún abierta sección de calificación para su tramitación de forma autónoma y conforme a las normas establecidas en el Capítulo II del Título VI LC que le sean de aplicación (art. 167.2.2º LC)<sup>130</sup>.

Mas la Ley Concursal establece que también procederá la apertura de la liquidación en caso de declaración de nulidad del convenio (art. 143.1 4º LC), nulidad que, sin embargo, no regula<sup>131</sup>. Si el convenio anulado era de los especialmente gravosos, parece que, igualmente en este caso, debería reabrirse la sección de calificación, aunque ni la Ley ni la doctrina, que no se plantean el supuesto, aclaren la finalidad de la reapertura: si se archivaron las actuaciones de la sección de calificación formada con la aprobación del convenio o se dictó sentencia de calificación, estimamos que en la reabierta sección se enjuiciarán las responsabilidades a que hubiere lugar en función de la causa de nulidad, por analogía con lo establecido en los arts. 167.2, 168.2 y 169.3 LC; lo que no sería posible es volver sobre los mismos hechos que motivaron el archivo o la calificación de concurso (fortuito o culpable con un determinado alcance)<sup>132</sup>.

Siendo justa la crítica por la falta de sanción de conductas que han motivado daños a los acreedores plasmados en la adopción de un convenio especialmente gravoso, que pueden incluso ser superiores a los que genera la liquidación, lo cierto es que los efectos del convenio impiden legalmente esa solución. El “consuelo” es que, en la práctica, cabe en la mayoría de los casos aplicar el precepto que analizamos: pues pese a las esperanzas en la solución convencional que albergaba el legislador, la mayoría de los concursos —que son de personas jurídicas— desembocan en la liquidación, por lo que, en principio, cabe plantear la posibilidad de la condena al pago del pasivo restante.

---

<sup>130</sup> En ambos casos, señala CORDÓN, *Proceso Concursal*, cit., pg. 251, “se da la posibilidad de dos sentencias de calificación: en el primero, porque uno de los presupuestos que establece la norma es que se hubiere dictado “auto de archivo o sentencia de calificación”, y la Ley no exige que ésta sea absoluta; en el segundo, porque la pieza separada tendrá una tramitación autónoma, cuyo resultado (que puede ser una sentencia condenatoria), no obstará al desarrollo y contenido de la resolución judicial que ponga fin a la principal”.

<sup>131</sup> Sobre la nulidad y sus causas, HÓLDERL FRAU, H.A., *El convenio en la quiebra y en la Ley Concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pgs. 399 y 400.

<sup>132</sup> Para SANCHO GARGALLO, I., “Calificación del concurso”, en AA.VV. dirigidos por Quintana Cario, I., Bonet Navarro, A., y García-Cruces, J.A., *Las Claves de la Ley Concursal*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pg. 564, el proceso de calificación es un verdadero juicio contradictorio “sujeto a los principios del proceso civil cuya resolución goza de los efectos propios de la sentencia, y en concreto de la cosa juzgada”.

### **2.2.3.6. Tramitación y recursos en la calificación**

Escasos son los aspectos de la tramitación procesal que han sido objeto de regulación en la LC, por lo que la supletoria aplicación de la LEC (disp. final 5ª LC) se hace en muchos puntos necesaria.

La apertura de la sección de calificación se ordena en la sentencia que aprueba el convenio especialmente gravoso, o en la sentencia o en el auto —dependiendo de la causa que la origine— que acuerde la apertura de la liquidación. Transcurridos 10 días (15, en los supuestos del art. 174, según dispone el art. 175.2 LC) desde la última publicación de dicha resolución judicial, *“cualquier acreedor o persona que acredite interés legítimo podrá personarse y ser parte<sup>133</sup> en la sección alegando por escrito cuanto considere relevante para la calificación del concurso como culpable”*, o, para el supuesto de reapertura de la sección por incumplimiento del convenio, para *“determinar si el concurso debe ser calificado como culpable en razón de incumplimiento del convenio por causa imputable al concursado”* (art. 168.1 y 2 LC).

Finalizado el plazo para la personación de los interesados, se abre otro de 15 días en el que la administración concursal (art. 169 LC) o la autoridad supervisora (art. 175.3 LC) deben presentar un informe cuya forma y contenido marca la LC, que señala que habrá de ser razonado y documentado y versar sobre los hechos relevantes para la calificación, con propuesta de resolución; si se propone calificar el concurso como culpable, deberá identificar a las personas que considera que deben estar afectadas por dicha calificación y los cómplices, justificando la causa y determinando los daños y perjuicios que hayan causado unas y otras (art. 169.1 LC).

Evacuado este informe, se da traslado al Ministerio Fiscal del contenido de la Sección de calificación, para que emita, en un nuevo plazo de 10 días (prorrogable por otros 10, ex art. 169.2 LC), un dictamen del que no da directamente pormenores la LC (del art.

---

<sup>133</sup> De acuerdo con la nueva redacción del artículo 168 dada al mismo por el RD Ley 3/09 de 27.03. Ver Anexo 1, art. 168.1 y 2 LC. Como señala ORELLANA, N., en “Aspectos procesales de la Reforma Concursal en el marco del RD Ley 3/2009”, en RDCP, 11/2009, pg. 152: “La reforma modifica la rúbrica y el contenido del art. 168, de forma tal que ya no se refiere sólo a la personación de interesados, sino que el precepto pasa a titularse “personación y condición de parte”, y se modifican los apartados 1º y 2º para añadir a la posibilidad de personación de acreedores y demás personas con interés legítimo, la posibilidad de ser parte en la sección por virtud de dicha personación, resolviendo las dudas interpretativas que habían llevado a algunas resoluciones a negar la condición de parte de los interesados en la sección, permitiéndoles exclusivamente la personación y alegación inicial, pero sin que pudieran intervenir en las fases posteriores ni en la vista del incidente concursal. No obstante, al no haberse modificado el art. 169 LEC, en los casos en los que ni la administración concursal ni el Ministerio Fiscal interesen la calificación del concurso como culpable, procederá el archivo de la sección, aunque algún interesado haya alegado que el concurso debe ser calificado como culpable”.



170.1 LC se desprende que, de emitirse, necesariamente contendrá una propuesta de calificación del concurso). Por un lado, la razón pensamos que está en que es facultativo, ya que la Ley establece que el silencio equivale a la aceptación de la propuesta de la administración concursal o, en su caso, de la autoridad supervisora (art. 169.2 LC); pero también porque se sobreentiende que el contenido será el mismo que el del informe de la administración concursal: petición de calificación, posible pronunciamiento sobre el contenido de la sentencia (ámbitos subjetivo y objetivo), y razones que lo justifican. La excepción al silencio legal y la confirmación de la interpretación que acabamos de expresar la encontramos en el art. 169.3 LC que establece que si lo que se evalúa es el incumplimiento del convenio, el informe y, en su caso, el dictamen, se limitarán a determinar las causas del incumplimiento y a expresar si el concurso debe ser calificado como culpable (también, aunque la Ley no lo expresa, deberán referirse al posible contenido de la sentencia).

Cuando ambos (administración concursal y Ministerio Fiscal) coinciden en proponer la calificación de concurso fortuito, el Juez mediante auto ordenará el archivo de las actuaciones, resolución contra la que no cabe recurso (art. 170.1 LC), sin que la Ley establezca excepción para el caso de que alguna persona con interés legítimo haya presentado escrito con peticiones o referencias relativas a la calificación del concurso, lo que ha suscitado alguna crítica que argumenta la clara indefensión de estos sujetos.

Si al menos uno de los informes propone la calificación de concurso culpable, el Juez dará audiencia al deudor por el plazo de 10 días para que alegue lo que interese a su derecho y ordenará el emplazamiento de quienes pudieran verse afectadas por la calificación del concurso culpable o ser declaradas cómplices, para que, en el plazo de 5 días, comparezcan. Si comparecen, se les dará vista de lo actuado para que, dentro de los 10 días siguientes, aleguen cuanto convenga a su derecho (art. 170.2 y 3 LC). A quienes comparezcan con posterioridad, se les tendrá como parte en la Sección a partir de ese momento, pero sin retrotraer las actuaciones. A los que fueron emplazados y no han comparecido se les declara en rebeldía y no se les volvería a emplazar.

La Ley prevé que si hubieran formulado varias oposiciones, se sustanciarían juntas en el mismo incidente concursal (art. 171.1 LC).

Como señala REDONDO

“en el escrito de oposición, los sujetos frente a los que se dirige la pretensión de calificación del concurso como culpable podrán alegar en su defensa cuanto consideren oportuno, admitiendo o negando pura y simplemente los hechos aducidos de adverso. También podrán negar los argumentos jurídicos con base en los cuales la administración concursal (o el Ministerio Fiscal, en su caso) trata de obtener la decisión judicial. Lo que precisa el concepto técnico de la excepción. Hay que añadir que en dicho escrito de oposición el deudor, los declarados cómplices y las personas afectadas por la calificación podrán esgrimir excepciones procesales (art. 405.3 LEC) –que deberán ser ventiladas en el acto del juicio a celebrar en virtud de la remisión al incidente concursal (art. 171.1 LC)- así como las excepciones materiales (art. 405.1 LEC) que estimen por conveniente<sup>134</sup>”.

En méritos de la remisión al denominado incidente concursal (art. 171.1 LC)<sup>135</sup> el juez del concurso llamará a las partes a una vista que se celebrará siguiendo los trámites del *juicio verbal* de la LEC.

El incidente concursal es el cauce previsto para ventilar “todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y no tengan señalada en esta Ley otra tramitación” (art. 192 LC), si bien no parece el cauce más apropiado para *sustanciar*<sup>136</sup> la oposición a la calificación del concurso<sup>137</sup>.

Está por ver si al finalizar la práctica de la prueba el juez del concurso permitirá o no a los letrados de las partes formular conclusiones orales, ya que hasta ahora, en general, los jueces de primera instancia son reacios a conceder el trámite de conclusiones en el seno del juicio verbal ordinario. Pese a que dicho trámite no está previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 447.1 LEC) hay que mostrarse partidario de conceder dicho trámite atendiendo a la especial trascendencia que tienen las eventuales sanciones

---

<sup>134</sup> REDONDO, F., “La oposición del deudor a la calificación del concurso”, ADCO, 8/2006, pgs. 187 y ss.

<sup>135</sup> ROSENDE VILLAR, C., “Oposición a la calificación (art. 171)”, en CORDÓN (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, 2004, pg. 1111, señala que: “esa remisión en bloque a los trámites del incidente concursal, como a la mayor parte de las cuestiones que se refieren al mismo es perturbadora”.

<sup>136</sup> En general la terminología procesal de la LC es poco elegante y precisa, incluso arcaica y ritualista: tramitación se sustituye, con ventaja, por sustanciación, aunque la propia Ley utilice el término sustanciará en el art. 171.

<sup>137</sup> SERRA-DOMINGUEZ, M., “Ámbito y carácter del incidente concursal (art. 192)”, en SAGRERA-SALA-FERRER (coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, 2004, III, pg. 1911 aconseja acudir a los trámites del juicio ordinario para ventilar esta cuestión-

civiles que puede imponer el juez del concurso en la sentencia<sup>138</sup>. También hay que pronunciarse a favor de la utilización de las denominadas *diligencias finales en el seno del incidente concursal*<sup>139</sup>, a pesar de que no están previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil en el marco del juicio verbal.

### **2.2.3.7. La inexistencia o ausencia absoluta de activo patrimonial**

La cuestión que se plantea es saber qué sucede si se dan los presupuestos objetivos del concurso, pero no hay activo patrimonial que liquidar y por consiguiente si se puede declarar el concurso a efectos de calificación y responsabilidad del administrador. Y ello teniendo en cuenta que uno de los presupuestos para la declaración de concurso es la existencia de un activo suficiente no, obviamente, para cubrir el pasivo, pero sí al menos para responder de los gastos que genere la propia declaración de concurso y la apertura del mismo. Así, FERNÁNDEZ BALLESTEROS ha señalado que el concurso tiene un “presupuesto objetivo de gran importancia práctica y del que se habla poco entre nosotros: el concurso sólo debe abrirse si, desde el momento de la petición, queda claro que el deudor tiene suficiente activo realizable, pues sin él, el concurso carece de objeto (o, si se prefiere, carece de sentido jurídico y económico)<sup>140</sup>”.

Algunos Juzgados Mercantiles han considerado que el concurso no se debe declarar si el patrimonio del deudor o masa activa, no será previsiblemente bastante para hacer frente a los gastos que la propia apertura del concurso comporta. Es cierto que la insuficiencia patrimonial se recoge en el art. 176.1.4º LC, pero aquí parece más un requisito de continuación del concurso que un presupuesto de declaración del mismo. La Ley Concursal, efectivamente, no lo contempla expresamente como presupuesto, sino la insolvencia del deudor común, pero la razón quizás sea que en el momento inicial no se puede saber a ciencia cierta si habrá o no activo suficiente para cubrir al menos los gastos de apertura del concurso. Es decir, *ad limine*, no se puede verificar con absoluta certeza no sólo la inexistencia de bienes y derechos del deudor común, sino tampoco la de eventuales terceros responsables con los que satisfacer el crédito de los acreedores

---

<sup>138</sup> En parecidos términos ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., RJC (2004), pg. 288; MUÑOZ GONZÁLEZ, L., “La acumulación de procesos al concurso”, ADCo, 4 (2005), pgs. 159-160, NOTA 160; y SERRA DOMINGUEZ, M., en SAGRERA-SALA-FERRER, *Comentarios*, III, pg. 1926.

<sup>139</sup> ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., RJC (2004), pg. 288. En sentido contrario HERRERO PEREZAGUA, J., “Ámbito y carácter del incidente concursal (art. 192)”, en BERCOWITZ (coord.), *Comentarios*, pg. 1958; y SANCHO GARGALLO, I., en QUINTANA-BONET-GARCÍA-CRUCES (dirs.), *Claves*, pg. 569 señala: “sin que en principio puedan acordarse diligencias finales, por lo que en caso de no poder practicarse alguna prueba en el acto del juicio, debería interrumpirse la vista y volver a señalar para otro día, dentro de los 20 siguientes, para practicar aquella prueba (art. 193 LEC)”.

<sup>140</sup> FERNANDEZ BALLESTEROS, cit., pg. 57.

concursoales o la posibilidad de ejercitar las oportunas acciones de reintegración de la masa.

Es un grave olvido no haber hecho expresamente de éste, no sólo un presupuesto de la subsistencia del concurso (lo que significa que es un presupuesto del concurso), sino directamente un presupuesto de la apertura del concurso. El art. 176 parece partir del supuesto de agotamiento de los (escasos) bienes y derechos, pero no de su absoluta inexistencia *ab initio*.

No obstante, la cuestión la plantea y la resuelve el AJM 4 de Barcelona, de 23.05.05. En el supuesto de hecho el solicitante, pues se trataba de un concurso voluntario, manifiesta el estado de insolvencia de su mercantil, el cual resulta probado, así como que carece de activo alguno. Por tanto, por un lado, se verifica el presupuesto objetivo del concurso (la insolvencia del sujeto y sobreseimiento general de pagos); pero, por otro lado, se frustra desde el principio la finalidad o el objeto fundamental del concurso, pues la falta absoluta de activo provoca que no se pueda ordenar la liquidación de los bienes para hacer pago a los acreedores del deudor común.

Igualmente, se podría dar la paradoja de que declarado el concurso, se procediera inmediatamente a su conclusión en virtud del art. 176.1.4<sup>o</sup> LC. Pero este mismo precepto impide la conclusión del concurso y el archivo de las actuaciones no sólo si hay activo patrimonial, sino si no se comprueba la inexistencia de bienes y derechos no sólo del concursado, sino también de terceros responsables. Igualmente, el propio art. 176.2 LC exige el informe previo de la administración concursal para proceder a la conclusión del concurso en el caso, entre otros, de inexistencia de bienes. Así, el apartado tercero del art. 176 LC establece que no puede dictarse auto de conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos mientras se esté tramitando la sección de calificación o estén pendientes demandas de reintegración de la masa activa o de exigencia de responsabilidad de terceros.

La cuestión, no está nada clara, pues aunque se frustre el objeto principal del concurso, no necesariamente fracasan ni faltan ni se malogran otras finalidades del concurso como la propia calificación (que puede hacer responder al administrador del déficit que, en este caso, coincidiría con el pasivo) o el ejercicio de las acciones de reintegración de la

masa. En cualquier caso, siempre será preciso el informe previo de la administración concursal<sup>141</sup>.

J. PULGAR ha hecho una magnífica exposición del tema<sup>142</sup>, aunque no aporte solución al mismo, pues la administración concursal puede solicitar el archivo del concurso en su fase común, constatando la inexistencia de bienes de la concursada y de los “posibles” terceros responsables. Lo que supone la no apertura de la sección de calificación del concurso.

#### **2.2.4. La prestación de caución**

La LEC, entre las disposiciones generales sobre las medidas cautelares, establece la necesaria caución suficiente por el solicitante para responder de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado, esto es, de los administradores o liquidadores de hecho o de derecho, o de quienes hubieran tenido esa condición en los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso.

El art. 48.3 LC no menciona de forma expresa las reglas del *fumus boni iuris* o el *periculum in mora* y guarda silencio sobre materias como la *caución*.

El art. 728 LEC establece que, salvo que se disponga expresamente otra cosa, el solicitante de la medida deberá prestar caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que su adopción pudiera causar al patrimonio del demandado si la pretensión es rechazada, y se refiere a la misma en el art. 737. La cuantía se determinará en función de la naturaleza y contenido de la pretensión y la valoración que el juez efectúe sobre el fundamento de la solicitud de la medida. Y podrá otorgarse en cualquiera de las formas previstas en el art. 529.3, párr. 2º de la propia LEC.

Nada dice la Ley sobre la procedencia o no de prestar *caución* y de entenderse precisa a quién correspondería prestarla. Ahora bien, dada la limitación de legitimados para pedirla y la condición de órganos concursales de los que disponen de la iniciativa al

---

<sup>141</sup> HERRERA PETRUS, C., “La conclusión del concurso de persona jurídica por inexistencia de bienes y derechos” en ADCO, nº 11, 2007, pg. 595 y sigs., opinión legal sobre mis propias orientaciones basadas en experiencias reales como economista y administrador concursal, como el autor señala.

<sup>142</sup> PULGAR EZQUERRA, J., “Los concursos de acreedores sin masa activa “*ab initio*”: un problema a resolver”, en Diario de Ley de 19.04.07 pgs. 1-13.

respecto, que actúan en beneficio del colectivo de acreedores y están sujetos a responsabilidad por sus actuaciones, parece que no es necesaria.

La prestación de caución no es un presupuesto que resulte exigible, con carácter general, para la adopción del embargo preventivo o de cualquier medida cautelar sino una condición a la que se somete la adopción de la medida: es un presupuesto para su ejecución.

El que no se pueda exigir caución es una afirmación obvia en el supuesto en que el embargo preventivo o cautelar lo adopte el juez de oficio, pues la afirmación contraria carece de sentido: el juez no va a imponerse a sí mismo la prestación de una caución. Y a la misma conclusión puede llegarse para el supuesto en que la medida cautelar haya sido solicitada razonadamente por la administración concursal pues, en última instancia, sólo podría depositar la caución con bienes o con dinero propio de la entidad concursada. En sentido contrario, se ha manifestado VALPUESTA GASTAMIZA al señalar que se debe prestar caución<sup>143</sup>. La afirmación sería correcta si el embargo preventivo lo solicitara un acreedor como medida cautelar ordinaria, es decir, ex LEC, pero los acreedores concursales no pueden solicitar el embargo a que se refiere el art. 48.3 LC, sino sólo los administradores concursales o el juez de oficio. Y ni a unos y al otro se les puede exigir caución.

El AAPB 15ª, de 06.02.06 ha considerado como una peculiaridad de esta medida cautelar la exención de la obligación de aportar caución a la administración concursal, sin perjuicio de que el embargo pueda ser sustituido, a solicitud del interesado, por un aval de entidad de crédito (art. 48.3 LC).

### **2.3. PRESUPUESTOS PROCESALES**

Los presupuestos procesales, exigidos para la adopción de cualquier medida cautelar son la rogación o instancia de parte, la litispendencia presente o futura del proceso principal y la jurisdicción y competencia del órgano que adopta la medida, como circunstancias que deben concurrir en los sujetos procesales.

---

<sup>143</sup> VALPUESTA GASTAMIZA, E., en "Comentarios a la Ley Concursal" (Dir. Faustino Cordón Moreno), *ad. art. 48*, Cizur Menor, 2004, pgs. 399 y 400.

### **2.3.1. Jurisdicción y competencia**

La promulgación en 2003 de la Ley Concursal (Ley 22/2003) y de la LO 8/2003, para la reforma Concursal, por la que se modifica la LOPJ (LPRC), ambas de 9 de julio, ha puesto fin a un amplísimo ciclo temporal en el que ha estado vigente una legislación en materia de suspensión de pagos, concurso de acreedores y quiebras que empezó en 1829 con la promulgación del Código de Comercio.

Como señala CORTÉS<sup>144</sup>

“la exageración de esta procesalización y de esta intervención judicial, así como la de la lógica y necesaria *vis atractiva* del proceso concursal hace inevitable la procesalización y judicialización total de la resolución de todos y cada uno de los posibles problemas que se puedan plantear por la insolvencia del deudor común. Hasta qué punto es determinante en muchos casos de la inoperancia, ineficacia e ineficiencia del proceso concursal, lo vemos todos los días en el desarrollo actual práctico del proceso. Por eso, en razón a este fortísimo grado de procesalización y judicialización del concurso, el legislador ha entendido que era necesario crear una nueva clase de órgano judicial: el Juzgado de lo Mercantil (LO 8/2003). En otras palabras, tal mecanismo jurisdiccional, concebido con esos límites, fuera de los cuales no puede haber nada, y concebido con tal intervención judicial, ha convencido al legislador que no puede estar en manos de los órganos de la jurisdicción ordinaria, en concreto, de aquellos que tienen que resolver los problemas jurídicos previos, cuya solución es necesaria para que el auto declarando el concurso sea eficaz y pueda llevarse a cabo. Cabe la duda de si ha sido o no oportuno crear unos órganos jurisdiccionales que rompen el esquema de nuestra organización jurisdiccional, todo ello para intentar conseguir algo que muy posiblemente se alcanzaría por otros caminos y con menos destrozos doctrinales y conceptuales”.

La regulación en un solo texto legal de los aspectos materiales y procesales del concurso es una opción de política legislativa que venía ya determinada por la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LEC), al excluir expresamente esta materia de su ámbito y remitirla a la futura LC, en consonancia con lo dispuesto en el art. 22.4.º “*in fine*” de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ).

GONZALEZ GRANDA<sup>145</sup> señala que

“el legislador ha creado un proceso de declaración de concurso sobre el que hace girar todo el proceso concursal cuyo núcleo central está propiamente en dicha declaración, siendo precisamente esta perspectiva procesal la que otorga una adecuada interpretación sistemática y

<sup>144</sup> CORTÉS DOMINGUEZ, V., en “Derecho Procesal Concursal”, cit., pgs. 17 y 20, vid. cita 89.

<sup>145</sup> GONZÁLEZ GRANDA, P., en “Derecho Procesal Concursal”, pgs. 42 y ss. y 113.

teleológica adecuada de la Ley. Si bien ha de reconocerse que la mala técnica legislativa en la ordenación de las normas procesales en la LC ensombrece esta perspectiva, pues viene a sugerir erróneamente que las mismas constituyen tan sólo una suerte de vertiente accesoria de las normas mercantiles”.

## Y continúa GONZALEZ GRANDA

“de forma necesariamente interrelacionada con la procesalización mencionada, se encuentra otra importante opción legislativa, referida a la creación de los Juzgados de lo Mercantil, puesto que efectivamente el legislador, no sólo ha querido dar unidad de tratamiento al proceso concursal en su conjunto, sino que además ha querido atribuir el conocimiento del mismo a unos órganos judiciales nuevos, que no se denominan Juzgados de lo Concursal sino Juzgados de lo Mercantil, porque además de la materia concursal el legislador les atribuye competencia en otras materias mercantiles y societarias. Parecería lógico pensar que la creación de unos nuevos órganos jurisdiccionales en el panorama de la organización judicial española —los Juzgados de lo Mercantil— habría de requerir una delicada tarea de precisión por parte del legislador en lo que se refiere a la regulación del tratamiento procesal de los presupuestos procesales de jurisdicción y de competencia. Máxime teniendo en cuenta el carácter especializado de tales órganos y su pretendida incardinación en un orden jurisdiccional concreto —el civil— que consecuentemente ha de ver alterado su funcionamiento. Sin olvidar además que la atribución de jurisdicción y competencias a estos nuevos órganos judiciales supone una inmisión en atribuciones hasta entonces concedidas a órganos jurisdiccionales integrados en otros órdenes jurisdiccionales distintos al civil”.

Circunscribiendo el planteamiento a las materias concursales, resulta indudable que la determinación de la jurisdicción y competencia prevista en los arts. 86 *ter*.II LOPJ y 8 LC puede provocar la aparición de situaciones conflictivas entre estos órganos judiciales y otros del mismo orden jurisdiccional, o de distintos órdenes jurisdiccionales, sin olvidar también las posibilidades de conflicto con órganos de la Administración, o bien las posibilidades de conflicto derivadas de la extensión de la jurisdicción española en este ámbito frente a tribunales extranjeros.

Y sin embargo lo cierto es que el legislador no ha podido ser más parco en la materia, resolviendo de forma expresa sólo el control de oficio de la “competencia internacional” y de la competencia territorial, y, por vía indirecta, también algunos aspectos concretos del control de la competencia objetiva y de la jurisdicción *ratione materiae* o competencia genérica.

Por ello, junto a la promulgación de la LC, ha sido necesaria la promulgación de la Ley Orgánica para la Reforma Concursal (LORC), a través de la cual nacen tales órganos



judiciales, mediante la pertinente modificación de la LOPJ y las necesarias adaptaciones posteriores en la Ley de Planta y Demarcación Judicial, que vienen a concentrar en un solo tipo de órgano judicial las materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor, dado que —en palabras del legislador vertidas en la Exposición de Motivos de la LORC— “*el carácter universal del concurso justifica la concentración en un solo órgano judicial de dichas materias*”, ya que su dispersión quebrantaría la necesaria unidad procedimental y de decisión, lo que lleva a atribuir al juez del concurso “*jurisdicción exclusiva y excluyente*” en materias como todas las ejecuciones y medidas cautelares que puedan adoptarse en relación con el patrimonio del concursado por cualesquiera órganos jurisdiccionales o administrativos.

Se parte así de una nueva figura para atender a las peculiaridades del complejo procedimiento concursal: el “*juez del concurso*”, que es el juez del Juzgado de lo Mercantil cuando atiende a sus atribuciones en materia concursal. Término éste que no se menciona en la LORC, ni en consecuencia en la LOPJ, pero sí en la LC y concretamente en el propio enunciado del art. 8 de dicho texto legal.

Conforme a lo dispuesto en los ordinales 3.º y 4.º de los arts. 86 ter.I.U LOPJ y correlativo art. 8.3.º y 4.º LC, es competencia *exclusiva y excluyente del juez del concurso* “*toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado, así como toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado excepto las que se adopten en los procesos civiles que quedan excluidos de su jurisdicción en el párrafo 1.º*”.

Dado que tales disposiciones normativas atribuyen de forma *exclusiva y excluyente* al juez del concurso el conocimiento de toda ejecución y toda medida cautelar que se adopten frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, si se entiende que éste se encuentra integrado en el orden jurisdiccional civil, ha de deducirse que, según a qué orden jurisdiccional pertenezca el órgano judicial que originariamente tuviera atribuido el conocimiento de tales materias, nos encontraremos, bien ante manifestaciones de jurisdicción *ratione materiae*, bien ante manifestaciones de la competencia objetiva.

La tutela judicial ejecutiva y cautelar dirigida frente al patrimonio del concursado será manifestación de jurisdicción *ratione materiae* o competencia genérica cuando el órgano que ve sustraído del elenco de sus atribuciones el conocimiento de estas materias pertenece a otro orden jurisdiccional (o a otro Poder del Estado). Y será

manifestación de competencia objetiva en aquellos otros supuestos en que la fuerza atractiva de la declaración del concurso sustrae el conocimiento de determinadas materias a órganos pertenecientes al mismo orden jurisdiccional civil. Pero ni la LORC ni la LC formulan diferenciación alguna a estos efectos, constituyendo estos dos apartados la tutela de ejecución y cautelar dirigidas frente al patrimonio del concursado con idéntica base normativa. El presupuesto delimitador de la competencia del juez del concurso en ambos tipos de tutela —ejecutiva y cautelar— es su incidencia en el patrimonio del deudor, o sea, en la masa activa. Y se trata de un presupuesto de amplia configuración, por cuanto la característica de la patrimonialidad concurre en la práctica totalidad de bienes y derechos del concursado. Debiendo entenderse referida la tutela judicial a cualquier ejecución y cautela con independencia incluso del orden jurisdiccional primero competente, e incluso que se refieran a responsabilidades civiles acumuladas al correspondiente juicio criminal.

Por lo que se refiere a la tutela judicial cautelar, la literalidad de la norma contenida en el ordinal 4.º del art. 86 ter.I.U LOPJ y correlativo art. 8 LC *“toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado excepto las que se adopten en los procesos civiles que quedan excluidos de su jurisdicción en el párrafo 1º* deja poco margen para las dudas: supone la extensión de la vis atractiva del juez del concurso a todos los procesos cautelares que tengan como objeto el aseguramiento del patrimonio del concursado, con la única excepción de los que se planteen en relación con los procesos no dispositivos en materia de capacidad y familia, que se excluyen de forma expresa.

La petición que se produzca en un proceso civil o social —excluido del ámbito competencial del juez del concurso—, o bien contencioso-administrativo o penal, en relación con la adopción de medidas cautelares que afecten al patrimonio del concursado, debe trasladarse al juez del concurso, a los efectos de que éste decida lo pertinente, habiendo de adoptar éste las que estime convenientes para el aseguramiento del patrimonio en su conjunto (y no sólo embargos preventivos o depósitos sino cualquier modalidad de cautela de naturaleza patrimonial), ello en el ámbito propio procedimental del concurso y no en los procesos independientes.

La competencia funcional para la adopción de medidas cautelares en el seno del concurso y por ello en todos los procesos que se inicien o se acumulen al mismo no presenta duda alguna, puesto que no podría ser de otro modo, dado que se trata de una manifestación clara de competencia funcional.

Así lo dispone, por lo demás expresamente, la LC en el art. 17.1 respecto de las medidas cautelares que se adopten con anterioridad a la declaración del concurso, el art. 21.1.4.º cuando se decreten en el auto de declaración del concurso, y también se dispone el sistema de protección cautelar respecto de supuestos especiales, tal como sucede en los arts. 48.3, el 87.4 o el 129.4 de la LC. Ello sin olvidar la regulación de las medidas limitativas de derechos fundamentales contenida en la LORC, ni tampoco la regulación expresa contenida en el art. 226 de la LC.

La competencia para decretar el embargo corresponde al “*juez del concurso*”, siendo éste el que tramitará la sección de calificación y quien decidirá sobre la imputación de responsabilidad concursal. El “*juez del concurso*” acordará el embargo, de oficio o a instancia de la administración concursal. La posibilidad de que el embargo sea acordado por el “*juez del concurso*” constituye una especialidad respecto al régimen general de las medidas cautelares (arts. 721 y ss. LEC) que, como regla general, “*no podrán en ningún caso ser acordadas de oficio por el tribunal*” (art. 721 LEC)<sup>146</sup>.

### **2.3.2. Legitimación**

El embargo puede ser acordado sin necesidad de petición de parte. Esta previsión (art. 48.3 LC) supone introducir los principios de oficialidad frente al principio dispositivo y de investigación de oficio frente al principio de aportación de parte, en lo concerniente a la medida cautelar. La traba se puede acordar de oficio, no estando condicionada a la solicitud de la administración concursal. La incorporación de hechos al proceso cautelar no depende de su alegación por la administración concursal. Igualmente el juez podrá acordar de oficio la práctica de los pertinentes medios de prueba (en la vista a la que se refieren los arts. 734.2 y 741.2 de la LEC) encaminados a justificar la concurrencia de los presupuestos determinantes de la procedencia del embargo.

La medida puede adoptarse: 1º) porque el juez del concurso la acuerde *de oficio* (aunque lo recomendable es que procure mantenerse en situación de imparcialidad); ó

---

<sup>146</sup> Vid. GARCÍA RUBIO, M. P., en *Comentarios...*, cit., pg. 439; ORTIZ PRADILLO, J. C., *Las medidas cautelares en los procesos mercantiles*, lustel, 2006, pg. 164. Como señala este último, “el criterio seguido por la LEC como norma general es que el Tribunal no puede acordar medidas cautelares de oficio (art. 721). Resulta lógico, pues aquel que pretende una determinada tutela por parte de los Juzgados y Tribunales, y para ello interpone la correspondiente demanda, debe ser también el que solicite una medida cautelar si quiere ver garantizada provisionalmente la efectividad futura de su pretensión. Por ello, la adopción de oficio por parte del Tribunal queda limitada a las excepciones legalmente previstas en los procesos especiales como por ejemplo, lo dispuesto en los arts. 762.1, 768, 790 o 791 LEC”.

2º) a solicitud razonada de la administración concursal (habitualmente se producirá al tiempo de presentar su informe).

La solicitud de proceder a la adopción del embargo solo puede realizarla la administración concursal. En principio, por tanto, el acreedor carece de legitimación. Pero la norma no parece resolver una cuestión de legitimación sino de eficacia probatoria: la medida pueden solicitarla los administradores concursales o adoptarla el juez de oficio por cuanto dispondrán de los conocimientos suficientes para poder prever y constatar los requisitos exigidos por la norma para la adopción del embargo. Por eso, la norma habla de solicitud razonada de los administradores concursales. En cualquier caso, la acción o solicitud del acreedor, a pesar de carecer de eficacia jurídico-formal, siempre será un aviso para el juez o para la administración concursal.

Otros, en cambio, consideran que los *acreedores carecen de legitimación* para interesar el embargo de bienes y derechos de los administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, de la persona jurídica concursada. Por lo tanto, no es de recibo que acudan a la vía indirecta de decirle al juzgador que lo trabe de oficio, pues si el legislador hubiese querido que pudieran realizar tal petición al juzgado les habría conferido legitimación para ello. Además de que la LEC (artículos 728.3 y 732.3) no concibe que se soliciten medidas en un proceso civil sin responsabilizarse de tal petición mediante el ofrecimiento de caución suficiente para responder de los daños y perjuicios que pudieran causarse a la otra parte, algo de lo que los mencionados acreedores parecen querer olvidarse cuando acuden a tan poco ortodoxo cauce procesal arrogándose legitimación indirecta para pedir el embargo preventivo.

### **2.3.3. Litispendencia**

El embargo preventivo sólo procede una vez que se ha dictado Auto de declaración de concurso. Pese a que se configura como una medida cautelar relacionada con un posible pronunciamiento de la Sentencia de la calificación, sin embargo, no se vincula a la apertura de la sección sexta sino que procede desde el momento en que la sociedad es declarada en concurso. La adopción de esta medida cautelar puede realizarse incluso cuando el Auto de declaración de concurso haya sido recurrido en apelación, pues el recurso carece de efecto suspensivo (salvo que el Juez acuerde lo contrario), siendo el Auto ejecutivo de inmediato (art. 20.2 LC).

El embargo preventivo puede ser adoptado “desde la declaración de concurso de la persona jurídica”, momento que se confirmará como *dies a quo*. No resulta posible que, al amparo del artículo 17 de la Ley Concursal, el juez adopte medidas frente a terceros con anterioridad a la declaración de concurso. Los sujetos solicitantes (acreedor o legitimado para instar el concurso necesario), los sujetos destinatarios (deudor, sea persona física o jurídica) y los presupuestos (art. 728 LEC) para la adopción de medidas cautelares que el juez puede ordenar al admitir a trámite la solicitud de concurso necesario son muy diferentes si los comparamos con el sujeto solicitante (únicamente la administración concursal), con los sujetos pasivos o destinatarios (terceros) y con los presupuestos para la adopción del embargo que nos ocupa. La primera resolución procesal idónea para acordar el embargo, será -en este caso necesariamente de oficio- el propio auto de declaración de concurso, siempre que el juez pueda constatar la concurrencia de todos los presupuestos exigibles en este momento inicial del concurso. Lo más probable es que el juez lo ordene cuando el concurso de encuentre en un estado más avanzado de su tramitación y existan indicios suficientes sobre la concurrencia de los presupuestos necesarios para ello.

De acuerdo con lo prevenido por el art. 48.3 LC, que claramente establece “desde la declaración de concurso de la persona jurídica”, y según lo manifestado respecto a los presupuestos que deben concurrir para que pueda ser decretado (en particular, si se considera que en la apariencia de buen derecho hay que incluir la posibilidad de liquidación), debe concluirse que el embargo puede ser acordado o mantenerse en la fase común (salvo si está próxima a alcanzarse una propuesta anticipada de convenio), en la fase de convenio (que se convertirá en liquidación si no se presentan propuestas o no se admiten las formuladas, ex arts. 114.3 y 143.1.1º LC) o en la fase de liquidación. Y cabe que lo sea antes o después de la apertura de la sección de calificación.

Lo resuelto en el proceso cautelar, en que los pronunciamientos judiciales se basan en un juicio indiciario y provisional, no vincula a la sentencia del proceso principal, que es en este caso la que decide la calificación del concurso. Las resoluciones judiciales firmes pronunciadas en el proceso de medidas cautelares *no tienen fuerza de cosa juzgada material*<sup>147</sup>.

---

<sup>147</sup> SAPB 15ª de 14.09.09 cit. en 1.2.2, 1.2.1 y 2 y 2.2.3.2. de este trabajo, pgs. 18, 23 y 62.

Su característica de temporalidad deriva de que no se trata de un embargo definitivo realizado durante la fase de liquidación de la persona jurídica, sino que *mantiene su pendencia del proceso concursal*.

De acuerdo con el citado AAP Barcelona, Sec. 15<sup>a</sup>, de 06.02.06, el embargo puede adoptarse desde que surge la apariencia de responsabilidad de los administradores o liquidadores, que presupone también la previsión de que se optará por la liquidación y que ésta resultará insuficiente para el pago de los créditos. El peligro por la demora procesal incluirá la urgencia en adoptar esta medida antes incluso de la apertura de la calificación, en atención al riesgo de ineffectividad de la hipotética sentencia condenatoria como consecuencia de la dilación propia de la tramitación de la fase común del concurso y del incidente de calificación, por lo que estará en función de la solvencia patrimonial del administrador.

Con lo que la adopción de la medida cautelar del embargo no se vincula por tanto en la Ley Concursal al contenido necesario de la sentencia que califique el concurso como culpable, sino al contenido eventual de una declaración que, en el momento de adopción de la medida, es también hipotética. Así, en nuestro sistema concursal, la apertura de la fase de liquidación no lleva aparejada la calificación del concurso como culpable, ni la calificación del concurso como culpable exige la responsabilidad concursal por el déficit patrimonial o por parte del mismo.

Así, adoptada la medida cautelar de embargo, el concurso puede ser declarado fortuito, y no culpable. Incluso calificado como culpable, puede suceder que la sentencia no se pronuncia necesariamente acerca de la responsabilidad concursal, bien porque no se ha abierto fase alguna de liquidación, bien porque incluso abierta la fase de liquidación, el juez no considera que los administradores y/o liquidadores deban responder total o parcialmente del déficit patrimonial.

Por lo que se produce una cierta desvinculación de la medida cautelar. Aquí comienzan nuevos problemas porque no siempre se procederá a la formación de la sección sexta o sección de calificación del concurso. Dicha sección sólo se forma en los supuestos del art. 163 LC, es decir: a) Convenio con una quita superior a un tercio y espera superior a tres años. b) En los supuestos de apertura de la fase de liquidación.

El art. 48.3 LC dice que la medida cautelar se puede adoptar desde que se declara el concurso; por tanto, no parece que quepa con anterioridad, es decir, con la mera

solicitud de la declaración del concurso o incluso antes. Pero cabría en cambio plantearse la posibilidad de solicitar la medida cautelar pura en virtud de los arts. 728 y sigs. LEC.

Cabe preguntarse qué sucede si el auto es recurrido en apelación. Como antes hemos dicho, el recurso no tiene efectos suspensivos, salvo que el juez acuerde excepcionalmente lo contrario (art. 20.2 LC). Igualmente puede ocurrir que se recurra el auto sin que se haya adoptado todavía la medida cautelar. La solución debe ser la siguiente según BLASCO GASCÓ:

“A) Si la medida se adopta en el mismo auto en que se declara el concurso. a) Si el recurso de apelación del auto no tiene efectos suspensivos (que es la regla general), entonces se mantiene la medida cautelar adoptada en dicho auto. b) Si el recurso tiene efectos suspensivos, entonces el juez deberá pronunciar acerca del mantenimiento o no de las medidas cautelares adoptadas (art. 20.2 LC). B) Si la medida cautelar no se adoptó en el mismo auto de declaración de concurso, el cual es apelado. a) Si el recurso tiene efectos suspensivos, y la medida cautelar no se adoptó en el auto de declaración del concurso, ni posteriormente en auto *ad hoc*, una vez interpuesto el recurso, no podrá acordarla, ni él ni obviamente la Audiencia que conozca del recurso. b) Si el recurso no tiene efectos suspensivos, aun después del recurso el magistrado podrá adoptar, mediante auto, la medida cautelar del art. 48.3 LC, el cual, a su vez, podrá ser apelado<sup>148</sup>”.

---

<sup>148</sup> BLASCO GASCÓ, F. de P., cit., pgs. 61 y 62.

### 3. PROCEDIMIENTO

#### 3.1. NORMATIVA

La Ley Concursal no concreta el procedimiento a seguir, lo que resulta problemático, de manera que la práctica procesal está resultando de lo más diversa. Desde luego no parece que el cauce del incidente concursal (aunque el artículo 192 de la LC podría así justificarlo) resulte idóneo para tramitar esta medida, pues la necesidad de entablar una primera fase de debate escrito (con demanda y contestación), con anterioridad a la posibilidad de celebrar una vista, no resulta compatible con la agilidad que exigen las medidas cautelares.

Lo anterior justificaría acudir al proceso cautelar previsto en la LEC, por ser el único idóneo al efecto, pese a que la Ley Concursal (a diferencia de lo que hace en el artículo 17) no se remita expresamente a él, invocando la aplicación supletoria de la misma. Por lo que cabría, en interés del concurso, la tramitación procesal de la solicitud de medidas se recondujese al cauce del incidente cautelar de la LEC o incluso al excepcional del artículo 733.2 de la LEC, lo que permitiría *prescindir de la previa audiencia* a los demandados, sin perjuicio de la posterior posibilidad de éstos de *oponerse a la cautela* acordada, presentando escrito, mediante la representación de procurador y defendidos por abogado, en el plazo de veinte días desde que la resolución judicial les sea notificada, garantizándose así la efectividad del *principio de contradicción* (la especialidad del régimen de recursos de la LC supondría, sin embargo, que contra el auto resolutorio del incidente de medidas no cupiese luego apelación directa).

#### 3.2. INAUDITA PARTE

Para optar por el cauce "*inaudita parte*" deberían valorarse, entre otras circunstancias, las irregularidades que puedan advertirse en la gestión desempeñada por los administradores de la concursada, el cese de actividad de dicha empresa y la necesidad de preservar el interés del concurso, en el que están implicados una pluralidad de acreedores insatisfechos, que pueden exigir que con celeridad y eficacia se prevenga cualquier posible comportamiento de los gestores de la concursada, que en ciernes de serles exigidas responsabilidades por su actuación podrían tener la tentación de tratar de desprenderse de bienes o de ponerlos a salvo de una posible ejecución, lo



que pudiera comprometer el buen fin de la medida cautelar, que no es otro que asegurar la posible condena que pudiera recaer contra aquéllos.

La posibilidad de que el embargo preventivo se decrete *inaudita parte* se configura en la LEC como una excepción a la regla general (art. 733.2 LEC), siendo necesario que concurren “razones de urgencia o que la audiencia previa pueda comprometer el buen fin de la medida cautelar”. Ello no supone una privación de las posibilidades de defensa al afectado, que quedan garantizadas en virtud de la facultad de suscitar el trámite de oposición contemplado en los arts. 739 a 742 LEC.

Como regla general el juez decretará la medida cautelar -a diferencia de lo prevenido, con carácter general en la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 733.1)- sin audiencia del concursado. La contradicción será diferida, garantizándose su principio. La oposición a la medida cautelar debe sustanciarse mediante el procedimiento regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 739 a 741 LEC), aplicable con carácter supletorio (disp. final 5ª LC) y no por el cauce del incidente concursal<sup>149</sup>.

Por su parte, VALPUESTA GASTAMIZA señala que no cabe adoptar el embargo *inaudita parte*, sino que se deben seguir los trámites del incidente concursal (art. 192.1 LC), permitiendo tanto alegaciones como la práctica de la prueba<sup>150</sup>. Sin embargo, no hay un argumento positivo que impida la adopción de dicha medida cautelar *inaudita parte* si concurren los requisitos que la LEC exige para la adopción de tal medida preventiva sin audiencia previa del demandado ex art. 733.2 LEC, es decir, cuando concurre y se acreditan razones de urgencia.

La cuestión la resuelve el AAP de Barcelona, Sec. 15ª, de 20.04.06.

“En los hechos, el recurso de apelación se articula sobre una petición de nulidad que parece proyectarse no sólo sobre el Auto apelado, que desestimó la oposición al embargo, sino también sobre el Auto anterior que acordó la medida *inaudita parte*. Según el apelante, el cauce apropiado para adoptar la medida cautelar es el del incidente concursal, por lo que la Administración Concursal debió haber planteado una demanda incidental, de la que debió darse traslado a los administradores de la concursada, sin que sea procedente la adopción de la medida *inaudita parte*. Frente a tales argumentos se debe advertir que si la medida de embargo que prevé el art. 48.3 LC, según su literalidad, puede ser acordada *de oficio* por el Juez desde la declaración de concurso, debe aceptarse necesariamente que pueda ser adoptada *inaudita parte*, incluso en el

---

<sup>149</sup> GARCÍA, E. - IBORRA, C., “Un catálogo de las medidas cautelares en el concurso”. ADCo, 12 (2007-3), pg. 184; ver el ámbito del incidente concursal en MUÑOZ, L., “Los gastos del incidente concursal” ADCo, 12, (2007-3), pgs. 139 a 142.

<sup>150</sup> VALPUESTA GASTAMIZA, E., cit., pg. 399.

mismo Auto de declaración del concurso, a diferencia del régimen general cautelar regulado en la LEC (en el que expresamente se prohíbe la adopción de oficio) que, en ciertos aspectos resulta particularizado en el ámbito concursal por el art. 48.3 LC. Además, no puede admitirse que el sujeto pasivo de la medida haya padecido indefensión por haberse observado el trámite establecido, con carácter general, en la LEC, que le permite la oposición a las medidas acordadas *inaudita parte*, la oportunidad probatoria y el acceso directo e inmediato a la segunda instancia, en contraste con el restringido régimen de recursos que diseña el art. 197.3 LC si es que, para esta materia, se sigue el incidente concursal. Éste, además, resultará inadecuado o por lo menos de anómala puesta en práctica si la medida es adoptada de oficio por el Juez, a lo que se añade el contrasentido que supone tramitar la petición u oposición a las medidas cautelares por el mismo procedimiento que la pretensión principal de la que son instrumentales (pues el art. 171 LC remite al incidente concursal). Por tales razones no parece inadecuado, ni cercena el derecho de defensa, el recurso al trámite establecido con carácter general por la LEC, cuya aplicación supletoria en el ámbito concursal cobra sentido en supuestos como el presente (disp. adicional 5ª LC)".

### 3.3. MEDIDA CAUTELAR Y OPOSICIÓN

El auto que decida el incidente de oposición (art. 741.3 LEC) o el auto que acuerde la medida cautelar previa audiencia de los administradores afectados por la medida (arts. 733 y 735.2 II LEC) no serán susceptibles de recurso de apelación por aplicación del régimen especial de recursos impuesto en la Ley Concursal con carácter general (art. 197) respecto de todas las resoluciones dictadas en el concurso<sup>151</sup>.

Y el auto que acuerde estimar la oposición del administrador o liquidador y alzar el embargo o la resolución que disponga, por cualquier causa, el levantamiento del embargo deberían reconocer el derecho de los afectados por la medida cautelar a percibir, con cargo a la masa, el importe de los daños y perjuicios que el embargo les haya podido ocasionar (arts. 741.2-III y 742 LEC)<sup>152</sup>. La no necesidad de prestar caución no puede llevar a una consecuencia injusta que se produciría si los daños y perjuicios que la medida les haya podido causar no les son indemnizados.

---

<sup>151</sup> GARCÍA, E.- IBORRA, C., "Un catálogo de las medidas cautelares en el concurso", cit., pg. 184.

<sup>152</sup> ORTELLS, M. "Concurso de acreedores y tutela judicial (A propósito de la nueva Ley Concursal)" en Quintana/Bonet/García-Cruces (dirs.), *Las claves de la Ley Concursal*, Cizur Menor (Thomson-Aranzadi), 2005, pg. 151. El AJM de Málaga de 27 de junio de 2005 (en Gómez, *Doctrina de los Tribunales en sede concursal*, Granada (Comares), 2007, pgs. 234 a 236) al acordar el embargo en base al artículo 48.3 ordena a la administración concursal que realice una provisión contable por un valor de 6.000 euros para responder de los posibles daños y perjuicios que la adopción del embargo pudiera generar.

### 3.4. DURACIÓN

Por último, respecto de la duración del embargo preventivo o cautelar, debe quedar al prudente arbitrio del juez, si bien se deberá mantener, como dice VALPUESTA GASTAMIZA, "al menos hasta que haya indicios suficientes de que no se van a producir los hechos que permitirían una condena con base en el art. 172.3 LC; a lo que cabe añadir, el hecho de que la medida preventiva se sustituya por otra igualmente segura, como permite la propia norma del art. 48.3 LC<sup>153</sup>".

La modificación o el alzamiento de la medida cautelar debe acordarse en cualquier momento, tan pronto como se constate la ausencia de alguno de los presupuestos que determinaron la adopción de la medida cautelar<sup>154</sup> sin necesidad de esperar a que se dicte sentencia definitiva o firme en el incidente sobre calificación del concurso.

Su duración estará vinculada a la subsistencia de los requisitos que propiciaron su acuerdo, pero con precaución, para no poner en peligro el interés primordial del concurso (la satisfacción de los acreedores) a cuya consecución atienden precisamente la instauración de la responsabilidad del art. 172.3 LC y su instrumento, el embargo cautelar del art. 48.3. Por ello, aunque se ha señalado que "puede" levantarse si desaparecen los indicios que fundaban la apariencia de buen derecho, consideramos que más bien debería levantarse en estos casos. Así acontecería si dejara de haber indicios de que la masa fuera insuficiente o cuando se alejara la posibilidad de que se abriera la liquidación: con la aceptación del convenio, siempre y cuando gozara éste también de "apariencia de buen derecho", es decir, en caso de que no haya base legal para formular oposición o para que sea rechazado de oficio por el juez (arts. 128 y 131 LC), y, de acuerdo con su contenido y las circunstancias del caso, sea poco probable que se abra la liquidación tras la aprobación judicial (a solicitud del deudor, de cualquier acreedor, o de oficio por el juez tras haber declarado el incumplimiento del convenio, en los supuestos que detallan los arts. 142.3 y 4 y 143.1.5 LC).

Durante la fase de calificación, el juez deberá revisar la procedencia del mantenimiento o la adecuación de su importe, a la vista de los informes de la administración concursal y el Ministerio Fiscal, y mantener el embargo de los bienes y derechos de los administradores o liquidadores si al menos en uno de esos informes se propone la

---

<sup>153</sup> VALPUESTA GASTAMIZA, E., cit., pg. 399.

<sup>154</sup> Auto del Juzgado de 1ª Instancia 10 y de lo Mercantil de Santander, de 14 de febrero de 2006, por haberse constatado en el concurso que el activo resultaba suficiente para cubrir el pasivo (en Gómez, Doctrina...cit., pg. 271).

calificación del concurso como culpable y se incluye a dichos sujetos entre las personas afectadas por la calificación.

Si la administración concursal y el Ministerio Fiscal coinciden en calificar el concurso como fortuito, el auto que ordena el archivo de las actuaciones, contra el que no cabe recurso alguno (art. 170.1 LC), debe acordar el levantamiento del embargo. Y ello porque, tal y como establece el art. 731 LEC, las medidas no se mantendrán cuando el proceso principal haya terminado, previsión que hay que referir en este caso, no al procedimiento concursal, sino a la sección sexta.

Si la pieza de calificación ha proseguido hasta la sentencia, y ésta considera que el concurso fue fortuito, se levantará el embargo, salvo que, tal y como admite el art. 744.1 LEC se solicite por la administración concursal su mantenimiento y el juez así lo acuerde en los términos de dicho precepto.

Si la sección de calificación concluye con una sentencia condenatoria (la sentencia que califica el concurso como culpable) el embargo se mantendrá, según señalan los arts. 548 y 731 LEC, hasta que transcurran 20 días tras la notificación de la sentencia de calificación a los afectados por ésta.

Si tras dicha sentencia y en ese plazo aparecen bienes o nuevos bienes de los administradores o liquidadores afectados por la calificación, sería posible acordar (de oficio o a solicitud de la administración concursal) el embargo. Si transcurre ese plazo y no se solicita la ejecución de la sentencia de calificación, se deberán alzar las medidas que se hubieran adoptado (art. 731 LEC).

En caso de que la sentencia de calificación de concurso culpable haya sido objeto de recurso de apelación (art. 172.4 LC), se podrá solicitar su ejecución provisional conforme a los arts. 526 a 531 LEC y, cuando ésta se despache, se alzarán las medidas cautelares que se hubiesen acordado y que guarden relación con dicha ejecución (art. 731.2 LEC), es decir, el embargo preventivo.

En el supuesto de que la sentencia haya sido parcialmente estimatoria, deberá mantenerse el embargo en la cuantía suficiente.

### **3.5. CONTENIDO DEL AUTO DE ADOPCIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR**

Tanto el auto que adopte el embargo, como la sentencia que determine la responsabilidad concursal de determinados administradores o liquidadores, deben tener un contenido mínimo necesario cuya concreción se deja a la discreción y arbitrio del juez. 1. **Ámbito subjetivo del embargo y de la condena.**- Efectivamente, tanto el auto como la sentencia deberán determinar a qué sujetos afecta de entre los administradores y liquidadores de la sociedad. 2. **Ámbito temporal.**- El embargo o la condena no puede afectar a todos los administradores y liquidadores sociales, sino a quienes lo han sido en la fecha de declaración de concurso o en un plazo de dos años antes a la citada declaración. 3. **Ámbito objetivo o material.**- El juez debe determinar en el auto o en la sentencia la cuantía cuyo pago se quiere garantizar con el embargo o la cuantía a cuyo pago se condena a los administradores, la cual puede coincidir con el importe total del déficit o determinarse en una cuantía inferior. En cualquier caso, nunca puede ser por una cuantía superior al déficit.

#### **3.5.1. *Ámbito subjetivo o personal***

Los destinatarios de la medida pueden serlo quienes hayan sido *administradores (o liquidadores), de hecho o de derecho, de la sociedad en el indicado período de dos años anteriores a la declaración del concurso* (art. 48.3 LC), que son los que podrían resultar afectados por la calificación (art. 172.2.1º LC). Por lo que habrá que poner en relación los hechos que puedan motivar la calificación con el comportamiento de los administradores afectados para poder fundar la decisión de decretar una medida cautelar en su contra. Lo cual justifica adoptar la medida contra los administradores a quienes pudieran imputarse los comportamientos susceptibles de calificación culpable del concurso (*que los hechos les resulten imputables*), sin perjuicio de lo que pueda acordarse en su momento en la pieza de calificación.

Literalmente, el art. 48.3 LC, así como el art. 172.3 LC, conducen a entender que el embargo se puede acordar respecto de bienes y derechos de los administradores y liquidadores de la sociedad concursada en el momento de la declaración del concurso y de quienes lo hubieran sido dentro de los dos años anteriores a la fecha de dicha declaración, y tanto lo fueran de hecho como lo fueran de derecho.

Esta lectura, que sin duda permite la letra de los artículos, no deja de producir cierto desasosiego, por lo que se plantea, de inicio, el problema de determinar qué administradores y liquidadores pueden ver sus bienes y derechos embargados.

Pero, antes, debemos hacer algunas precisiones: 1º La medida cautelar, así como la responsabilidad concursal *ex art. 172.3 LC*, no puede predicarse de quien sea nombrado administrador o liquidador de la sociedad tras la solicitud del concurso. 2º El embargo sólo puede adoptarse respecto de administradores y liquidadores. Por tanto, tampoco afecta a otras personas o profesionales, como auditores o abogados o asesores fiscales. Igualmente, no puede afectar a otras personas a quienes puede afectar la sentencia, como los cómplices, sino sólo a los administradores y liquidadores, de hecho o de derecho, en el momento de la declaración del concurso o que lo hubieran sido en el plazo de dos años antes.

Por lo que cabe plantearse que sucede entonces con los administradores que no participan ni han participado en los hechos que dan lugar a calificar el concurso como culpable o al menos en la fundada posibilidad de que así se califique. La norma parece plantear un conflicto entre el carácter objetivo de la responsabilidad imputada al administrador, es decir, de la imputación al administrador y el carácter claramente subjetivo de la calificación del concurso como culpable.

El problema deriva del hecho de que la calificación del concurso como culpable viene siempre referida a un conducta subjetiva concreta de un determinado administrador o administradores que provoca o agrava el estado de insolvencia. Así, si la calificación del concurso como culpable descansa en un criterio subjetivo cualificado de dolo o culpa grave, entonces no se entiende muy bien que la imputación al administrador de responsabilidad concursal (así como de la medida cautelar) se pueda realizar objetivamente, y con independencia de que la medida tenga carácter sancionador o indemnizatorio. Por eso, debería entenderse que el embargo o la responsabilidad concursal sólo pueden solicitarse y sólo pueden decretarse o adoptarse en relación con el administrador o administradores o liquidador o liquidadores a los que se pueda imputar una conducta dolosa o culposa grave que provoque o agrave la situación de insolvencia. Y debe decirse claro: que provoque o que agrave, no que tienda a provocar o tienda a agravar.

En esa línea, también ALONSO UREBA<sup>155</sup> y GARCÍA RUBIO<sup>156</sup> señalan que el artículo debe interpretarse en el sentido de que dicho embargo “no procederá respecto de todos los administradores, sino sólo respecto de aquellos de los que resulte fundada la posibilidad de que hayan contribuido dolosamente o con culpa grave a la generación o agravación del estado de insolvencia de la sociedad”.

El juez sólo puede condenar al administrador cuya conducta dolosa o culposa grave ha causado o agravado el estado de insolvencia y sólo respecto de este administrador, en su caso, se podrá adoptar la medida cautelar del embargo prevista en el art. 48.3 LC y de acuerdo con los presupuestos contenidos en tal precepto. Si se entendiera que la responsabilidad concursal tiene una naturaleza sancionadora, cabría convenir que dicha responsabilidad sólo se debería declarar del infractor. Así, sólo se puede sancionar o imputar la responsabilidad concursal a los administradores que hayan incumplido con dolo o culpa grave el deber de no provocar ni agravar el estado de insolvencia de la sociedad.

Finalmente cabe un argumento *ex constitutione*: la interpretación del art. 48.3 LC en el sentido de poder acordar el embargo preventivo de los bienes de cualquiera que haya sido administrador o liquidador de la mercantil en el período de dos años anteriores a la declaración del concurso conduce a un grado de inseguridad jurídica que posiblemente haga la norma o la interpretación de la misma contraria al art. 9.2 CE. Efectivamente, una interpretación de tal calibre puede hacer responder a una persona de los excesos o conductas dolosas o negligencias de otra respecto de la que tiene ningún deber ni de vigilancia ni de custodia. Con otras palabras, un administrador diligente y buen comerciante, puede verse sujeto a la medida cautelar del embargo de su patrimonio o parte del mismo por la actuación posterior o anterior de otro administrador doloso.

Por ello, el embargo sólo debería decretarse respecto de los administradores o liquidadores que hayan actuado con dolo o culpa grave provocando o agravando el estado de insolvencia y siempre que estén en el cargo en el momento de declararse el concurso o lo hayan estado dentro de los dos años anteriores a dicha declaración.

---

<sup>155</sup> ALONSO UREBA, A., “La responsabilidad...”, cit., pg. 31.

<sup>156</sup> GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup> Paz, cit., pg. 438.

Así lo ha entendido también el citado AAP Barcelona, sec. 15<sup>a</sup>, de 06.02.06, el cual establece que

“aunque el art. 48.3 LC exija tan sólo que «de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas», ello no es suficiente pues, además, debe acreditarse también indiciariamente que al administrador (o liquidador) a quien se pretende embargar se le puede imputar la conducta que merece la calificación culpable del concurso y que dicha conducta ha generado o agravado la insolvencia o cuando menos es apta para ello.

El concepto de *administrador de derecho* en principio no plantea problemas. Se considera como tales a los miembros del órgano de administración formal y válidamente designados por los órganos de la sociedad habilitados al efecto (la Junta o el Consejo de administración en supuestos de cooptación) que han aceptado el cargo (art. 125 LSA) y cuyo mandato no ha caducado.

Cuando el régimen de administración sea dual, la responsabilidad concursal podrá afectar tanto a los miembros de la Dirección cuanto a los del Consejo de Control (arts. 312 y 327 a 336 -especialmente el art. 335- de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España; arts. 9 y 39 a 51 -especialmente, el art. 51- del Reglamento (CE) n.º 2157/01 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el estatuto de la Sociedad Anónima Europea; arts. 37-51 del Reglamento (CE) n.º 1435/03 del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo al Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea).

En cuanto a los administradores, resulta indiferente el carácter retribuido o no del cargo. El régimen societario de responsabilidad de los administradores tampoco considera la repercusión del carácter no retribuido del cargo en el régimen de responsabilidad de los administradores y liquidadores.

Nada dice la LC de los representantes de los administradores o liquidadores personas jurídicas. Y no dice nada de la propia persona jurídica concursada, ni de sus socios. Se discute si el deudor concursado se ve afectado por las consecuencias de la declaración del concurso culpable, ya que no se menciona expresamente como afectado por la calificación y cuando la LC alude a la persona jurídica parece que traslade su atención y ocupen su lugar los administradores y liquidadores de ésta.



La consideración del deudor persona jurídica como concursado culpable no importa directamente a los concretos efectos que nos interesan, pues no ha de ser declarado responsable del pago de sus propias deudas, y recalcar esa responsabilidad nada añade, puesto que es su patrimonio el ejecutado: con la apertura de la liquidación se declarará su disolución si no se hubiese operado ya (art. 145.3 LC) y, constatada la insuficiencia de bienes del concursado o de terceros responsables (por algo, uno de los presupuestos del art. 172.3 es la insuficiencia de masa), concluirá el concurso y se extinguirá la personalidad (arts. 176.1.4º y 178.3 LC).

Así, en caso de deudor persona jurídica, la consideración de sujeto afectado por la calificación se extrapola a sus administradores y liquidadores, pero no a sus miembros, socios o integrantes, ni siquiera a los socios significativos, de relevancia o de referencia: su conducta no se valora a los efectos de declarar el concurso culpable y no se mencionan expresamente como sujetos afectados por la calificación. Únicamente podrán ser declarados cómplices si han colaborado con el deudor persona jurídica, con sus administradores, liquidadores o apoderados generales, y, salvo que ellos mismos pudieran ser considerados administradores o liquidadores de hecho de la persona jurídica concursada, no se verán afectados por la calificación del concurso como culpable y no serán condenados a asumir el pasivo restante, aunque dolosa o culposamente hubieran causado o agravado la insolvencia de la persona jurídica de la que formaban parte.

Mayores problemas presenta la concreción de la figura del *administrador de hecho*. Dicha figura ha sido introducida por el legislador español en diversos textos legales sin que exista una definición expresa de la misma. En algunos Ordenamientos de nuestro entorno (Francia, Bélgica y Reino Unido), la figura del administrador de hecho es entendida en sentido amplio. Se incluye dentro de tal concepto a todo aquel que participa e influye de forma efectiva en la gestión y administración de la sociedad. En nuestro Ordenamiento, puede afirmarse, con carácter general, que la figura presenta en la actualidad unos perfiles más amplios que aquellos con los que nació. El administrador de hecho ya no se identifica con un administrador de derecho con mandato caducado sino con un sujeto que se caracteriza por el ejercicio de las funciones propias del cargo con independencia de la causa que motivó su cese como administrador o, al margen, incluso, de si alguna vez tuvo tal condición. Desde esta *perspectiva funcional*, la noción de administrador de hecho se extiende a una variedad de supuestos. De un lado, pueden considerarse como administradores de hecho aquellos que han sido nombrados al efecto pero dicho nombramiento, bien está viciado,

bien ha caducado. De otro lado, aquellos sujetos que ejercen efectivamente las funciones propias de un administrador de derecho sin que en ningún momento hayan sido nombrados al efecto: los que, bajo la apariencia de apoderado general, administran y gestionan la sociedad, eludiendo las normas societarias sobre responsabilidad de administradores; y, aunque es discutible, el denominado administrador indirecto u oculto, entendido éste como aquel que ejerce una influencia decisiva en la gestión de los administradores de derecho.

Nuestro legislador recurre al concepto del *administrador de hecho*, pero no especifica si se refiere al concepto amplio, que incluye a los directivos y a quienes tengan poderes efectivos de gestión, aunque carezcan de facultades de representación, o al más estricto, referido al administrador orgánico con nombramiento nulo o caducado. A nuestro juicio, el concepto estricto deja en manos de los infractores de las normas la aplicación de las consecuencias perjudiciales: si se exige un previo nombramiento como administrador orgánico (tildado luego de caduco o inválido) se recorta el ámbito de aplicación en beneficio de quienes, eludiendo precisamente el nombramiento previo, evitan la sanción aparejada<sup>157</sup>.

En este punto, como en sede general de responsabilidad civil de administradores<sup>158</sup>, debe propugnarse un concepto amplio de *administrador o liquidador de hecho*, omnicomprendivo de todos cuantos, con independencia de la forma, la apariencia o la denominación, funcionalmente asumen la condición de tales. Para la jurisprudencia comparada, basta con que se pueda acreditar la realización de actos positivos de gestión para calificar a un sujeto como *administrador de hecho*<sup>159</sup>, y tal es la opinión

---

<sup>157</sup> Otros autores se muestran también partidarios de valorar la sustancial relación de administración, no de una postura restrictiva y formalista: ALCOVER, "Introducción al Régimen Jurídico...", cit., pgs. 496 y 497; ROMERO, *Derecho Concursal*, cit., pg. 281, define al administrador de hecho como la "persona que ejerce la gestión efectiva de la sociedad careciendo de las facultades de los administradores legales para tal fin", por inexistencia, caducidad, vicio de fondo o forma. Para FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., "La responsabilidad concursal de los administradores de sociedades de capital", en AA.VV. coordinados por L. Fernández de la Gándara y Sánchez Álvarez, M.M., *Comentarios a la Ley Concursal*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, pgs. 702, en esta categoría queda comprendido "el administrador de hecho oculto", que actúa en el tráfico bajo la apariencia de director gerente, apoderado general o factor mercantil"; y en la pg. 710 señala que, pese a los inconvenientes del concepto amplio omnicomprendivo de cualquier modalidad de gestión de hecho con independencia de su vestidura previa, lo relevante es "el ejercicio directo de las tareas propias de carácter administrativo que suponga una efectiva injerencia en la marcha de la sociedad; una actuación soberana e independiente no sometida a instrucción alguna de los restantes sujetos u órganos sociales, así como la creación o mantenimiento de una situación objetiva de apariencia, con eficacia vinculatoria, toda vez que quien actúa lo hace en condición de administrador".

<sup>158</sup> MORILLAS, M.J., "Las normas de conducta de los administradores de las sociedades de capital", *La Ley*, Madrid, 2002, pgs. 237-240; RIBELLES ARELLANO, J.M., "Deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades", *Cuadernos de Derecho Judicial*, XIX 2004, pg. 353-359.

<sup>159</sup> La doctrina española considera necesaria una actuación continuada, no meramente ocasional o esporádica.

expresada, concretamente respecto de la posible consideración como administradores de hecho de la sociedad dominada a la sociedad dominante o sus administradores, también por algunos jueces españoles<sup>160</sup>.

La cuestión es si en este concepto de administrador de hecho cabe incluir a los apoderados (no mencionados ni en el art. 164.1, ni en el art. 172.3, pero sí en el art. 166 LC). De nuevo, pensamos que debe optarse por un concepto amplio: siempre que el sujeto concernido pueda ser materialmente caracterizado como administrador de hecho, aunque formalmente sea un simple apoderado, puede ser susceptible de condena (no por ser apoderado, sino en calidad de administrador de hecho). En caso contrario, el nombramiento como representante voluntario "blindaría" al designado respecto de la condena al pago del pasivo restante, pese a haber actuado como verdadero administrador de hecho<sup>161</sup>.

Para concretar los supuestos en que puede entenderse que un sujeto *ejerce realmente* las funciones de administración, parece necesario, de un lado, que la gestión y administración social sea realizada *de forma independiente y autónoma*. Ello implica la existencia de un verdadero *poder de dirección*. El sujeto debe estar en disposición de decidir sobre la suerte comercial y financiera de la sociedad. No puede considerarse suficiente el ejercicio de una mera actividad de control. Por otro lado, la actuación realizada por el administrador de hecho debe consistir en *verdaderos actos de gestión* directiva, excluyéndose, por tanto, los supuestos en que un tercero da meros consejos o recomendaciones a los administradores de derecho. Por último, cabe aludir a la *habitualidad* en el ejercicio de las funciones de gestión. Resulta insuficiente la realización de actos ocasionales o aislados.

---

<sup>160</sup> Así, los Jueces especialistas en Derecho Mercantil, en el *II Congreso de Derecho Mercantil*, celebrado en Valencia, los días 1 y 2 de diciembre de 2005, Tercera Mesa redonda, Cuarto bloque: "La condición de administrador o liquidador de hecho ha de conectarse con lo que se ha denominado "difusión del poder de la empresa". Dicho poder no reside ya en únicamente en quien, conforme a los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico, aparece formalmente investido de los poderes de representación y gestión social, el administrador societario de derecho. Ha de estarse más a la "funcionalidad" que a la "formalidad", a quien detenta el poder real de la sociedad más que a quien aparece formalmente investido del mismo, y hacer responder a quien funcionalmente detentaba tal poder real".

<sup>161</sup> Partidaria de no incluir a los directores generales "de derecho" se muestra GALLEGO, "Calificación del concurso", cit., pgs. 493-497. ALCOVER GARAU, G, "Introducción al Régimen Jurídico de la Calificación Concursal", en AA.VV., dirigidos por García Villaverde, R., Alonso Ureba, A., y Pulgar Ezquerro, J., *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003, y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal*, Dilex, Paracuellos del Jarama, 2003, pg. 497, tacha de incongruente a la LC al no englobar a los apoderados generales entre las personas afectadas por la calificación, excepto si se pueden equiparar a los administradores de hecho, y no obstante, considerar cómplices a quienes hayan colaborado con ellos en la realización de actos que permitan fundar la calificación del concurso como culpable.

El criterio de la independencia y el poder de dirección, excluye, en principio, a aquellos sujetos que se sitúan en una posición de subordinación como pueden ser los *apoderados* generales. En la práctica, sin embargo, puede suceder que esa relación de subordinación y jerarquía del apoderado o Director general respecto de los administradores no exista. En este sentido, es frecuente la utilización de personas insolventes o sin cualificación profesional para ocupar el cargo de administrador, cuando es el socio mayoritario la persona que ejerce realmente las tareas de gestión a través de la figura del apoderado o Director general. En estos supuestos, puede considerarse al apoderado general como administrador de hecho y decretarse el embargo preventivo de sus bienes de cara a asegurar la efectividad de la eventual responsabilidad concursal. La mera existencia del apoderamiento, por tanto, no impide su posible calificación como administrador de hecho siempre que se demuestre que el sujeto en cuestión es quien dirige y gestiona la sociedad y que no existe subordinación alguna respecto de los miembros del órgano de administración y siempre que concurren los requisitos de habitualidad y ejercicio de verdaderos actos de gestión.

La condena, ni por ende la medida cautelar, puede recaer sobre los calificados como cómplices, que tampoco pueden ser inhabilitados, aunque sí condenados a indemnizar los daños y perjuicios causados<sup>162</sup>, y tampoco la hay sobre la posibilidad de que abarque simultáneamente a administradores y liquidadores<sup>163</sup>, de hecho y de derecho, actuales y anteriores.

Pero sin duda la cuestión más debatida es la relativa al carácter solidario o mancomunado de la responsabilidad cuando se impute a varios administradores y/o liquidadores de la sociedad. A diferencia de las normas contenidas en las leyes societarias, que expresamente determinan la responsabilidad solidaria entre los administradores o entre éstos y la sociedad, para el caso de responsabilidad concursal ni el art. 48.3 LC ni el art. 172.3 LC determinan cómo se ordena la pluralidad subjetiva de deudores. Entre la sociedad y el administrador o administradores condenados a cubrir el déficit patrimonial, la relación es de subsidiariedad: el administrador sólo puede ser condenado previa

---

<sup>162</sup> La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Málaga de 22 de mayo de 2006 rechaza la petición de condena a los cómplices instada por la administración concursal. AA.VV. coordinados por Villoría Rivera, I., *Reforma concursal*, Dossier Práctico Francis Lefebvre, Madrid, 2003, pg. 344, en cuanto a la indemnización de los daños y perjuicios causados como efecto de la declaración del concurso culpable sobre los cómplices, señalan: "Estos daños y perjuicios deben estar causalmente vinculados con la actuación del cómplice, no siendo posible hacer responsable por esta vía a los cómplices del pasivo del concurso, posibilidad que, aunque era más teórica que práctica, había sido discutida con la anterior legislación".

<sup>163</sup> ALONSO UREBA, "Art. 172.3. (responsabilidad concursal...)", cit., pg. 1441.

excusión de los bienes de la sociedad y para el caso de que éstos no sean suficientes para satisfacer íntegramente los créditos de los acreedores concursales.

Pero la norma no resuelve el problema de ordenar la pluralidad de administradores y/o liquidadores afectados por el embargo o condenados a sufragar el déficit patrimonial de la sociedad concursada. Algunos autores, como FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA<sup>164</sup> o ALONSO UREBA<sup>165</sup> o COLAS ESCANDÓN<sup>166</sup> han entendido, que en el caso de responsabilidad concursal la responsabilidad no es solidaria. De este modo, se aplica la regla general de nuestro sistema basada en la presunción de no solidaridad del art. 1.137 CC. En cambio, RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA y HUERTA VIESCA<sup>167</sup> entienden que la responsabilidad debe ser solidaria.

Para SEQUEIRA, SACRISTÁN Y MUÑOZ, “el hecho de que la Ley Concursal no determine expresamente cómo se responde de los daños en caso de pluralidad de administradores, considerados personas afectas, no supone la derogación del régimen general de responsabilidad de los administradores. A falta de disposición expresa en sentido contrario, sería aplicable el art. 133.3 LSA, y responderían de forma solidaria los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo, pero resultando de aplicación las causas de exoneración previstas en el citado precepto, teniendo en cuenta que en su caso los administradores podrán comparecer en la pieza de calificación como personas afectadas y alegar lo que a su derecho interese (art. 170.2 LC). En cambio, cuando la responsabilidad no es por daño sino por sanción, a falta de una declaración expresa de solidaridad, debe entenderse, en todo caso, que se trata de una responsabilidad individual, personal, porque nos encontramos en el marco de interpretación de una norma sancionadora y se debe emplear criterios restrictivos sin que se aplique la regla general de la responsabilidad solidaria prevista en la LSA<sup>168</sup>”.

Otros autores entienden que, en principio, el juez puede determinar el carácter solidario o mancomunado de la medida cautelar o de la responsabilidad concursal que tiende a garantizar dicha medida cautelar. Pero entonces el problema se plantea si el juez no determina el carácter solidario o mancomunado de la responsabilidad de los administradores o liquidadores, problema que obviamente se plantea también en

---

<sup>164</sup> FERNANDEZ de la GÁNDARA, cit., pg. 719.

<sup>165</sup> ALONSO UREBA, cit., pg. 308.

<sup>166</sup> COLAS ESCANDÓN, cit. pgs. 1.804 y 1.805.

<sup>167</sup> RODRIGUEZ RUIZ de la VILLA, D., y HUERTA VIESCA, M<sup>a</sup> Isabel, “¿Más responsabilidad de los Administradores?” en Derecho de los Negocios, nº 139, 2002, pgs. 9 y sigs.

<sup>168</sup> SEQUEIRA MARTÍN, A., SACRISTÁN BERGIA, F. y MUÑOZ GARCÍA, A., cit., pg. 209.

relación con la traba de embargo cuando éste afecta a una pluralidad de administradores y liquidadores.

En principio la norma que rige en nuestro sistema es la de la no presunción de la solidaridad; es decir, que regiría la mancomunidad. Pero la norma contenida en el art. 1.137 CC ha sufrido una clara interpretación correctora por parte de la doctrina jurisprudencial. Así cabría pensar que si los administradores eran solidarios, su responsabilidad concursal también será solidaria. Pero esta afirmación no vale necesariamente para el caso contrario, es decir, si los administradores no eran solidarios o si ni siquiera fueron coetáneos.

Se puede concluir: 1. Si el juez determina la cuantía de la traba que debe sufrir cada administrador *ex art. 48.3 LC*, o posteriormente, la cuantía de que debe responder del déficit patrimonial *ex art. 172.3 LC*, entonces se deberá estar a dicha resolución: sólo se podrán trabar bienes bastantes para responder del pago de la cantidad atribuida a cada administrador, y, en su caso, sólo se deberá abonar dicha cantidad en concepto de responsabilidad concursal. 2. Si el juez no determina dicho importe individualizado ni, por tanto, ordena la pluralidad subjetiva de administradores o liquidadores, en primer lugar, habrá que convenir que no se puede embargar a todos por el todo, sino en el límite de la cuantía máxima de la responsabilidad. El problema entonces es si dicha cuantía hay que entenderla por partes iguales o cabe que el embargo afecte sólo a uno o alguno de los administradores.

La responsabilidad debería entenderse solidaria si los administradores actuaron solidariamente o si, sin ser solidarios, concurrieron con dolo o culpa grave en la provocación o agravación de la insolvencia. En los demás supuestos, la solución debe establecerse caso por caso.

También, se puede hacer jugar el criterio de participación en la causación o agravación del estado de insolvencia: si se puede determinar el grado, de responsabilidad de cada administrador, la responsabilidad debe ser imputada de manera individual. En cambio, si no se puede individualizar el grado de participación en la causación o agravación de la insolvencia, la responsabilidad deberá ser declarada con carácter solidario de manera que se configuraría como una suerte de solidaridad impropia o responsabilidad *in solidum, ad instar* de la declarada por el Tribunal Supremo para el caso de responsabilidad extracontractual *ex art. 1902 CC* o la derivada por el mismo Tribunal

Supremo para los agentes del proceso constructivo o edificatorio por el contrato de ejecución de obra en virtud del art. 1.591 CC.

Si el juez determina una responsabilidad solidaria entre los administradores o los liquidadores (se trataría de un caso de *solidaridad impropia*), cabe un segundo pleito entre los diversos administradores condenados para dirimir entre ellos su grado de responsabilidad, incluso su exención de la misma.

Y como señala ESPINÓS, ante el fallecimiento del administrador, cabría el embargo de la herencia yacente, en virtud de los arts. 1.003, 1.082 y 1.084 CC<sup>169</sup>.

Por último, se debe tomar en consideración que cuanto determine el juez como medida cautelar en el auto correspondiente no le vincula en el momento de elevar a definitiva dicha medida, es decir, que el contenido del auto no determina el contenido de la sentencia que establezca la responsabilidad concursal. De esta manera, pueden variar los sujetos condenados respecto de los embargados así como la cuantía de responsabilidad imputada a cada sujeto.

No podemos concluir este apartado sin dejar hacer una breve referencia a tres interesantes cuestiones. La primera de ellas es la posibilidad de la extensión de la responsabilidad concursal ex art. 172.3 LC y, por ende, del embargo preventivo previsto en el art. 48. 3 LC, a la sociedad matriz o dominante en un *grupo de empresas*, en el caso de grupos jerárquicos, o a los administradores del grupo de sociedades distintos de tal sociedad matriz, en el caso de grupos de sociedades de otro tipo.

SARAZÁ<sup>170</sup>, tras afirmar que la sección de calificación es quizás una de las principales vías por las que se puede extender la responsabilidad por deudas de la sociedad concursada a otras sociedades integradas en el grupo, o al propio administrador del grupo<sup>171</sup>, aclara que no estamos en presencia de una responsabilidad objetiva. A su

---

<sup>169</sup> ESPINÓS BORRÁS de QUADRAS, A., cit. pg. 530.

<sup>170</sup> SARAZÁ, R., "Responsabilidad concursal y grupos de sociedades" en ADCO, nº 10, 2007, pg. 229.

<sup>171</sup> SARAZÁ, R., "En el caso de que la sociedad matriz sea directamente afectada por la calificación como culpable del concurso en concepto de administrador de hecho de la sociedad filial y se le condene, entre otros extremos, a pagar totalmente a los acreedores la parte de sus créditos no percibida en la liquidación de la masa activa de la sociedad filial declarada en concurso, se llega a una solución equivalente a la de la consolidación sustantiva que en ocasiones ha utilizado la jurisprudencia norteamericana en el caso de quiebras de sociedades integradas en grupos. La condición de administrador o liquidador de hecho ha de conectarse con lo que se ha denominado la "*difusión del poder de la empresa*". Dicho poder no reside ya únicamente en quien, conforme a los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico, aparece formalmente investido de los poderes de representación y gestión social, el administrador societario de derecho. *Ha de estarse más a la*

juicio la responsabilidad concursal no puede derivarse sin más de la existencia de una posición de dominio, en el caso de grupo jerárquico, sino que debe analizarse como se ha comportado la sociedad matriz en el ejercicio de dicho dominio y verificar si ha desarrollado una conducta dolosa o gravemente culposa que ha generado o agravado el estado de insolvencia. Paralelamente, tratándose de otro tipo de grupo de sociedades, horizontal, debe valorarse como el administrador del grupo ha ejercido los poderes propios de la unidad de decisión y si su conducta puede encuadrarse dentro de los supuestos que permiten calificar el concurso como culpable al amparo del art. 164.2 LC.

En realidad la responsabilidad concursal (y los posibles efectos de la sentencia de calificación) de la sociedad dominante o de su administrador, o del administrador del grupo en sí, no está expresamente prevista en la regulación de la sección de calificación, sino que se realiza a través de la figura del administrador de hecho, que sí lo está.

Son ya numerosas las Sentencias de los Juzgados Mercantiles que partiendo de la atribución de la condición de administradora de hecho a la sociedad matriz o dominante de la concursada integrada en un grupo de empresas, han considerado a ésta persona afectada por calificación con los efectos inherentes. Consideración que habilita también la adopción de medida cautelar de embargo preventivo ex art. 48.3 LC contra sus bienes<sup>172</sup>.

La segunda de las cuestiones se plantea en relación con los *seguros de responsabilidad civil de los administradores y directivos de las sociedades* que tienen su antecedente en los llamados *D&O insurances* estadounidenses y que cada vez más son más frecuentes en la práctica mercantil de nuestro país. La duda que se nos plantea es si la existencia de un seguro que cubriese la eventual responsabilidad concursal del administrador mercantil podría ser invocada con éxito como motivo de oposición a la adopción de la medida cautelar de embargo preventivo, ex art. 48.3 LC, por entender que la existencia del seguro anula uno de los presupuestos materiales para su adopción, el *periculum in mora*, y ello mientras el seguro se mantenga

---

“funcionalidad” que a la “formalidad”, a quién detenta el poder real de la sociedad más que a quién aparece formalmente investido del mismo, y hacer responder a quien funcionalmente detentaba tal poder real., en cit. , pg. 257.

<sup>172</sup> MERCADAL, F., “La extensión del embargo preventivo (ex art. 48.3 LC) a la sociedad dominante de la concursada “En torno al auto de 12 de julio de 2007 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao)” en ADCO, nº 14, 2008.



vigente<sup>173</sup> y el importe de su cobertura no sea inferior a la cuantía, fijada en el Auto, cuyo pago se quiere garantizar con el embargo.

La tercera cuestión de interés, que dejamos simplemente enunciada, afecta a las *entidades de capital riesgo (ECS)* y a como el nuevo y severo régimen de la responsabilidad concursal puede afectarles como consejeros de una sociedad afectada por un expediente concursal. Las presunciones que permiten la calificación del concurso como culpable, la gravedad de las consecuencias derivadas de dicha calificación, la acumulación de la responsabilidad concursal con el régimen de responsabilidad previsto en la legislación societaria y el embargo preventivo de los bienes del consejero para garantizar su responsabilidad, conceden al juez del concurso un gran margen de actuación y le convierten en pieza clave para evitar que el sistema, de por sí peligroso para las *ECS*, habitualmente involucradas en operaciones arriesgadas con un alto apalancamiento financiero, se convierta en un sistema abusivo que frene la actividad del sector<sup>174</sup>.

### **3.5.2. *Ámbito temporal***

El plazo de dos años comienza a computarse retroactivamente desde la “la fecha de declaración de concurso”. Cabe cuestionarse si con dicha expresión se hace referencia: a) a la fecha del Auto de declaración de concurso; b) a la fecha en que dicha declaración tiene acceso al RM (art. 24.2 LC); b) o a la fecha de publicación en el BOE, en un diario de gran circulación o en otros medios complementarios que se determinen el Auto de declaración (art. 23 LC).

El art. 172.3 LC se refiere a la fecha del Auto de declaración de concurso. Éste produce efectos de inmediato y será ejecutivo aunque no sea firme (art. 21 LC). Parece irrelevante, a efectos de imputar responsabilidad concursal la fecha de la publicación del Auto en el *BOE*, en un diario o en cualquier otro medio que, por otro lado, puede no ser coincidente. Tampoco el momento en que dicho Auto tiene acceso al Registro Mercantil (como anotación preventiva o inscripción) debería considerarse relevante a

---

<sup>173</sup> IRIBARREN, M., “*Declara que se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración del concurso de cualquiera de las partes. La Ley de Contrato de Seguro, que otorgaba al asegurador la facultad de rescisión del contrato en caso de concurso, ha sido modificada por la Ley Concursal, para que sólo se produzca ese efecto en caso de apertura de la fase de liquidación.*”, “La extensión de la cobertura del seguro D&O a la responsabilidad concursal de los administradores por el déficit patrimonial de la sociedad”, en *ADCo*, nº 7, 2006, pg. 91.

<sup>174</sup> CAMPUZANO, A.B., “La LC y la Ley de entidades de capital riesgo y sus sociedades gestoras”, en *ADCo*, nº 7, 2006.

estos efectos. La publicidad (incluida la registral) del Auto de declaración de concurso se justifica por el interés que presenta dicha declaración, tanto para el deudor (en cuanto a las posibles limitaciones de sus facultades patrimoniales e incluso del ejercicio de sus derechos fundamentales), como para los acreedores (que deben presentar sus créditos en el procedimiento), terceros (que, como posibles acreedores, deberán tener en consideración la situación concursal de su deudor) y el tráfico jurídico en general. Sin embargo, a efectos de decretar el embargo preventivo, o la eventual responsabilidad concursal, la fecha de la publicidad del Auto no parece relevante. Se trata de imputar responsabilidad por los daños causados al patrimonio social (e indirectamente a los acreedores) a los administradores que hayan ejercido el cargo durante los dos años anteriores a la declaración de concurso, con independencia del momento en que se publique dicha declaración. Parece más acertado y más acorde la seguridad jurídica fijar como *dies a quo* del cómputo del plazo la fecha del Auto de declaración de concurso.

También en relación con el plazo de dos años, y la determinación del *dies ad quem* debe tenerse presente que si bien el art. 20.2 LC establece, como regla general, que el recurso de apelación del auto de declaración de concurso no tiene efectos suspensivos, prevé la posibilidad de que el Juez excepcionalmente acuerde lo contrario. De ahí, se puede concluir como sigue: 1. Si el auto no se recurre en apelación, la fecha debe ser la del auto de estimación de la solicitud de concurso, (o la de su firmeza), pues el auto es ejecutivo y produce efectos inmediatamente, sin necesidad de esperar su firmeza. 2. Si el auto se recurre en apelación, entonces se debe estar no a su firmeza sino a la declaración del juez acerca de los efectos suspensivos del recurso: si el juez entiende que no tiene efectos suspensivos, se estará a la fecha del auto de declaración de concurso; en cambio, si el juez acuerda que el recurso produzca efectos suspensivos, a mi entender, se deberá estar a la fecha en que, en su caso, dicho auto gane firmeza.

Desde otro punto de vista, también es preciso determinar cuándo se entiende cesado en el cargo el administrador de hecho o de derecho. Respecto a los administradores de derecho puede ser consecuencia, bien de un acto unilateral de renuncia o dimisión, bien de un acuerdo de separación adoptado por la Junta General, sin que sea necesario acreditar, en este último caso, la concurrencia de una justa causa (revocación *ad nutum*). En ambos casos pueden distinguirse tres momentos relevantes: a) el momento en que se pone de manifiesto la voluntad de cese, mediante el acuerdo de la Junta o mediante la comunicación de la renuncia voluntaria del administrador al órgano de administración; b) el momento en que el acuerdo de cese o la comunicación de

renuncia son inscritas en el RM; c) y el momento en que la inscripción del cese en el cargo es publicada en el *BORME*.

A efectos de la aplicación de los arts. 48.3 y 172.3 LC, el cese en el cargo debe ser entendido en un sentido material, con independencia de la inscripción registral del mismo y de su posterior publicación en el *BORME*. La inscripción del cese del administrador, como ha reiterado la Jurisprudencia, no tiene carácter constitutivo. Se debe atender al momento en el que el administrador deja de ejercer efectivamente las funciones inherentes al cargo. Así, puede afirmarse que el cese del administrador se produce cuando el acuerdo de la Junta es adoptado o el administrador comunica fehacientemente al órgano de administrador su renuncia al cargo. No podrá decretarse el embargo preventivo de los bienes de aquellos administradores que hayan sido separados del cargo o hayan presentado su dimisión antes de los dos años previos a la declaración de concurso, aunque la inscripción del cese se haya producido durante esos dos años.

Por lo que se refiere al administrador de hecho, se debe atender al momento en que dejan de ejercer de forma efectiva las funciones propias del cargo de administrador. Podría tenerse en consideración el tiempo en que estos sujetos dejan de estar en disposición de realizar verdaderos actos de gestión directiva de forma habitual, independiente y autónoma (por ejemplo, como consecuencia de la revocación de poderes generales o la pérdida de la mayoría en la Junta General en los supuestos en que se considere como administrador de hecho al socio mayoritario).

La condición de “*ex-administrador*” o “*ex-liquidador*” del condenado será lo habitual, habida cuenta de que<sup>175</sup> el art. 145.3 LC dispone que la resolución judicial que abra la fase de liquidación “contendrá la declaración de disolución si no estuviese acordada y, en todo caso, el cese de los administradores y liquidadores, que serán sustituidos por la administración concursal...”. Aunque fueran administradores o liquidadores en el momento de la declaración de concurso, no lo serán en el momento de dictarse la sentencia de calificación que los condena a pagar el pasivo fallido. Pero no es este tipo de “*ex*” el que suscita problemas.

En ambos preceptos (arts. 164.1 y 166 LC), al mencionar a los administradores o liquidadores, no se incluye la previsión de que quedan comprendidos los que hubieran

---

<sup>175</sup> MORILLAS JARILLO, M. J., “La responsabilidad concursal de administradores y liquidadores: balance del primer bienio de vigencia de la Ley Concursal” (I), *RDCP*, núm. 6, 2007, pg. 21.

ocupado ese puesto en los dos años anteriores a la declaración de concurso, mientras que sí se los menciona en el art. 172.3, al establecer la posibilidad de condenarles a pagar el pasivo restante: la sentencia podrá “condenar a los administradores o liquidadores, de derecho de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieren tenido esa condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, a pagar a los acreedores...”; y en el art. 48.3, al regular el embargo cautelar. Se suscita, así, el interrogante de si quienes no son en el momento de la declaración de concurso administradores o liquidadores de hecho o de derecho (pero lo fueron, en algún momento, de la persona jurídica concursada) pueden ser afectados por la calificación del concurso culpable, cuya respuesta es esencial si se sostiene que esta consideración es necesaria para la ulterior condena al pago del pasivo restante.

Ello ha dado lugar a varias interpretaciones. La de quienes consideran que, al no referirse expresamente a ellos la norma, quienes no ostenten la condición de administradores o liquidadores en el momento de la declaración de concurso, no pueden ser afectados por la calificación del concurso culpable, aunque sí podrán ser condenados a pagar el pasivo restante los que hubieran tenido esa condición en los dos años anteriores<sup>176</sup>. Por otro lado, hay quien estima que, al referirse de forma general la norma a los administradores y liquidadores, sin limitarlo temporalmente a quienes hubieran tenido esta condición en los dos años anteriores a la declaración de concurso, todos los ex-administradores o ex-liquidadores podrían verse afectados por la calificación de concurso culpable, aunque habría que aplicar el plazo de prescripción de cuatro años del art. 949 CCom. y, además, sólo los de los últimos dos años podrían ser condenados a asumir el pasivo restante<sup>177</sup>.

Estas normas han de interpretarse armónicamente: los posibles condenados a pagar lo serán porque su conducta dolosa o culposa ha determinado la calificación del concurso como culpable, y por ello son personas afectadas por dicha calificación y habrán de

---

<sup>176</sup> Para MAMBRILLA RIVERA, V, “Artículo 172. Sentencia de calificación”, en AA.VV., dirigidos por Sánchez-Calero Guilarte, J., y Guilarte Gutiérrez, V., *Comentarios a la Legislación Concursal*, Tomo III, Lex Nova, Valladolid, 2004, pg. 2848, “resulta difícil encontrar justificación a la extensión de responsabilidad a sujetos que no sólo no forman parte del órgano de administración o del cuerpo de liquidadores de la sociedad sino que no son personas afectadas por la calificación del concurso, máxime si tenemos en cuenta que esta ampliación tampoco se recoge en las leyes reguladoras de los tipos sociales a los que nos referimos, es decir, de las sociedades anónimas y de las sociedades de responsabilidad limitada”. ROMERO, *Derecho Concursal*, cit., pg. 286, y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, L, “La calificación del concurso”, en AA.VV., coordinados por DE MARTÍN MUÑOZ, A., *La reforma de la Legislación Concursal. Estudio sistemático de las Leyes 22/2003 y 8/2003, de 9 de julio*, Dykinson, Madrid, 2004, pg. 272, interpretan que se condena a personas que no se ven afectadas por la calificación, como los exadministradores.

<sup>177</sup> ALONSO UREBA, “La responsabilidad concursal...”, cit., pgs. 538 y 539.

soportar las restantes consecuencias ligadas a la misma (inhabilitación, pérdida de los derechos como acreedores, etc.)<sup>178</sup>. Si pueden ser condenados, es que la calificación del concurso como culpable les afecta<sup>179</sup>; les afectará si su conducta es reprobable; y lo será si fue dolosa o gravemente culposa.

En relación al periodo de dos años, el habitual en la peculiar “retroacción” que instaura la LC, se ha criticado esa elección, en lugar de aplicar a esta responsabilidad el plazo de prescripción cuatrienal del art. 949 CCom<sup>180</sup>. De esta forma, no se puede condenar a afrontar el pasivo restante a quienes, pese a haber generado o agravado la insolvencia con dolo o culpa grave, o llevado a cabo las conductas que determinan la calificación del concurso como culpable, fueron administradores o liquidadores de hecho o de derecho más de dos años antes de la declaración de concurso (o de la adopción de medidas de intervención administrativa). El rigor de esta medida y la inercia del recurso a los dos años en la Ley Concursal han pesado en el deliberado acortamiento del plazo respecto al de prescripción del art. 949 Ccom.

---

<sup>178</sup> Considera como afectados por la calificación a quienes hubieran sido administradores y liquidadores en los dos años anteriores a la declaración, interpretando lógica y sistemáticamente los arts. 164.1 y el 172.3 LC, ALCOVER, “Introducción al Régimen Jurídico...”, cit., pgs. 495 y 496. También GARCÍA-CRUCES, “La responsabilidad concursal”, cit., pgs. 268 a 270; ídem, “Concursado, cómplices, y personas afectadas por la calificación (en torno al ámbito subjetivo del concurso culpable)”, en AA.VV., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo 5, Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Ronda, Cádiz, Almería, Málaga y Antequera, Unicaja, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Córdoba, Cajasur, Marcial Pons, Madrid, 2005, pg. 4928, los considera afectados por la calificación y, para evitar su indefensión, deben ser emplazados en la forma señalada en el art. 170.2º LC; el mismo autor, en su trabajo “Artículo 172. Sentencia de calificación”, cit., pgs. 2595 y 2596, señala que carece de sentido la limitación subjetiva de los efectos personales y patrimoniales derivados de la calificación del concurso como culpable, y tampoco es lógico pensar que respecto de los que ya han dejado de ser administradores o liquidadores no se va a valorar su conducta dolosa o gravemente culposa. MACHADO, *El concurso de acreedores culpable...*, cit., pg. 170, atribuye la falta de mención de los administradores o liquidadores anteriores a un “simple error o técnica legislativa defectuosa”.

<sup>179</sup> SANCHO GARGALLO, “Calificación...”, cit., pg. 574, parece vincular la posibilidad de condena a la declaración de persona afectada por la calificación, y admite la consideración de tal a todos los que hayan sido administradores o liquidadores, incluso quienes lo hubieran sido más de dos años antes de la declaración de concurso, aunque sólo los comprendidos en el periodo de dos años podrán ser condenados a pagar los créditos no satisfechos, cuando afirma: “Los destinatarios de la condena son los administradores de derecho o de hecho que con su conducta hayan provocado o agravado la insolvencia, y que por ello habrán sido declarados personas afectadas por la calificación. Ello significa que no puede ser condenado nadie que (*rectius*, no) haya sido previamente declarado persona afectada por la calificación, pero (*rectius*, no) implica que necesariamente todas las personas afectadas por la declaración sean destinatarias de esta responsabilidad. Entre otras razones, porque si bien el art. 172.2.1º LC no limita el tiempo en que hayan sido administradores o liquidadores de derecho o de hecho quienes son declarados personas afectadas por la calificación, el art. 172.3 LC lo circunscribe a los dos últimos años desde la declaración de concurso para la condena al pago de los créditos no satisfechos por la liquidación”.

<sup>180</sup> ALONSO UREBA, “Art. 172.3 (responsabilidad concursal...)”, cit., pg. 1441; GALLEGO SÁNCHEZ, E., “Calificación del concurso”, en AA.VV., coordinados por Hernández Martí, J., *Concurso e insolvencia punible*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pg. 506.

### 3.5.3. *Ámbito objetivo o material*

El embargo preventivo puede tener como objeto todos o parte de los bienes del administrador o liquidador. El artículo dice bienes que sean bastantes. Pero cabe cuestionarse qué es bastante, y además, bastante respecto de qué: del déficit total o sólo de la responsabilidad que se le impute. Podría pensarse que el artículo se refiere al déficit, pero esto no deriva de la norma porque el art. 172.3 LC permite que se condene al administrador o liquidador total o parcialmente, es decir, al pago de todo o de parte del déficit. Por tanto, no está claro el segundo elemento de la comparación. Cabría decir, por tanto, bastante respecto de la cuantía en que se materializará la responsabilidad que va a soportar el administrador o liquidador. Parece la interpretación más lógica o coherente; pero tampoco sabemos cuál será dicha responsabilidad, la cual se determinará en sentencia.

Pero, indica BLASCO GASCÓ, “el razonamiento debe ser al contrario: el auto determinando el embargo deberá determinar también la cuantía por la que se embarga, la cual determinará también, en principio, la responsabilidad concursal. Con otras palabras, la utilización del adverbio bastante en el art. 48.3 LC significa que no tiene que cubrir necesariamente el previsto o conocido: podrá ser igual o menor que el déficit, pero no mayor. No obstante, en la mayoría de los autos dictados por los jueces mercantiles cuantía bastante se equipara a déficit, de manera que el embargo se ordena en la cuantía que sea bastante o suficiente para cubrir el déficit. Esto significa también que la responsabilidad del administrador lo es por el déficit<sup>181</sup>”.

La *cuantía del embargo* deberá ascender, cuando menos, a la diferencia entre el activo real y el pasivo de la concursada, para cuya determinación podrá atenderse al informe de la administración concursal.

Tal y como establece el art. 48.3 LC, el embargo se acordará en la cuantía que el juez estime, que puede ser diferente para los diversos administradores o liquidadores afectados. Esta previsión debe efectuarse en función de la posible responsabilidad de cada administrador o liquidador y del pasivo fallido estimado.

La condena del art. 172.3 LC, se refiere al pago “a los acreedores concursales”, por lo que quedan fuera los acreedores de la masa. Así aunque en principio parece que no deberían ser tenidas en cuenta las deudas de la masa para efectuar el cálculo, sin

---

<sup>181</sup> BLASCO GASCÓ, F. de P., cit., pg. 73.

embargo, sí deben ser consideradas, puesto que, según prescribe el art. 154 LC, antes de proceder al pago de los créditos concursales, “*la administración concursal deducirá de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra ésta*”. De esta forma, la definitiva determinación del déficit del pasivo concursal estará condicionada por el volumen de las deudas de la masa, que debe ser previamente detraído. La magnitud de la eventual responsabilidad concursal, que marcará el límite del embargo, dependerá del posible alcance de la masa activa (prededucida) y de la cuantía estimada de los créditos concursales.

Cabe cuestionarse si debería tenerse en cuenta, para el cálculo de la individual cuantía del embargo, la fecha de los créditos concursales, a los efectos de conectarlos con un determinado patrimonio eventualmente responsable, es decir, con el período de actuación del concreto administrador o liquidador cuyos bienes o derechos van a ser embargados para responder del probable impago de esas deudas.

La Ley otorga al órgano judicial una amplia discrecionalidad. Éste se decretará “por la cuantía que el Juez estime bastante”. Entendemos que el Juez deberá tener en cuenta, a la vista de los datos de los que disponga, el valor de la masa activa y el importe total de las deudas.

En supuestos de pluralidad de obligados, si las cuantías de los embargos deben ser idénticas o, por el contrario, pueden fijarse cuantías diferentes en atención a la conducta de los distintos administradores. Un sector doctrinal considera que la cuantía podrá ser distinta respecto de cada administrador en función de la imputación concreta que quepa hacer de cada uno respecto de la generación o agravación del estado de insolvencia. Otros autores defienden, por el contrario, imputación solidaria de todos los administradores. El Juez debería decretar el embargo de los bienes de aquellos administradores que puedan ser condenados en Sentencia de calificación en la cuantía suficiente para que cada uno de ellos pudiera hacer frente al pago de los créditos insatisfechos por la sociedad. En sede de responsabilidad concursal, aunque es discutible, puede considerarse aplicable la regla de la solidaridad prevista en el art. 133.3 LSA. Ello supone una presunción de culpa en supuestos de pluralidad de obligados, pudiendo exonerarse de responsabilidad aquellos administradores que prueben la inimputabilidad del hecho dañoso. Si en el momento de decretarse el embargo preventivo existen datos suficientes para excluir a determinados administradores de la eventual condena a responsabilidad concursal o para determinar que su participación en la generación o agravación del estado de insolvencia fue de

menor intensidad, podría decretarse el embargo de sólo algunos de ellos o, en su caso, cifrarse en cuantía diferentes. Ello, sin embargo, no será lo habitual, debiendo imponerse la medida cautelar de forma solidaria respecto de todos los administradores. Ello no supone un pronunciamiento anticipado respecto del fondo del asunto, sino un juicio provisional y fundado que tiende a garantizar la efectividad de una posterior Resolución en sede de calificación.

### **3.6. EL LEVANTAMIENTO O LA MODIFICACIÓN DEL EMBARGO**

Puede suceder que durante la tramitación del procedimiento concursal se desvanezcan los indicios sobre los que se fundamentó el Auto de embargo preventivo o se estime que el déficit concursal es inferior al inicialmente previsto. En el primer caso procederá el levantamiento del embargo y, en el segundo, podría admitirse la reducción de la cuantía. A tal efecto, los administradores sobre los que se ha decretado el embargo preventivo podrían formular oposición alegando la inexistencia de los indicios que lo fundamentaron en relación a la insuficiencia de la masa activa para el pago de las deudas, la calificación culpable del concurso e incluso a la cuantía del embargo o la inimputabilidad de la generación o agravación de la insolvencia.

El embargo preventivo o cautelar adoptado debe levantarse en el mismo momento en que desaparecen los motivos que lo causaron. Cuando se desvanece la fundada sospecha de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas. El embargo se levantará cuando desaparezcan los indicios que fundaron su adopción o la apariencia de buen derecho que sirvió de fundamento al auto.

Mas, el levantamiento del embargo ni es ni puede ser automático. Así, como señala SANCHO GARGALLO, "la mera conclusión de la fase común y la apertura de la fase de convenio no es bastante para proceder al levantamiento del embargo, pues dicha apertura procede siempre por defecto y si no se presenta una propuesta de convenio 40 días antes de la fecha señalada para la celebración de la Junta se abrirá de oficio la liquidación. De este modo, si bien no es preciso esperar a la aprobación del convenio, si parece al menos prudente, esperar a la celebración de la Junta para evitar maniobras encaminadas únicamente a levantar el embargo<sup>182</sup>".

---

<sup>182</sup> SANCHO GARGALLO, I., cit., pgs. 579 y 580.



Igualmente, deberá levantarse el embargo en los siguientes casos: 1. Si no se abre la fase de liquidación. 2. Si en el informe de los administradores concursales ni en el dictamen del fiscal se solicita la responsabilidad concursal del sujeto pasivo del embargo. 3. Si no se solicita la calificación de culpable. 4. Si no se pide una condena de pago de los créditos concursales no satisfechos. 5. Si la sentencia es absolutoria, salvo que en apelación la administración concursal solicite el mantenimiento del embargo y así se acuerde. En este caso, dice SANCHO GARGALLO “es precisa la audiencia previa del afectado y exigiendo caución suficiente que garantice los posibles daños y perjuicios<sup>183</sup>”. 6. Si no se solicita la declaración de persona afectada por la calificación del concurso para el titular de los bienes cautelarmente embargados. Finalmente, se debe tomar en consideración que la cuantía por la que se embarga no es inamovible, sino que la variación de las circunstancias y las vicisitudes del concurso pueden aconsejar (y que se acuerde) una modificación de dicha cuantía, revisando el importe del embargo y adecuándolo a la efectiva responsabilidad solicitada o declarada, pero que, en cualquier caso, asegura.

### 3.7. LA CAUCIÓN SUSTITUTORIA

La LEC admite de forma general en sus arts. 746 y 747 la posibilidad de sustituir las medidas cautelares por una caución suficiente para asegurar el efectivo cumplimiento de la sentencia estimatoria que se dictare. También el art. 48.3, *in fine*, contempla la posibilidad de que el interesado solicite la sustitución del embargo preventivo por aval de entidad de crédito. Aunque no se mencionan otros medios sustitutorios, no hay razón para limitar a ésta únicamente las varias formas posibles que contempla el art. 529.3, párrafo segundo, LEC, como tampoco la hay para eliminar en el caso de este aval el requisito de que sea solidario, de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento<sup>184</sup>.

Los afectados por la medida tendrán, no obstante, la *posibilidad de solicitar su sustitución* mediante la prestación de caución por el importe a que asciende el embargo acordado que podrá constituirse en dinero efectivo o mediante aval (arts. 48.3 LC y 746 LEC). Procederá el levantamiento cuando los administradores depositen el aval de entidad de crédito previsto en el art. 48.3 LC.

---

<sup>183</sup> SANCHO GARGALLO, I., cit., pg. 580.

<sup>184</sup> Ver al final de 2.1. la posibilidad de sustitución de la propia medida cautelar del embargo preventivo del art. 48.3 LC por otras de las contempladas en el art. 727 LEC.

### 3.8. TRAMITACIÓN Y RECURSOS

Pocas son las precisiones que se contienen en el art. 48.3 LC acerca de los pormenores procedimentales de esta medida.

El embargo preventivo puede ser uno de los pronunciamientos del auto de declaración del concurso. En caso de que la ocasión o la oportunidad se plantee con posterioridad a dicho auto, se desarrollará conforme a las normas de procedimiento sobre medidas cautelares de la LEC (arts. 730 y ss.), y no, pese a lo dispuesto en el art. 192.1 LC, por el cauce del procedimiento incidental.

La tramitación se lleva a cabo en pieza separada dentro de la sección primera (art. 183.1°LC), trasladándose a la sección sexta cuando se haya declarado su apertura. La LC establece que el embargo puede acordarse de oficio por el juez o a instancia de la administración concursal pero no legitima a los acreedores, ni al Ministerio Fiscal.

Puesto que nada establece la LC, en aplicación de la LEC, puede acordarse con o sin audiencia del demandado (art. 733.2) —administrador o liquidador respecto de cuyos bienes se pide el embargo— y con procedimiento de oposición (art. 739 LEC) en el segundo caso.

Efectivamente, si el embargo se acuerda de oficio o a instancia de la administración concursal, pero *inaudita parte debitoris* (lo que debería justificarse en los términos del art. 733.2 LEC), éste podrá oponerse en el plazo de 20 días contados desde que se le notifique el auto, conforme al art. 739 LEC, alegando lo que estime oportuno respecto de la improcedencia de la medida, la falta de los requisitos pertinentes, o el excesivo alcance, conforme establece el art. 740 LEC.

Si se provee con audiencia previa, de acuerdo con lo establecido en el art. 734 LEC, deben ser citados a una vista las partes: el afectado y la administración concursal, como solicitante, aunque no podrán intervenir ni los acreedores, ni los terceros. Aunque la iniciativa de la adopción de la medida haya sido del juez, debería también citarse a la vista a la administración concursal, dado su evidente interés en lo que suceda en dicha pieza, como órgano que personifica la persecución del interés de la masa, y lo que en ese acto ocurra o se manifieste podría tenerse en cuenta a los efectos del ejercicio de posibles acciones de responsabilidad contra sus miembros o de su separación del

cargo. Una vez celebrada la vista, y practicada la prueba, el juez dictará auto acordando o denegando el embargo.

De acuerdo con el especial régimen de recursos de la LC (art. 197.2), al no haberse excluido el recurso ni otorgado otro distinto, contra la resolución que adopta o deniega el embargo cabría recurso de reposición. Sin embargo, si se dictó sin audiencia previa, según el art. 733.2, párr. 2º LEC, no cabe recurso alguno, pues la disconformidad se canalizará por la vía de la oposición en el plazo de 20 días desde la notificación.

Mientras que, según el art. 197.3 LC, contra el auto resolutorio del recurso de reposición “no cabrá recurso alguno, pero las partes podrán *reproducir la cuestión* en la *apelación más próxima* siempre que hubieren formulado *protesta* en el plazo de 5 días”, el auto que decide sobre la oposición será *apelable sin efecto suspensivo* (art. 741.3 LEC), y si se ha dictado con audiencia previa del demandado, contra el auto que decreta el embargo cabe *recurso de apelación* en un efecto, en el plazo de 5 días (art. 735.2.II LEC, art. 197.4 y 6 LC).

Tampoco contiene referencia la LC a la aplicación de las *medidas indagatorias* de la LEC (arts. 589-591). Y aunque ha habido pronunciamientos en contra, por la naturaleza cautelar y no ejecutiva del embargo del art. 48.3, hay autos que contienen, conforme al art. 589 LEC, el requerimiento a los afectados para que comparezcan a los efectos de señalar los bienes y derechos embargables y, de acuerdo con los arts. 590 y 591 LEC, ordenan la remisión de oficios para averiguación de bienes y la determinación del patrimonio de que se dispone.

El *recurso de casación* y el *extraordinario por infracción procesal*, están contemplados en el art. 197.6 LC. La experiencia hasta ahora en relación con el tema que nos ocupa es nula (vid. Anexo 1, pg. 152). Su admisión es desde luego con los criterios previstos en la LEC “y los generales de aplicación del art. 477.2 LEC que son los que determinan la admisibilidad del recurso y que son también de aplicación a los procesos concursales, por disposición expresa del art. 197.6 LC<sup>185</sup>”.

“Y además, conforme al Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala I TS de 12.12.2002 (acrisolada su constitucionalidad desde la STC -1ª-, 46/04, de 23.3.2004), el *acceso a la casación en las materias concursales*, por ser juicio asignado por materia,

---

<sup>185</sup> SOSPEDRA NAVAS, F. y otros, “Práctica del Proceso Civil”, Vol. 4º, “Proceso Concursal”, Thomson Reuters-Civitas, Madrid 2009, pg. 225.

no se franquea por la cuantía, sino necesariamente por el interés casacional con arreglo al art. 477.3 LEC<sup>186</sup>”.

“De conformidad con la reforma introducida en los arts. 472 y 482.1 LEC por la Disposición final tercera de la Ley Concursal, la remisión de las actuaciones de la Sala para la tramitación de los recursos por infracción procesal y casación, respectivamente, se hará con emplazamiento de las partes por término de 30 días en ambos casos. En su virtud, aún cuando de conformidad con lo establecido en el art. 184.5 LC la administración concursal no necesita representación causídica para actuar ante el juez del concurso, cabe entender que (...) la comparecencia ante el Tribunal Supremo deberá efectuarse en todo caso mediante procurador y abogado<sup>187</sup>”.

---

<sup>186</sup> ETXARANDIO HERRERA, E., “Manual de Derecho Concursal”, La Ley, Madrid 2009, pgs. 1010 y 1011.

<sup>187</sup> Señala al respecto ALONSO-CUEVILLAS, J., en ALONSO-CUEVILLAS-MERCADAL- SALA (coords.), *Nueva Ley*, pg. 834.

# CONCLUSIONES

## 1. CRÍTICA DE LA SITUACIÓN ACTUAL

Aunque se trate de una medida cautelar, la norma no deja de ser difícil porque confiere al juez un amplísimo arbitrio para acordar el embargo y no exige ni siquiera prueba de que quien va a sufrir el embargo haya cometido irregularidad o negligencia alguna. Asimismo, los presupuestos para la adopción de la medida cautelar son cuando menos ambiguos, difusos o amplísimos, máxime si se verifica, como ocurre, que los autos adoptando el embargo preventivo o cautelar toman como elemento central la existencia de déficit patrimonial, mientras que consideran meramente residual o indiciario la posibilidad de que se califique el concurso como culpable. Finalmente, se debe tomar en consideración que: 1. Por un lado, la medida cautelar se puede adoptar en un momento en que el resultado que se quiere proteger con la misma no se puede adoptar por no darse ni los presupuestos mínimos que pueden abocar en la adopción de la resolución judicial definitiva: la formación de la sección sexta o pieza de calificación del concurso, que posibilita su calificación como culpable, precisa o la aprobación de un convenio que prevea una quita superior a un tercio o una espera superior a tres años o que se haya inaugurado o reabierto la fase de liquidación. Sólo en este último caso, previa calificación del concurso como culpable, cabe el pronunciamiento judicial determinando la responsabilidad concursal. Y en el momento en que se puede adoptar la medida cautelar (de oficio, desde la declaración del concurso) ni hay convenio ni hay liquidación. 2. Por otro lado, que no toda calificación como culpable lleva aparejada la responsabilidad patrimonial de los administradores y/o liquidadores de manera que deban cubrir total o parcialmente el déficit patrimonial que resulte de la liquidación de la masa activa (art. 172.3 LC). 3. Como resultado, se debe concluir que *la congruencia del embargo o la instrumentalidad de la medida cautelar no se puede predicar directamente de una eventual condena, sino del eventual contenido de una eventual condena.*

Demasiadas eventualidades para que sirva de base a la adopción de una medida que, por muy provisional e instrumental que sea, no deja de ser severísima y contundente. Se trata de una medida imprecisa e injustificada en su imprecisión; exorbitante, hasta el punto de que puede quedar en peor situación el administrador que la propia concursada.

Y la norma del art. 48.3 LC *ad instar* de la del art. 172.3 LC, concede una amplia discrecionalidad al juez. Así, el juez decide discrecionalmente: 1. Si adopta o no la medida cautelar, incluso de oficio y en el mismo auto de declaración del concurso. 2. Las personas, administradores o liquidadores, que se verán afectados por la traba del embargo, con el límite temporal de los dos años anteriores a la declaración del concurso. 3. En qué grado y con qué alcance se verán afectados los diversos patrimonios sobre los que recaiga el embargo. 4. La cuantía de cuyo pago responderán los bienes afectos. Dicha cuantía tiene como límite máximo el determinado por el déficit patrimonial, pero puede ser inferior. 5. El carácter solidario o mancomunado de la responsabilidad cuando la traba o la responsabilidad concursal afecta a más de un sujeto. Por lo que este ámbito de discrecionalidad y arbitrio judicial se manifiesta también en el momento de determinar la responsabilidad concursal de los administradores ex art. 172.3 LC.

La lectura del art. 48.3 LC provoca más dudas que certidumbres: qué es fundada posibilidad; si se deben verificar los presupuestos para que el concurso sea calificado como culpable: parece claro que no deben (ni pueden) concurrir todos, pero entonces cuáles deben concurrir; a qué administradores “elige” el juez y con qué criterio si no se da prueba del acto que provoca o agrava con dolo o culpa grave el estado de insolvencia; qué alcance tiene el embargo, es decir, qué significa en cuantía bastante; en caso de pluralidad de sujetos, cómo se ordena dicha pluralidad; la norma permite la adopción de la medida cautelar de oficio, pero demasiadas dudas para una medida tan severa. Por todo eso, se debe concluir que la actuación del juez debe ser extremadamente prudente a la hora de aplicar una norma como la contenida en el art. 48.3 LC (y también la del art. 172.3 LC), porque su función no es sólo salvar o proteger los derechos legítimos de los acreedores del deudor común, sino también los derechos e intereses que, igualmente legítimos, pertenezcan a dicho deudor y, en su caso, a los administradores y liquidadores. Ni el mero déficit patrimonial, ni siquiera este déficit concurrente con la calificación del concurso como culpable, aboca necesariamente en la determinación de la responsabilidad concursal de administradores y liquidadores y la consiguiente posibilidad de adoptar la medida cautelar del embargo, sino cuando alguno o algunos de éstos hayan observado una conducta dolosa o gravemente culposa que provoque o agrave el estado de insolvencia.

Se trata de una medida cautelar que, aunque legalmente establecida, resulta sumamente peligrosa por su amplitud, por lo que debe ser utilizada con gran mesura, exigiendo que esté plenamente justificada. Es una norma excepcional, no por tratarse

de una medida cautelar, sino porque también es un supuesto excepcional de responsabilidad concursal el previsto en el art. 172.3 LC. El art. 172.3 constituye un supuesto especial de responsabilidad concursal: la regla general es la establecida en el art. 172.2, mientras que la previsión del art. 172.3 sólo se aplica excepcionalmente si concurren los presupuestos que la propia norma prevé.

La aplicación de la norma exige una actuación prudente, pues el citado artículo debe interpretarse en el sentido de que dicho embargo no procederá respecto de todos los administradores, sino sólo respecto de aquellos de los que resulte fundada la posibilidad de que hayan contribuido dolosamente a con culpa grave a la generación o agravación del estado de insolvencia de la sociedad.

Con el embargo se trataría también de evitar que a través de acciones individuales de responsabilidad dirigidas contra los administradores pueda un acreedor cobrar de forma ajena al concurso, burlando así las normas sobre clasificación de créditos y el sometimiento al concurso. Dicha finalidad no es precisamente la propia del embargo preventivo o cautelar, el cual tiene la finalidad propia de las medidas cautelares, es decir, asegurar el posible contenido de una posible sentencia, pero no evitar o enervar el ejercicio de acciones. Esta finalidad se conseguiría precisamente con el concurso del propio administrador.

La generalidad del art. 172.3 LC, su propia indeterminación y su “falta de tipificación intolerable” no parecen propiciar que nos hallemos en un ámbito sancionatorio. La inseguridad jurídica que para los administradores supone la citada norma se cohonestaría muy mal con su configuración como sanción o como responsabilidad derivada de una sanción, la cual exige un mínimo de seguridad jurídica en cuanto a sus elementos, tipicidad y posibilidad de imposición. La configuración de la norma como sanción podría suponer, por su indeterminación y atipicidad, la inconstitucionalidad de la misma por vulnerar el principio constitucional de seguridad jurídica. Para poder ser configurada como sanción, debería haber determinado claramente las conductas típicas que generen su aplicación y la posibilidad de graduar su contenido de acuerdo con la gravedad de la conducta del administrador.

El adjetivo con que acompañemos la responsabilidad concursal, es lo menos importante: hay que huir aquí también de la obsesión por etiquetar, o del peligro de perdernos en disquisiciones terminológicas con pocas diferencias de fondo. Lo que deben establecerse son criterios claros que orienten a todos los jueces en el ejercicio

de su potestad discrecional, de forma que la aplicación de tan estricto precepto y tan grave responsabilidad sean uniformes.

El panorama parece desolador: disparidad de criterios en todas las materias, procesales y sustantivas: desde los presupuestos, a las consecuencias, pasando por la naturaleza, el ámbito de aplicación subjetivo y temporal, el alcance y los destinatarios de la condena al pago o los legitimados para ejercitar la acción. Lo único claro es que el Juez puede condenar, pero, para tranquilidad suya y de todos los operadores jurídicos, un poco más orientación podría haber proporcionado el legislador. La seguridad jurídica le habría estado muy agradecida.

## **2. LA NECESARIA REFORMA DEL RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN EL CONCURSO DE ACREEDORES**

Mantener la posibilidad de coexistencia de tres regímenes de responsabilidad de los administradores durante el concurso no parece lo más adecuado. El objeto de la sección de calificación no es el examen general de la conducta de los administradores sociales, pero así debería ser en el futuro: en caso de declaración de concurso de acreedores la responsabilidad de los administradores -salvo la acción individual de responsabilidad- debe converger y nada mejor que hacerlo en la sección de calificación. Esa opción afectaría de modo distinto a la acción social de responsabilidad y a la sanción por incumplimiento de los deberes legales impuestos en caso de concurrencia de una causa de disolución. La acción social de responsabilidad, debería quedarse reservada a los supuestos en que no se formase la sección de calificación y que fuese absorbida por ésta en el caso de que llegara a formarse la sección y la acción ya se hubiera ejercitado con anterioridad. El sistema establecido para sancionar el incumplimiento de los deberes en materia de disolución debería derogarse, porque ha de considerarse agotado dentro y fuera del concurso. No debería aplicarse en caso de declaración de concurso: si la finalidad de ese sistema era evitar declaraciones de concurso, parece evidente que debe dejar de funcionar cuando el concurso sea declarado.

Sería conveniente profundizar en una “consideración simétrica” de las dos soluciones del concurso. De una parte, la opción de no formar la sección de calificación cuando se cumplan determinados requisitos en el convenio debe extenderse al supuesto en que se abra la fase de liquidación, siempre que exista un importante grado de satisfacción de los créditos, porque eso sería más ajustada al concepto legal de liquidación y, sobre



todo, impediría que los acreedores pudiesen llegar a rechazar un convenio con la única intención de conseguir una sanción para los administradores. Se extienda o no esa regla, la opción legal presenta el inconveniente de retrasar la formación de la sección de calificación, pero ese coste parece que debe ser asumido, en la medida en que, además, a lo largo de la fase común, la administración concursal puede ir recabando información suficiente.

La condena a la cobertura del déficit a los administradores de la sociedad que hayan causado o agravado la insolvencia queda reservada a los casos en que la solución del concurso sea la liquidación, lo que puede impedir que los acreedores acepten un convenio porque prefieran una liquidación en la que puedan obtener un grado mayor de satisfacción de sus créditos. Parece necesario desvincular la responsabilidad concursal de la solución concreta del procedimiento, y subordinarla a un determinado porcentaje de satisfacción de los acreedores ordinarios, sea dentro del convenio, sea dentro de la liquidación.

Faltaría por decidir si la culpabilidad del concurso y, por tanto, la responsabilidad concursal de los administradores debe limitarse a los casos de dolo o culpa grave o si debe extenderse, a cualquier supuesto de negligencia. Y convendría realizar algunas modificaciones concretas del régimen de la calificación. Habría que reflexionar acerca de la conveniencia de mantener presunciones *juris tantum* para la calificación del concurso culpable o, al menos, de la determinación concreta de los hechos constitutivos de esas presunciones, porque parece a todas luces excesivo que pueda llegarse a imputar el déficit del concurso a los administradores por la realización de cualquiera de esas conductas.

La regulación de la responsabilidad concursal debería dejar claro que sólo pueden ser condenados aquellos administradores que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación, que la condena ha de ir referida específicamente a la cobertura del déficit patrimonial y que el beneficiario de la condena es el concurso de acreedores, de modo que no haya duda de que podrá servir para pagar créditos contra la masa y créditos concursales y de que no será necesario que los acreedores reclamen de modo individual.

### **3. CONCLUSIONES Y PROPUESTA DEL 1º CONGRESO ESPAÑOL DE DERECHO DE LA INSOLVENCIA SOBRE LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL DE LOS ADMINISTRADORES (Gijón, abril 2008)**

#### **3.1. PROBLEMAS ACTUALES <sup>188</sup>**

“El legislador español adoptó la previsión de una responsabilidad concursal, exigible a los administradores de la sociedad concursada, cuando el concurso de ésta fuera calificado como culpable y la solución alcanzada hubiera sido la liquidatoria sin haberse satisfecho íntegramente los créditos de los acreedores concursales (art. 172.3 LC). Dicha decisión sólo puede encontrarse si se destaca el significado de pena civil que ha de predicarse de esta responsabilidad concursal. Entiende que la calificación como culpable del concurso se asienta en la infracción dolosa o con culpa grave de deberes exigibles a quienes por él actúan y que da origen, junto con otras posibles consecuencias, a la causación o el agravamiento del estado de insolvencia del deudor cuyo proceder y voluntad determinan.

Se trata, en definitiva, de articular una responsabilidad sanción, en la que la misma, en cuanto pena civil, responda a una doble finalidad: ser el instrumento que hiciera exigible el comportamiento requerido en el deber que se hace recaer sobre tales sujetos y, también, que las consecuencias anudadas a la infracción de tales deberes en los supuestos con relevancia concursal contribuyeran a mejorar la respuesta dada a los intereses en juego en el procedimiento universal, actuando -sobre todo- el interés de los acreedores en dicho concurso.

Con estas ideas se pone de manifiesto la conveniencia y justificación de una responsabilidad concursal que, configurada como responsabilidad por el déficit patrimonial y en favor de los acreedores del concursado, viniera a ser la respuesta que, en el orden concursal, han de merecer, junto con otras, los sujetos que han actuado por el deudor común y cuyo proceder, por encerrar la infracción dolosa o con culpa grave de deberes que les son exigibles, es el fundamento de la calificación del concurso como culpable. La configuración de la responsabilidad concursal como una pena civil (responsabilidad sanción) obedece a una justificación material y, también, a exigencias de utilidad y de coordinación con el resto de las acciones de responsabilidad que cabe ejercer frente a los administradores sociales.

---

<sup>188</sup> El ponente de esta materia fue GARCÍA CRUCES, Jose Antonio. El Congreso estuvo presidido por Angel ROJO y dirigido por Emilio BELTRÁN y Pedro PRENDES.

Los problemas más importantes son:

1º) La calificación que ha de darse a esta particular responsabilidad exigible a los administradores sociales, derivada del desafortunado “*podrá*” que aparece en la norma;

2º) La determinación de un criterio de imputación de esta responsabilidad concursal, que de su naturaleza sancionadora tendrá como consecuencia que no pueda -ni deba- ser otro que la valoración judicial de las concretas circunstancias del supuesto de hecho y, en particular, la actuación seguida por cada administrador así como su relevancia en relación con la insolvencia;

3º) La delimitación del objeto de la condena dispuesta en la norma, que -pese a la literalidad del precepto- no han de ser los propios acreedores concursales, sino la masa pasiva, entendiendo que también deberían entenderse cubiertos por dicha responsabilidad los créditos contra la masa;

4º) Las dudas acerca del carácter solidario o mancomunado, que habilitaría al juez para resolver lo que estimara procedente en atención a las concretas circunstancias del caso.

5º) El plazo bianual de prescripción, que debe entenderse un acierto del legislador, por cuanto supone la fijación de un elemental criterio de seguridad jurídica ante una condena con un alcance potencialmente tan severo.

Estos son los criterios concretos que deberían tenerse en cuenta en la reforma: que se formule correctamente la condena y, en consecuencia, se explicita el criterio de imputación; que se asegure la satisfacción a favor de la masa activa; que se habilite al juez concursal para formular la condena con carácter solidario o mancomunado, y que se reflexione acerca de la posibilidad de ampliar el ámbito de la condena, extendiéndola a los cómplices”.

### **3.2. LA “DECLARACIÓN DE GIJÓN” DE 18 DE ABRIL DE 2008, PROPUESTA DEL CONGRESO**

“...Duodécima.- La necesidad de precisar el régimen de la denominada “responsabilidad concursal” de los administradores de personas jurídicas y armonizarla

con las acciones de responsabilidad ordinarias durante el concurso, así como la conveniencia de suprimir determinados tipos penales vinculados exclusivamente a la declaración de la insolvencia...”

## BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. Estudio sobre la nueva legislación concursal, CENTRO DE ESTUDIOS JURIDICOS DEL MINISTERIO DE JUSTICIA, Thomson- Aranzadi, Cizur Menor 2006.
- AA.VV. Gobierno Corporativo y Crisis Empresariales, DEPARTAMENTO MERCANTIL DE LA UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID, Marcial Pons, Madrid 2006.
- AA.VV. Medidas cautelares en el ámbito de los Juzgados de lo Mercantil, MONTALBAN AVILES, A., Dir., Escuela Judicial, CGPJ, Centro de documentación judicial, Cuadernos DJ, nº XVIII, Madrid 2004.
- AA.VV. La Ley Concursal, ROJO, A., Dir., CGPJ, Centro de documentación judicial, RPJ, nº especial XVIII, Madrid 2004.
- AA.VV. Comentarios a la legislación concursal, PALOMAR OLMEDA, A. (Coord.), Dyckinson, Madrid 2004.
- AA.VV. Derecho concursal. Comentarios a la nueva LC, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A. (Coord.), Iurgium, Madrid 2004.
- AA. VV. Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la Reforma Concursal (Dir. GARCÍA VILLAVERDE, R./ ALONSO UREBA, A./ PULGAR EZQUERRA, J.), Dilex, 2003.
- AA. VV., Comentario de la Ley Concursal (Dir. ROJO, A./ BELTRÁN, E.), Civitas, Madrid, 2004.
- AA. VV., Comentarios a la Legislación concursal (Dir. SÁNCHEZ CALERO, J./ GUILARTE GUTIERREZ, V.), Valladolid (Lex Nova), 2004.
- AA. VV., Comentarios a la Legislación concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la reforma concursal), PULGAR EZQUERRA/ALONSO AREBA/ALONSO LEDESMA/ALCOVER GARAU (dirs.), I-II, Madrid 2004.
- AA. VV., Comentarios a la Ley Concursal (Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R.), Tecnos, 2004.
- AA.VV., Comentarios a la Ley Concursal (Coord. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L./ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M.), Marcial Pons, Madrid-Barcelona 2004.
- AA. VV., Comentarios a la Ley Concursal (Coord. SAGRERA TIZÓN, J. M./ SALA REIXACHS, A./ FERRER BARRIENDOS, A.), Bosch, Barcelona 2004.
- AA. VV., Comentarios a la Ley Concursal (Dir. CORDÓN MORENO), Thomson Aranzadi, Navarra, 2004.
- AA. VV., Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Coord. FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. A./ RIFÁ SOLER, J. M./ VALLS GOMBAU, J. F.), Barcelona (Ed. Iurgium), 2000.
- AA. VV., Derecho Concursal Práctico. Comentarios a la Nueva Ley Concursal (Coord. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A.), Madrid (Iurgium), 2004.
- AA. VV., Estudios Homenaje a MANUEL OLIVENCIA, t. II, Madrid (Marcial Pons), 2005.
- AA. VV., Gobierno Corporativo y crisis empresariales, Madrid (Marcial Pons), 2006.
- AA.VV. Coordinados por VILLORÍA RIVERA, I., Reforma concursal, DOSSIER PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE, Madrid, 2003.
- AA.VV., Nueva Ley concursal, SALA/MERCADAL/ALONSO (coords.), 2ª ed., Barcelona 2004.
- ALCOVER GARAU, G. y otros, Derecho concursal. Estudio sistemático de la ley 22/2003 y de la ley 8/2003 para la reforma concursal. Ed. Dilex, Madrid 2003.
- ALCOVER GARAU, G., Aproximación a la naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal de los administradores de las sociedades de capital, en RCP 7/2007.
- ALCOVER GARAU, G., Introducción al régimen jurídico de la calificación concursal, en "Derecho Concursal" de García-VillaVerde, Alonso Ureba Y Pulgar Ezquerro, Madrid 2003.
- ALCOVER GARAU, G., Introducción al régimen jurídico de la calificación del concurso, en AA.VV., Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la reforma concursal, Madrid 2002.
- ALCOVER GARAU, G., La doble reforma de la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital, RCP, 4-2006.
- ALCOVER GARAU, G., La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima por las deudas sociales ex art. 262.5, y los procedimientos concursales, Revista de Sociedades, 1997, núm. 8.
- ALCOVER GARAU, G., La calificación concursal y los supuesto de complicidad, RCP, 8/2008.
- ALONSO ESPINOSA, F. J., La responsabilidad Civil del Administrador en sus elementos configuradores, Thomson Civitas, 2006.
- ALONSO LEDESMA, C., "Comentario al art. 117 LC", en SANCHEZ-CALERO (J.)/GUILARTE GUTIERREZ, Comentarios a la Legislación concursal, III, Valladolid, 2004.
- ALONSO LEDESMA, C., "La clasificación de los créditos en el concurso", AA.VV., Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001, Madrid (Dilex), 2002.

- ALONSO-MUÑUMER, M<sup>a</sup> E., La judicialización de los convenios extrajudiciales: la propuesta anticipada de convenio, La Ley, Monografía 6/2007, Madrid.
- ALONSO UREBA, A., "El art. 48.2 LC y el marco de las relaciones de responsabilidad concursal del art. 172.3 LC" en RCP, núm. 1, 2004.
- ALONSO UREBA, A., "La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal" en "Derecho Concursal". "Estudio sistemático de la Ley 22/03 y 48/03 para la reforma concursal", Madrid 2004.
- ALONSO UREBA, A., "La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal (el art. 172.3 de la Ley Concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad)", en AA.VV., dirigidos por García Villaverde, R., Alonso Ureba, A., y Pulgar Ezquerro, J., Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003, y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal, Dilex, Paracuellos del Jarama 2003.
- ALONSO UREBA, A., "La responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal", en AA. VV. dirigidos por García Villaverde, R., Alonso Ureba, A. y Pulgar Ezquerro, J., Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal, Madrid 2002.
- ALONSO UREBA, A., "Responsabilidad concursal de administradores y liquidadores de la persona jurídica en concurso (art. 172.3)", en Pulgar/Alonso Ureba/Alonso Ledesma/Alcover (dirs.), Comentarios a la legislación concursal, II, Dyckinson, Madrid 2004.
- ALONSO UREBA, A./VIERA GONZALEZ, "Comentario al art. 48 LC", en PULGAR/ALONSO LEDESMA/ALCOVER, Comentarios a la Legislación concursal, cit.
- ALONSO UREBA, A. y PULGAR EZQUERRA, J., Implicaciones financieras de la Ley Concursal: RDL 3/2009, 27 de marzo, La Ley, Madrid 2009.
- ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., La "vis atractiva" del proceso concursal. Estudios de Derecho Concursal, Thomson Civitas, Cizur Menor 2007.
- ARIZA, M<sup>a</sup>. J., en "Medidas cautelares en el proceso de declaración y otras medidas del procedimiento concursal", en "Derecho procesal Concursal", vol. 7 del Tomo XLVII del Tratado de Derecho Mercantil" de Olivencia, M., Fernandez. Novoa, C., Jiménez De Parga, R., Coord. Jimenez, G., Marcial Pons, Madrid 2008.
- BACIGALUPO, E. , Dir., Curso de derecho penal económico, Marcial Pons, Barcelona 2005.
- BANACLOCHE PALAO, J., Los Juzgados de lo Mercantil: régimen jurídico y problemas procesales que plantea su actual regulación, Madrid 2005.
- BELLO MARTÍN-CRESPO, M. R., Responsabilidad civil de administradores de sociedades de capital y Ley Concursal en Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia, II, Marcial Pons, Madrid-Barcelona 2005.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, E., «La responsabilidad por las deudas sociales», en AA.VV., La responsabilidad de los administradores, dir. ROJO-BELTRÁN, Valencia 2005.
- BELTRAN, E., "En torno a la "naturaleza" de Responsabilidad Concursal", ADCO, nº 14 2008-2.
- BELTRÁN, E., "Comentario a la Ley Concursal", dir. A. Rojo y E. Beltrán, T. I, Madrid 2004.
- BELTRÁN, E., "Integración de la masa pasiva (art. 49)", en Rojo-Beltrán (dirs.), Comentario de la Ley Concursal, Tomo I, Thomson Civitas, Madrid 2004.
- BELTRAN, E., "La responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales", en Rojo/Beltrán (dirs.), La responsabilidad de los administradores, 2<sup>a</sup> ed., Valencia /Tirant lo Blanch), 2008.
- BELTRÁN, E., Las pérdidas y la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales, ADCO nº 4, 2005-3.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Coord.), Comentarios a la Ley Concursal, Madrid, 2004.
- BLASCO GASCÓ, F. DE P., "Responsabilidad Concursal y Embargo de Bienes de los Administradores", Tirant lo Blanch, Valencia, 2007. Esta monografía ha sido también editada algo resumida como artículo en "Anuario de Derecho Concursal", ADCO, nº 14, 2008-2.
- BLASCO GASCÓ, F., Prelación y pago a los acreedores concursales. Thomson Aranzadi. Cizur Menor 2004.
- BRANDI TAIANA, M. y MUÑOZ ARANGUREN, A., "Algunas consideraciones acerca de las acciones de responsabilidad contra los administradores sociales en el marco de la nueva Ley Concursal", en CDC, nº 44, diciembre 2005.
- CABANAS TREJO, R., en "Breve apunte sobre la responsabilidad de los administradores en la nueva LC", Revista de Estudios Jurídicos y de Empresa, 1, 2005.
- CABANAS TREJO, R., en "Efectos de la declaración de concurso sobre la persona jurídica: pronunciamientos jurisprudenciales", en RCP 10/2009.
- CACHÓN CADENAS, El embargo, Barcelona, 1991.
- CÁMARA ÁGUILA, M<sup>a</sup> DEL PILAR, en "Comentarios a la Ley Concursal (Coord. R. Bercovitz), cit., vol. II, ad. art. 164.
- CAMPUZANO, A.B., "La LC y la Ley de entidades de capital riesgo y sus sociedades gestoras", en ADCO, nº 7, 2006.

- CAMPUZANO, A.B., Aspectos internacionales del Derecho Concursal. Laborum Murcia 2004.
- CAMPUZANO, A.B. y MUÑOZ, L., El embargo de bienes de los administradores para asegurar la cobertura del déficit resultante de la liquidación de la masa activa, REFOR, Revista de los Economistas Forenses nº 23, julio- septiembre 2007.
- CANDELARIO MACÍAS, M<sup>a</sup> I., Gestión de riesgos: impacto de la Ley Concursal en la compañía aseguradora y el seguro de crédito, Monografía nº 9/2008, La Ley.
- CERDÁ ALBERO, F./ SANCHO GARGALLO, I., Curso de Derecho Concursal, Madrid (Coley), 2000.
- COLAS ESCANDÓN, A. M<sup>a</sup>, en "Comentarios a la Ley Concursal", Coord. R. Bercovitz, vol. II, ad. art. 172.
- CORDÓN MORENO, F., (Dir.), Comentarios a la Ley Concursal, Elcano, 2004.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., en "Derecho Procesal Concursal", cit, vid ARIZA
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Aspectos de la Nueva Ley Concursal Concursos, Créditos, Administradores, Jueces, Madrid 2004.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., DE LA CRUZ VERTOLO, J. M., OTERO LASTRES, J.M., ROGEL VIDE, C., Aspectos de la nueva Ley Concursal, Reus, Madrid 2004.
- DÍAZ ECHEGARAY, J. L., Deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades de capital, Aranzadi, Navarra 2004.
- DÍAZ ECHEGARAY, J. L., El Administrador de hecho de las Sociedades, Aranzadi, 2002.
- DÍAZ MORENO, Comentario al art. 131 LC, y Comentario al art. 45 LC, en Rojo/Beltrán, "Comentario de la Ley concursal", cit.
- ESPINOS BORRÁS DE QUADRAS, A., Comentario al art. 172.3 y Comentario al art. 48 LC, en Comentarios a la Ley Concursal, III, cit.
- ESPINOS BORRÁS DE QUADRAS, A., El pago de las deudas sociales, en Sagrera/Sala/Ferrer (coords.), Comentarios a la Ley Concursal, Bosch, Barcelona 2004, III.
- ESTEBAN VELASCO, G., Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros: acción individual y acción por no promoción de la disolución, Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez, t. II.
- ESTEBAN VELASCO, G., «La acción individual de responsabilidad», en AA. VV., La responsabilidad de los administradores, dir. ROJO-BELTRÁN, Valencia, 2005.
- ETXARANDIO HERRERA, E., "Manual de Derecho Concursal", La Ley, Madrid 2009.
- FARIAS BATLLE, "La calificación del concurso: presupuestos objetivos, sanciones y presunciones legales", RDM, 251, 2004.
- FERNANDEZ BALLESTEROS, M.A., "Comentario al art. 5 LC", en Derecho concursal práctico, cit.
- FERNANDEZ BALLESTEROS, M.A., "Comentarios a la LEC", T. III, ad art. 721, Barcelona, 2000.
- FERNANDEZ BALLESTEROS, M.A., La ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva Ley de enjuiciamiento Civil, Madrid, 2001.
- FERNANDEZ BALLESTEROS, M.A., Proceso Concursal Práctico "Comentarios a la nueva Ley Concursal", 2004.
- FERNÁNDEZ DE ARAOZ, A., Reflexiones acerca del papel de los controles externos sobre gobierno corporativo de la sociedad cotizada y el derecho preventivo de las crisis empresariales, en Gobierno corporativo y crisis empresariales, cit.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., "La responsabilidad concursal de los administradores de sociedades de capital", en AA.VV. coordinados por Fernández De La Gándara, L. y Sánchez Álvarez, M. M., Comentarios a la Ley Concursal, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, L., "La calificación del concurso", en AA.VV., coordinados por Martín Muñoz, A., La reforma de la Legislación Concursal. Estudio sistemático de las Leyes 22/2003 y 8/2003, de 9 de julio, Dykinson, Madrid, 2004.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, N., "Sentencia de calificación (art. 172)", en Gallego (coord.), Ley Concursal. Comentarios, Jurisprudencia y Formularios, La Ley, Madrid 2005, II.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, N., La inhabilitación de las personas afectadas por la calificación en los supuestos de concurso de sociedades mercantiles, en Gobierno corporativo y crisis empresariales, cit.
- FERRANDIZ GABRIEL, Comentario al art. 2 LC, en Fernández Ballesteros (coord.), Derecho concursal práctico (comentarios a la nueva ley concursal), Madrid 2004.
- FERRER BARRIENDOS, A., Comentarios a la Ley Concursal, en Sagrera /Sala/ Ferrer (Coord.), T. III, Bosch, art. 164, Barcelona 2004.
- GALLEGO SÁNCHEZ, E., Calificación del concurso, en AA.VV., coordinados por Hernández Martí, J., Concurso e insolvencia punible, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- GALLEGO SÁNCHEZ, E., Ley Concursal: comentarios, jurisprudencia, y formularios, Madrid, 2005.
- GARBERI LLOBREGAT, J. y otros, "Las medidas cautelares en la nueva LEC", Thomson-Aranzadi, 2<sup>o</sup> Edic., Cizur Menor, 2007.

- GARCÍA VILLAVERDE, “El presupuesto subjetivo de la apertura del concurso”, en García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerro, Derecho concursal. Estudio sistemático de la ley 22/2003 y de la ley 8/2003, para la reforma concursal, Madrid, 2003,
- GARCÍA, E. - IBORRA, C., “Un catálogo de las medidas cautelares en el concurso”. ADCO, 12 (2007-3), Muñoz, L., “Los gastos del incidente concursal” ADCO, 12, (2007-3).
- GARCÍA, E. e IBORRA, C., “Un catálogo de medidas cautelares en el concurso”, ADCO, 2007.3, nº 12.
- GARCÍA-CRUCES, J. A., “Acumulación y coordinación de acciones de responsabilidad de los administradores de una persona jurídica en concurso, AC, octubre de 2004.
- GARCÍA-CRUCES, J. A., en “El problema de la represión de la conducta del deudor común”, en Rojo (dir.), La reforma de la legislación Concursal, Madrid/Barcelona (Marcial Pons), 2003; “La calificación del concurso” en Rojo (dir.), La Ley Concursal, PJ, XVIII (2004); “Sentencia de calificación (art. 172)” en ROJO/BELTRÁN (dirs.), Comentario de la Ley Concursal, Madrid (Thomson-Civitas), 2004, II; La calificación del concurso, Cizur Menor (Thomson-Aranzadi), 2004, y “La responsabilidad concursal”, en ROJO/BELTRÁN (dirs.).
- GARCÍA-CRUCES, J.A., La calificación del concurso. Ed. Thomson Aranzadi. Elcano (Navarra) 2004.
- GARCÍA-CRUCES, J.A., “Acumulación y coordinación de acciones de responsabilidad de los administradores de una persona jurídica en concurso. Sobre la inserción de la llamada responsabilidad concursal en el régimen general de responsabilidad de administradores”, en Aranzadi Civil nº 18/2003 pg. 31.
- GARCÍA-CRUCES, J.A., “La responsabilidad concursal”, en La Responsabilidad de los Administradores, dir. A. Rojo-E. Beltrán, pg. 283, Valencia 2005.
- GARCÍA-CRUCES, J.A., La calificación de concurso, en RPJ, nº especial XVIII 2004.
- GARNICA MARTÍN, J. R., “Aspectos procesales de la Ley Concursal”, en AA.VV. dirigidos por Garnica Martín, J. R., La nueva Ley Concursal, Cuadernos de Derecho Judicial, XVIII, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid 2003.
- GARNICA MARTÍN, J. R., Aspectos procesales de la Ley Concursal, en La Nueva Ley Concursal, Cuadernos de Derecho Judicial XVIII-2003, Madrid 2004.
- GARNICA MARTÍN, J. R., La nueva Ley concursal, Cuadernos de Derecho Judicial, XVII, Madrid 2004.
- GARRIGUES WALKER (dir.), Responsabilidad de Consejeros y Altos Cargos de Sociedades de Capital, Madrid, 1996.
- GOMEZ MARTÍN, F., La calificación del concurso en la nueva Ley, Estudios Deusto, 51/2, julio-diciembre 2003.
- GONZÁLEZ GRANDA, P., en Derecho Procesal Concursal, cit., vid Ariza.
- GONZÁLEZ-CARRERO, P., La calificación del concurso, en Pérez-Cruz (dir.), Santiago de Compostela (Tórculo) 2005.
- GUERRERO LEBRÓN, M. J./GÓMEZ PORRÚA, “La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital en situación concursal”, en Estudios Olivencia, 2005, II.
- GUTIÉRREZ GILSANZ, A., Tutela de los acreedores frente al convenio concursal: oposición, nulidad y declaración de incumplimiento, La Ley, Monografía nº 7/2007, Madrid.
- GULLON, “La acción rescisoria concursal”, en Estudios sobre la Ley concursal, cit.
- HERRERA CUEVAS, E., (2004), Manual de la Reforma Concursal. Madrid, Europea de Derecho.
- HERRERA PETRUS, C., La conclusión del concurso de persona jurídica por inexistencia de bienes y derechos en ADCO, nº 11, 2007.
- HERRERA, C., El crédito contra los administradores en la sección de calificación (Naturaleza, legitimación y tratamiento en el concurso del administrador condenado), ADCO, 10 (2007).
- HERRERO PEREZAGUA, J., Ámbito y carácter del incidente concursal (art. 192), en Bercowitz (coord.), Comentarios.
- HÓLDERL FRAU, H.A., El convenio en la quiebra y en la Ley Concursal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- IRIBARREN, M., La extensión de la cobertura del seguro D&O a la responsabilidad concursal de los administradores por el déficit patrimonial de la sociedad, en ADCO, nº 7, 2006.
- JIMENEZ DE PARGA, R., “Apuntes sobre el concepto de insolvencia en la Ley concursal”, Estudios sobre la Ley concursal, cit.
- JIMENEZ SÁNCHEZ, G. J., Lecciones de derecho mercantil, 12ª edic., Tecnos, Madrid 2008.
- JUSTE MENCÍA, J., “En torno a la aplicación del régimen de responsabilidad de administradores al apoderado general de la sociedad”, RdS, nº 1/01.
- JUSTE MENCÍA, J., “Legitimación subsidiaria para el ejercicio de la acción social”, AA.VV., La responsabilidad de los administradores (Dir. Rojo, A./Beltrán, E.) Valencia (Tirant lo Blanch), 2005.
- LARA GONZÁLEZ, R., La acción social de responsabilidad: ejercicio por la sociedad, en AA.VV., La responsabilidad de los administradores, dir. ROJO-BELTRÁN, Valencia, 2005.



- LÓPEZ APARECERO, A., Doctrina judicial sistematizada sobre la LC, Thomson-Civitas, Cizur Menor 2006.
- LÓPEZ DE MEDRANO, F., "Las acciones de daños y de cobertura del pasivo en el concurso de acreedores", en ADCO, 12 (2007-3).
- MACHADO PLAZAS, J., El concurso de acreedores culpable. Calificación y responsabilidad concursal, Madrid (Thomson-Civitas), 2006.
- MAMBRILLA, V., "Sentencia de calificación (art. 172)", en Sánchez-Calero/Guilarte (dirs.), Comentarios a la legislación concursal, Valladolid (Lex Nova), 2004, III.
- MAMBRILLA RIVERA, V., "Artículo 172. Sentencia de calificación", en AA.VV., dirigidos por Sánchez-Calero Guilarte, J., y Guilarte Gutiérrez, V., Comentarios a la Legislación Concursal, Tomo III, Lex Nova, Valladolid 2004.
- MARÍN DE LA BARCENA, F., "Deberes y responsabilidad de los administradores ante la insolvencia de las Sociedades de Capital", Revista de Derecho de Sociedades, nº 24.
- MARÍN DE LA BARCENA, F., La acción individual de responsabilidad frente a los administradores de sociedades de capital (art. 135 LSA), Marcial Pons, Madrid 2005.
- MARÍN DE LA BARCENA, F., El concepto de interés social como fin de la actividad gestora en la proximidad a la insolvencia, en Gobierno corporativo y crisis empresariales, cit.
- MARTIN MUÑOZ, A.J., (2004), La reforma de la legislación Concursal. Estudio sistemático de las leyes 22/2003 y 8/2003, Dyckinson, Madrid.
- MARTINEZ FLÓREZ, "Los deberes de comparecencia, colaboración e información del concursado", ADCO, 1, 2004.
- MARTINEZ ROSADO, J., La compraventa a plazos de bienes muebles con reserva de dominio en el concurso, La Ley, Monografía 2/2005, Madrid.
- MARTINEZ SANZ, "Ámbito subjetivo de responsabilidad", en Rojo/Beltran, La responsabilidad de los administradores, Valencia, 2005.
- MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ, "La calificación del concurso", La Ley, 13 de julio de 2004.
- MERCADAL, F., "Comentarios a los arts. 89 a 93 LC", en Nueva Ley concursal, Barcelona, 2ª ed., 2004.; "Comentario a los arts. 1 a 7 LC", en Sagrera/Sala/Ferrer, Comentarios a la Ley concursal, cit.
- MERCADAL, F., "La extensión del embargo preventivo (ex art. 48.3 LC) a la sociedad dominante de la concursada "En torno al auto de 12 de julio de 2007 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao)" en ADCO, nº 14, 2008.
- MERCADER/ALAMEDA, "Comentarios al art. 65 LC" en Comentario de la Ley concursal, cit.
- MORAN BOVIO, D., Guía Legislativa de UNCITRAL sobre el Régimen de la Insolvencia, La Ley, Monografía nº 5/2006, Madrid.
- MORILLAS JARILLO, J.M., "Disposición Transitoria Primera. Procedimientos concursales en tramitación", en AA.VV. dirigidos por Rojo, A., y Bertrán, E., Comentario de la Ley concursal, II, Thomson-Civitas, Madrid.
- MORILLAS JARILLO, J.M., "Las normas de conducta de los administradores de las sociedades de capital", La Ley, Madrid, 2002.
- MORILLAS JARILLO, J.M., "Responsabilidad concursal de administradores y liquidadores: balance del primer bienio de vigencia de la Ley Concursal (y II)", en RCP, 7 (2007).
- MORILLAS JARILLO, J.M., El Concurso de las sociedades. Iustel. Madrid 2004.
- MORILLAS JARILLO, M. J., "La responsabilidad concursal de administradores y liquidadores: balance del primer bienio de vigencia de la Ley Concursal" (I), RCP, núm. 6, 2007.
- MORILLAS, "Comentario al art. 5 LC", en Rojo/Beltran, Comentario a la Ley concursal, cit.
- MOYA JIMÉNEZ, A., La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes, 6ª edición, Bosch, Barcelona 2006.
- MUÑOZ ARANGUREN, A. y BRANDI TAIANA, M.M., "Algunas consideraciones acerca de las acciones de responsabilidad contra los administradores sociales en el marco de la nueva ley concursal". CDC. 44, 2005.
- MUÑOZ GARCÍA, A., «La responsabilidad civil preconcursal de los administradores en las sociedades de capital. Efectos del convenio concursal societario», en Revista de Sociedades, núm. 28, 2007.
- MUÑOZ GONZALEZ, L., "La acumulación de procesos al concurso", ADCO, 4 (2005).
- MUÑOZ, L. Y CAMPUZANO, A.B., El embargo de bienes de los administradores para asegurar la cobertura del déficit resultante de la liquidación de la masa activa, REFOR, Revista de los Economistas Forenses nº 23, julio- septiembre 2007.
- MUÑOZ PLANAS/MUÑOZ PAREDES, "Repercusiones del concurso de la sociedad sobre la responsabilidad de los administradores", en RDM, 250 (2003).
- OLIVENCIA RUIZ, M., "Los principios de la reforma concursal", RJCAt, 4, 2004; "La declaración de concurso", en Olivencia (dir.), La nueva ley concursal, EDJ. CGPJ, Madrid, 2005.
- OLIVENCIA RUIZ, M., La terminología jurídica de la reforma concursal. Iustel. Madrid 2006.

- OLIVENCIA RUIZ, M. y OTROS, El Concurso de Sociedades en el Derecho Europeo, La Ley, Monografía nº 1/2004, Madrid.
- ORDUÑA MORENO, F. J., y TAMAYO HAYA, S., "La protección patrimonial del crédito", Tomo I, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006.
- ORELLANA, N., en "Aspectos procesales de la Reforma Concursal en el marco del RD Ley 3/2009", en RCP, 11/2009.
- ORTELLS RAMOS, M. "Concurso de acreedores y tutela judicial (A propósito de la nueva Ley Concursal)" en Quintana/Bonet/García-Cruces (dirs.), Las claves de la Ley Concursal, Cizur Menor (Thomson- Aranzadi), 2005.
- ORTELLS RAMOS, M., "Concurso de Acreedores y tutela judicial cautelar (A propósito de la nueva Ley Concursal)", en A.A.V.V..
- ORTELLS RAMOS, M., "La tutela cautelar y su práctica en los dos primeros años de vigencia de la LEC", en Lopez/Alegret, La ley de enjuiciamiento civil tras dos años de vigencia, CGJP, Madrid, 2004.
- ORTELLS RAMOS, M., Las medidas cautelares, Madrid, 2000.
- ORTELLS RAMOS, M., Las Claves de la Ley Concursal, Cizur Menor, 2005.
- ORTIZ PRADILLO, J. C, Las medidas cautelares en los procesos mercantiles, Iustel, 2006.
- PALOMAR OLMEDA, A., (Coord.), Comentarios a la legislación concursal, Madrid 2003.
- PAZ-ARES, C., La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo, RdS, 2003, 1, nº 20.
- PAZ-ARES, C., Uniones de empresas y grupos de sociedades, en Uría y Menéndez, Curso de Derecho Mercantil, cap. 54, cit.
- PERDICES HUETOS, A., La responsabilidad de los administradores por las deudas sociales, www.indret.com, nº 295.
- PÉREZ BENITEZ, J.J., Problemas procesales de la calificación del concurso, en ADCO, Nº 14, 2008-2.
- PÉREZ DE LA CRUZ, A., "La calificación del concurso sus consecuencias en la nueva Ley Concursal", en Olivencia (dir.), La nueva Ley Concursal, Estudios de Derecho Judicial, 59, 2004.
- PEREZ MILLÁN, D., "Causa de disolución por pérdidas y presupuesto objetivo de la declaración de concurso de sociedades de capital", AA.VV., Gobierno corporativo y crisis empresariales, Marcial Pons, Madrid 2006.
- PRADA GALLOSO, F., La administración concursal, en RPJ nº especial XVIII, 2004.
- PRENDES CARRIL, P. (dir.); Alvaro González Tremóls, A.; Gómez Martín, F., Guía Práctica concursal. Ed. Thomson Aranzadi. Cizur Menor 2005.
- PRENDES CARRIL, P., La Responsabilidad de los administradores en la reforma concursal, Aranzadi-Civil nº 11 de octubre de 2004.
- PRENDES CARRIL, P., "La responsabilidad de los administradores tras la nueva Ley Concursal", AC nº 18/04.
- PRIETO GARCIA-NIETO, I., Legislación concursal. Concordancias, resoluciones judiciales sistematizadas y formularios, Dapp. Publicaciones Jurídicas, Pamplona 2007.
- PULGAR EZQUERRA, J., "El presupuesto objetivo de apertura del concurso de acreedores", Derecho Concursal. Estudio Sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la reforma concursal, Madrid (Dilex), 2003.
- PULGAR EZQUERRA, J., "Los concursos de acreedores sin masa activa ab initio": un problema a resolver", en La Ley, 2007-2, D-96.
- PULGAR EZQUERRA, J., La declaración del concurso de acreedores, La Ley, Madrid 2005.
- PULGAR EZQUERRA, J. y ALONSO UREBA, A., Implicaciones financieras de la Ley Concursal: RDL 3/2009, 27 de marzo, La Ley, Madrid 2009.
- PULGAR EZQUERRA/ALONSO LEDESMA/ALONSO UREBA/ALCOVER GARAU (Dirs.), Comentarios a la legislación concursal, Madrid, 2004
- PUYOL MARTÍNEZ-FERRANDO, B., "La responsabilidad concursal de los administradores", AA.VV., Gobierno corporativo y crisis empresariales, Madrid (Marcial Pons), 2006.
- QUECEDO ARACIL, P., "Sentencia de calificación (art. 163 al F 5)", en Fernández-Ballesteros (coord.), Derecho Concursal práctico, Madrid (Iurgium), 2004.
- QUECEDO ARACIL, P., en Fernández Ballesteros (Coord.), Proceso Concursal práctico, Madrid (Iurgium) 2004,
- QUIJANO GONZÁLEZ, J., "La junta de acreedores en el nuevo derecho concursal español", en García Villaverde/Alonso Ureba/Pulgar Ezquerra, Derecho concursal, cit.
- QUIJANO GONZÁLEZ, J., Responsabilidad societaria y concursal de administradores: de nuevo sobre la coordinación y el marco de relaciones, RCP, 10/2009.
- RAMOS MONTESA, A., en Sala/Mercadal/Alonso/Cuevillas (Coords.), Nueva Ley Concursal, Bosch, Barcelona 2004.

- RAMOS ROMEU, F., "Las medidas cautelares civiles", en "Análisis jurídico-económico", Atelier, Barcelona, 2006.
- REDONDO, F., "La oposición del deudor a la calificación del concurso", ADCo, 8/2006.
- RIBELLES ARELLANO, J.M., "Deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades", Cuadernos de Derecho Judicial, XIX 2004.
- RODRIGUEZ ARTIGAS, F. y MARIN DE LA BARCENA, F., "Algunas cuestiones sobre la responsabilidad de los administradores de SA por no promoción de la disolución en caso de pérdidas", Revista de Derecho de Sociedades, 2005, nº 24.
- RODRIGUEZ RUIZ DE LA VILLA, D., "Por una reforma de la responsabilidad de los administradores por no disolución o no concurso de las sociedades de capital", Actualidad Aranzadi, nº 619, 24 de nov. 2005.
- RODRIGUEZ RUIZ DE LA VILLA, D., y HUERTA VIESCA, M<sup>a</sup> ISABEL, "¿Más responsabilidad de los Administradores?" en Derecho de los Negocios, nº 139, 2002.
- RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D./HUERTA, M<sup>s</sup> I., La Responsabilidad de los Administradores por las Deudas de las Sociedades de Capital, Pamplona (Thomson-Aranzadi) 2004.
- ROJO, A. Y BELTRAN, E., CAMPUZANO, A. B. y SANCHEZ PAREDES, M<sup>a</sup> L., Legislación y Jurisprudencia concursales, 2<sup>a</sup> edic., Thomson –Aranzadi, Cizur Menor 2008.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. "Los deberes legales de los administradores en orden a la disolución de la sociedad de capital como consecuencia de pérdidas", en Estudios homenaje a F. Sánchez Calero, Madrid, 2002, II.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., "El derecho concursal transitorio", en AA.VV. dirigidos por Quintana Cario, L, Bonet Navarro, A., y García- Cruces, J. A., Las Claves de la Ley Concursal, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., "La reforma del Derecho concursal español", La reforma de la legislación concursal (Dir. Rojo, A.), Madrid, Barcelona (Marcial Pons), 2003.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.; BELTRAN, E., Comentario de la Ley concursal, (2 vol.), Ed. Thomson Civitas. Madrid (2004).
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. "La experiencia española", en AA VV, Crisi dell'impresa e riforme delle procedure concorsuali, Milán (Giuffrè), 2006; "La reforma del Derecho concursal italiano y el Derecho concursal español", en Bonfatti/Falcone (dirs.), Le nuove procedure concorsuali per la prevenzione e la sistemazione delle crisi di impresa, Milán (Guiffrè), 2006, en ADco, 10 (2007-1).
- 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 15<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de marzo de 2007)", en RCP, 7 (2007).
- RONCERO SÁNCHEZ, A., "Reforma en curso del régimen de responsabilidad de los administradores sociales por no promoción tempestiva de la disolución o el concurso de la sociedad", RDGP, 2005.
- ROSENDE VILLAR, C, "Comentario al art. 172", en Cordón Moreno, F, (dir.) Comentarios a la Ley Concursal, Elcano, 2004.
- ROSENDE VILLAR, C., "Oposición a la calificación (art. 171)", en Cordón (dir.), Comentarios a la Ley Concursal, 2004.
- RUIZ MUÑOZ, M., "Administradores y deudas sociales: Derecho de sociedades versus Derecho concursal", en Derecho de los Negocios, 2006, nº 194.
- SAGRERA, J.M.; SALA, A. y FERRER, A. (2004), "Comentarios a la Ley Concursal" (3 vol.). Ed. Bosch. Barcelona.
- SAGRERA-SALA-FERRER (coords.), Comentarios a la Ley Concursal, 2004, III.
- SALA, A., MERCADAL, F. y ALONSO-CUEVILLAS, J. (Coords.), Nueva Ley Concursal, Barcelona, 2004.
- SÁNCHEZ CALERO GUILARTE/GUILARTE GUTIERRES (Dirs.), Comentarios a la legislación concursal, Valladolid, 2004.
- SANCHEZ CALERO, F., "Los administradores en las sociedades de capital", Madrid 2005.
- Sánchez Calero, F., Los administradores en las sociedades de capital (2<sup>o</sup> ed.), Cizur Menor (Thomson-Civitas), 2007.
- SANCHO GARGALLO, I., "Calificación del concurso", en AA.VV. dirigidos por Quintana Cario, I., Bonet Navarro, A., y García-Cruces, J.A., Las Claves de la Ley Concursal, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005,
- SARAZÁ, R., "Responsabilidad concursal y grupos de sociedades" en ADco, nº 10, 2007.
- SEBASTIÁN QUETGLAS, R., El concurso de acreedores del grupo de sociedades, Thomson- Civitas, Cizur Menor 2009.
- SEQUEIRA MARTÍN, A., SACRISTÁN BERGIA, F., y MUÑOZ GARCÍA, A., "La responsabilidad de las sociedades anónimas en situaciones de crisis económica. (La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid, de 16 de febrero como pretexto)", RCP, 2006.
- SEQUEROS SAZATORNIL, F., "La responsabilidad civil y penal de los administradores en el Derecho concursal", La Ley, nº 6412, miércoles 1 de febrero de 2006.

- SERRA DOMÍNGUEZ, M., "Ámbito y carácter del incidente concursal (art. 192)", en SAGRERA-SALA-FERRER (Coords.) "Comentarios a la Ley Concursal", III, Barcelona 2004.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M. y RAMOS MÉNDEZ, F., Teoría General de las medidas cautelares, en Las medidas cautelares en el proceso civil, Barcelona 1974.
- SOSPEDRA NAVAS, F. y otros, "Práctica del Proceso Civil", Vol. 4º, "Proceso Concursal", Thomson Reuters-Civitas, Madrid 2009.
- TIRADO, I., "Los Administradores Concursales", Thomson-Civitas, Madrid 2005.
- TRILLO NAVARRO, J.P., La responsabilidad concursal penal: art. 260 C.P., en RPJ, nº 85/2007.
- URÍA, R., y MENÉNDEZ, A., Curso de Derecho Mercantil, Derecho concursal por ROJO, A. y BELTRAN, E. 2ª Edic., I y II, Thomson-Civitas, Madrid 2006.
- USÓN DUCH, L., La nueva Ley Concursal. Comentarios y formularios a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, Madrid 2003.
- VALENZUELA GARACH, J., La responsabilidad de los administradores en la disolución y el concurso de las sociedades de capital, Marcial Pons, Madrid-Barcelona 2007.
- VALPUESTA GASTAMINZA, E., "Art. 48. Efectos sobre el deudor persona jurídica", en AA.VV. Dir. por F. Córdón Moreno, Comentarios a la Ley Concursal, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor 2004.
- VALPUESTA GASTAMINZA, E., El concurso de la sociedad irregular, La Ley, Monografía nº3/2005, Madrid.
- VÁZQUEZ CUETO, J.C., "La legitimación activa de los administradores concursales para el ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital", La Ley, de 13 de abril de 2004.
- VÁZQUEZ LÉPINETTE, T., Administraciones públicas y derecho concursal, La ley, Monografía 4/2006, Madrid.
- VELA, P. J., "Tramitación procesal de la sección de calificación del concurso y efectos de la sentencia de culpabilidad", RCP, 3 (2005).
- VELÁZQUEZ MARTÍN, A., La intervención judicial de bienes y empresas: estudio procesal, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor 2009.
- VERDÚ CAÑETE, M.J., "Consideraciones sobre el Embargo preventivo de bienes de Administradores y liquidadores de la Sociedad concursada", RCP 8/2008, pgs..
- VERDÚ CAÑETE, M.J., Procedimientos concursales comunitarios, Valencia (Tirant lo Blanch), 2004.
- VERDÚ CAÑETE, M.J., La responsabilidad del administrador de sociedad de capital en el concurso de acreedores, La Ley, Monografía 8/2008, Madrid.
- VICENT CHULIÁ, F., "El concurso de la persona jurídica", AA. VV., Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia, Marcial Pons, 2005.
- VICENT CHULIÁ, F., "La responsabilidad de los administradores en el concurso" en "Revista de Derecho Concursal y paraconcursal", RCP nº 4, 2006,.
- VIÑUELAS, M., "El problema de la naturaleza de la condena a la cobertura del déficit", ADCO, núm. 4 (2005).
- YAÑEZ VELASCO, R., Concurso de acreedores y Derecho penal, Grupo Difusión, Barcelona 2003.

## **ANEXO**



# ANEXO I. LEGISLACIÓN SELECCIONADA Y AL DÍA Y JURISPRUDENCIA EXTRACTADA HASTA 31.07.08

## INDICE DEL ANEXO

1. LA MEDIDA CAUTELAR DEL ART. 48.3 DE LA LEY CONCURSAL Y SUS PRESUPUESTOS .....	153
1.1 Presupuestos de la medida cautelar.....	153
1.2 Momento de adopción de la medida.....	155
1.3 Legitimación para solicitar la adopción del embargo .....	156
1.4 Destinatarios del embargo .....	156
1.5 Alzamiento del embargo.....	156
1.6 Régimen de recursos .....	157
2. DE LA CALIFICACIÓN DEL CONCURSO EN SEDE PENAL .....	158
3. DE LA CALIFICACIÓN DEL CONCURSO EN SEDE MERCANTIL.....	159
3.1 Calificación del concurso.....	159
3.1.1 Concurso culpable art. 164 LC.....	160
3.1.2 Presunción de dolo o culpa grave art. 165 LC.....	166
3.1.3 Complicidad de los responsables art. 166 LC .....	170
4. DE LA SECCIÓN DE CALIFICACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL .....	171
4.1. Resolución judicial, personación y partes art. 167 LC .....	171
4.2. Informe de la administración concursal y dictamen del ministerio fiscal art. 169 LC .....	173
4.3. Tramitación .....	175
4.4. Oposición a la calificación .....	176
4.5. Sentencia de calificación y naturaleza de la responsabilidad concursal ...	176
4.5.1. Naturaleza de la responsabilidad .....	184
4.5.1.1. Responsabilidad por deudas .....	184
4.5.1.2 Responsabilidad por sanción .....	185
4.5.1.3 Responsabilidad por daño y culpa .....	185
4.5.2. Delimitación de los “acreedores concursales” .....	186
4.6. Recursos .....	186

NOTA: Este compendio de legislación y jurisprudencia está realizado sobre la base de la publicación “Legislación y Jurisprudencia Concursales”, 2ª edición preparada por Angel ROJO y Emilio BELTRÁN con la coordinación de Ana Belén CAMPUZANO y recopilada y seleccionada por Mª Luisa SÁNCHEZ PAREDES, Thomson Aranzadi, 2008. (cerrada el 05.11.08), 892 pgs.





# 1. LA MEDIDA CAUTELAR DEL ART. 48.3 DE LA LEY CONCURSAL Y SUS PRESUPUESTOS

**Art. 48.3. LC. Desde la declaración de concurso de persona jurídica, el juez del concurso, de oficio o a solicitud razonada de la administración concursal, podrá ordenar el embargo de bienes y derechos de sus administradores o liquidadores de derecho o de hecho, y de quienes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de aquella declaración, cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas. El embargo se acordará por la cuantía que el juez estime bastante y podrá ser sustituida, a solicitud del interesado, por aval de entidad de crédito.**

Se trata de un régimen cautelar de garantía, que la Exposición de Motivos de la Ley Concursal califica como el efecto más severo en la declaración de concurso de una persona jurídica, que incardina el embargo preventivo dentro de las medidas cautelares, pues pretende garantizar la efectividad del eventual pronunciamiento de condena de la pieza de calificación del concurso, y que se rige por requisitos específicos y genéricos, unos propios de esta medida, como es la posibilidad de acordarla de oficio, y otros animan la adopción de cualquier medida cautelar, como el peligro en la mora y la apariencia de buen derecho<sup>189</sup>.

Con celeridad y eficacia debe prevenirse cualquier posible comportamiento de los gestores de una concursada que en ciernes de serles exigidas responsabilidades por su actuación podrían tener la tentación de tratar de desprenderse de bienes o de ponerlos a salvo de una posible ejecución, lo que pudiera comprometer el buen fin de la medida cautelar, que no es otro que asegurar la posible condena que pudiera recaer contra aquéllos<sup>190</sup>.

En realidad con el embargo preventivo se está realizando un juicio de indicios, pues de algún modo se anticipa la eventual calificación culpable del concurso, trascendiendo la responsabilidad social al patrimonio de los administradores de hecho o de derecho de los últimos dos años, que habrán de asegurar que, ante una eventual sentencia que califique el concurso como culpable, integrarán el defecto patrimonial para asegurar la satisfacción de los acreedores<sup>191</sup>.

El artículo 48.3 permite interpretar la responsabilidad del artículo 172.3 como una responsabilidad por deudas, esto es, no parece que la Ley exija un nexo causal entre las conductas que permiten calificar el concurso como culpable y la situación de insolvencia. En efecto, el embargo preventivo es instrumental de la sentencia de calificación y el artículo 48.3 sólo exige que el Tribunal aprecie, provisional o indiciariamente la posibilidad de que el concurso se califique como culpable<sup>192</sup>.

La medida del embargo de los bienes del administrador de hecho y de derecho de la sociedad concursada es, como toda medida cautelar, accesoria e instrumental de una pretensión principal, identificada con la que establece el artículo 172.3, dada la coincidencia del supuesto de hecho contemplado por uno y otro precepto<sup>193</sup>.

## 1.1. PRESUPUESTOS DE LA MEDIDA CAUTELAR

El precepto no exige que de forma taxativa se concluya la insuficiencia del activo, sino que como en toda medida cautelar, lo que se exige es un juicio de probabilidad. Tampoco requiere la certeza de la calificación del concurso como culpable, sino que dicha calificación sea probable<sup>194</sup>.

<sup>189</sup> AAP Barcelona [15ª] 30.3.2006

<sup>190</sup> AJM 4 Madrid 31.1.2005; AAP Álava [2ª] 6.7.2006; AJM 1 Sevilla 13.6.2007

<sup>191</sup> AAJM 1 Bilbao 12.4.2006 y 12.7.2007

<sup>192</sup> AAJM 2 Barcelona 18.7.2005 y 16.11.2005; SJM 1 Oviedo 13.12.2005; AJM Santander 13.2.2006

<sup>193</sup> AAP Barcelona [15ª] 6.2.2006, 28.5.2007, 29.11.2007 y 25.3.2008

<sup>194</sup> SAP Bilbao [4ª] 8.11.2007

Son presupuestos necesarios para la adopción de esta medida que: 1º Resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable. 2º Que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas<sup>195</sup>. Ello nos muestra un *fumus bonis iuris* suficiente para acordar el embargo<sup>196</sup>. Los requisitos legales para la adopción de medidas cautelares son: *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho y *periculum in mora* o peligro por la mora procesal. El artículo 48.3 viene a recoger implícitamente ambos requisitos. La apariencia de buen derecho se deriva de la propia declaración de concurso y de la existencia de indicios de que el concurso vaya a ser declarado como culpable y la masa activa sea insuficiente. De otra parte, el *periculum in mora* estriba en evitar que durante la tramitación del concurso los administradores puedan disponer de sus bienes, haciendo infructuosa la eventual condena que pudiera recaer<sup>197</sup>.

Lo que resulta más conflictivo es la apreciación del requisito de la apariencia de buen derecho, pues ello exige ineludiblemente especificar la naturaleza de la responsabilidad prevista en el artículo 172.3. Así el auto de embargo debe justificar que de los elementos obrantes en el concurso existen indicios de los siguientes extremos: 1º que el concurso acabará presumiblemente por liquidación, sin que el activo resulte suficiente para pagar la totalidad de los créditos concursales; 2º que la persona cuyos bienes se embargan es administrador (o liquidador) de derecho o de hecho del deudor concursado persona jurídica, al tiempo de declararse el concurso o lo había sido en los dos años precedentes; 3º que dicho administrador (o liquidador) será declarado persona afectada por la calificación culpable del concurso, siendo su conducta no sólo idónea para obtener dicha calificación, sino también para haber generado o agravado la situación de insolvencia; 4º en qué medida esta persona afectada por la calificación ha generado o agravado este estado de insolvencia, pues de acuerdo con ella podrá calcularse su responsabilidad con respecto al importe que presumiblemente no vaya a satisfacerse con la liquidación<sup>198</sup>.

El precepto constituye una norma especial en el ámbito de las medidas cautelares que fija sus propios requisitos, hasta el punto de que el embargo puede ser acordado de oficio y no precisa la presentación de fianza. Por otra parte, la apreciación de los requisitos conlleva la adopción de la medida, de modo que sólo cabe la contradicción diferida a fin de obtener la máxima efectividad<sup>199</sup>.

Los requisitos que derivan del artículo son sin duda severos. Es preciso que se determine claramente qué administradores, de hecho o derecho, puedan ser eventualmente responsables de una calificación culpable del concurso, y constatar la insuficiencia de la masa activa para satisfacer todas las deudas<sup>200</sup>.

No puede negarse la naturaleza cautelar de tal medida, de ahí que no deba prescindirse ni de los requisitos propios de toda medida cautelar, ni de los condicionantes que implica su carácter instrumental, pues no es un fin en sí misma, sino que se dispone al servicio de una pretensión principal. Su procedencia está en función de la intensidad con que se presenten los elementos y requisitos necesarios para el éxito de esta última<sup>201</sup>. Se trata indudablemente de una medida cautelar que tiende a garantizar la resolución que en su día pudiera dictarse en la sección de calificación del concurso, pero de una medida cautelar cuyos presupuestos son especiales. La Ley no se limita a permitir adoptar medidas cautelares contra las personas que pudieran resultar afectadas por la calificación, sino que limita los presupuestos por los que se pueden adoptar y las personas contra las que se pueden dirigir las medidas cautelares. Por lo tanto, los presupuestos para adoptar las medidas no hay que buscarlos en el artículo 728 LEC sino en el artículo 48.3 LC, ya que la aplicación de la LEC sólo es supletoria de la LC (disp. final 5a LC), aplicable sólo en lo no previsto por ella. Las diferencias son importantes. En primer lugar la medida puede ser acordada de oficio, a diferencia de lo que sucede con lo dispuesto en el artículo 721.1 LEC, que impone tajantemente con carácter general su adopción a instancia de parte. En segundo lugar, como toda medida cautelar es provisional, por lo que el juez ha de hacer un "juicio provisional" sobre los presupuestos para

---

<sup>195</sup> AAJM 1 Málaga 27.6.2005; 1 Barcelona 11.4.2004; 2 Barcelona 5.5.2005 y 18.7.2005; 1 Bilbao 19.11.2007; AAP Alicante [8ª] 10.10.2006

<sup>196</sup> AJM 1 Málaga 25.1.2005

<sup>197</sup> AAJM Cádiz 5.5.2006; 7 Madrid 15.3.2007; 1 Oviedo 13.4.2007

<sup>198</sup> AAP Barcelona [15ª] 29.11.2007

<sup>199</sup> AJM 3 Madrid 9.2.2005

<sup>200</sup> AAJM 1 Bilbao 12.4.2006 y 12.7.2007

<sup>201</sup> AAP Barcelona [15ª] 28.5.2007

su concesión, pero en este caso, a diferencia de lo que sucede con carácter general por imperativo del artículo 728.2 LEC dicha valoración provisional ha de hacerse sobre dos circunstancias concretas: la primera, que existan motivos fundados para suponer que el concurso puede llegar a calificarse de culpable, y la segunda, que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas. Eso obliga al juez a valorar provisionalmente la conducta de los administradores de la concursada, conforme a las reglas de los artículos 164 y 165 LC, para determinar si existen razones fundadas para emitir ese juicio provisional sobre la calificación, sin prejuzgar la decisión definitiva<sup>202</sup>. Para su adopción es preciso que concurren, no sólo los requisitos establecidos en este artículo, sino también los previstos en el artículo 728 LEC para las medidas cautelares, al amparo de lo dispuesto en la Disposición Final 5ª LC<sup>203</sup>. Es verdad que esta medida cautelar goza de una regulación específica que la singulariza del régimen general previsto en la LEC, pero también lo es que la regulación específica es insuficiente y que debe ser integrada con el referido régimen general especialmente con el artículo 728 LEC e interpretada de forma sistemática con las normas que regulan la calificación concursal<sup>204</sup>.

Aunque lo omita el artículo, debe tenerse en cuenta que sólo podrá decretarse el embargo cuando exista algún indicio de que, en su momento, podría llegar a abrirse la fase de liquidación, pues sólo en este caso, es posible la condena a la cobertura del déficit. Ahora bien, dicha exigencia debe interpretarse de forma muy amplia, en el sentido de que no conste con un mínimo de seriedad la posibilidad de que pueda resultar aprobado un convenio, como por ejemplo, si ya se ha admitido a trámite una propuesta anticipada, en cuyo caso no parece que pudiera decretarse el embargo so pretexto de una ulterior no aprobación del mismo e incluso del futuro incumplimiento, en caso de que llegara a aprobarse, al no concurrir el necesario *fumus boni iuris*<sup>205</sup>.

La dinámica posterior a la adopción de una medida cautelar habrá de ajustarse necesariamente a las previsiones contenidas al respecto en la LEC al operar esta regulación procesal como supletoria de la específicamente concursal disponiendo el artículo 740 LEC las causas de oposición con notable amplitud<sup>206</sup>.

## 1.2. MOMENTO DE ADOPCIÓN DE LA MEDIDA

La medida del embargo preventivo de los bienes y derechos de los administradores sólo procede desde la declaración de concurso, no es posible adoptarla en el momento en que el juez decide sobre la admisión a trámite de la solicitud<sup>207</sup>. No es preciso esperar al informe de la calificación del concurso y ni siquiera a la apertura de la sección de calificación, sino que puede ser acordada desde la misma declaración de concurso<sup>208</sup>.

El peligro por la demora procesal incluirá la urgencia en adoptar esta medida antes incluso de la apertura de la calificación, en atención al riesgo de ineffectividad de la hipotética sentencia condenatoria como consecuencia de la dilación propia de la tramitación de la fase común del concurso y del incidente de calificación, por lo que estará en función de la solvencia patrimonial del administrador<sup>209</sup>.

En interés del concurso, la tramitación procesal de la solicitud de medidas se reconducirá al cauce excepcional del artículo 733.2 LEC, lo que permite prescindir de la previa audiencia a los demandados, sin perjuicio de la posterior posibilidad de éstos de oponerse a la cautela acordada, garantizándose así la efectividad del principio de contradicción<sup>210</sup>.

---

<sup>202</sup> AAJM 1 Málaga 26.1.2005; 4 Barcelona 10.6.2005; 2 Barcelona 18.7.2005 y 16.11.2005; 5 Madrid 10.10.2005

<sup>203</sup> AJM 1 Sevilla 13.6.2007

<sup>204</sup> AAAP Barcelona [15ª] 6.2.2006, 28.5.2007 y 29.11.2007

<sup>205</sup> AAJM 5 Madrid 10.10.2005 y 13.1.2006

<sup>206</sup> AJM 1 Oviedo 29.3.2005

<sup>207</sup> AJM 4 Madrid 31.1.2005

<sup>208</sup> AAAP Barcelona [15ª] 6.2.2006 y 29.11.2007

<sup>209</sup> AAAP Barcelona [15ª] 30.3.2006 y 29.11.2007

<sup>210</sup> AJM 4 Madrid 31.1.2005

### 1.3. LEGITIMACIÓN PARA SOLICITAR LA ADOPCIÓN DEL EMBARGO

La Ley no concede al acreedor instante del concurso necesario legitimación para solicitarla. Sólo es posible que la administración concursal la solicite de forma motivada o el juez se plantee de oficio, en tiempo oportuno, tales medidas, a tenor de los datos e información de que disponga<sup>211</sup>.

La medida puede ser adoptada a instancia de la administración concursal, si estima que concurren las circunstancias que dispone el precepto, o de oficio por el juez, cuando de la tramitación del procedimiento, o incluso de los datos facilitados en el momento de declarar el concurso, se constata tal concurrencia<sup>212</sup>.

### 1.4. DESTINATARIOS DEL EMBARGO

Los destinatarios de la medida deben ser quienes han sido administradores de la sociedad en el indicado período, que son los que podrían resultar afectados por la calificación. Los afectados por la medida tienen, no obstante, la posibilidad de solicitar su sustitución mediante la prestación de caución por el importe a que asciende el embargo acordado que podrá constituirse en dinero efectivo o mediante aval<sup>213</sup>.

Existe una limitación en las personas que pueden ser sujetos de las medidas previstas, ya que no se pueden adoptar respecto de las personas que hayan podido actuar como cómplices. El precepto se refiere a todas las personas que puedan resultar afectadas por la calificación, sino sólo a los administradores, de hecho o de derecho<sup>214</sup>.

Los destinatarios de la medida cautelar debían serlo quienes habían sido administradores de la sociedad en los dos años anteriores, que son los que podrían resultar afectados por la calificación<sup>215</sup>.

La Ley contrapone los administradores de hecho a los de derecho, que son aquellos cuyo nombramiento está vigente y cumple los requisitos materiales y formales legalmente establecidos. Por ello, el administrador de hecho será aquel que ejerce funciones propias del administrador, sin nombramiento vigente y válido, quien realiza las actividades de administración y gestión empresarial, de manera positiva e independiente, quien adopta decisiones de gestión y dirección que la Ley atribuye a los administradores sociales con cargo formal y vigente. Se trata de supuestos en los que la capacidad de decisión no corresponde a las personas formalmente designadas como administrador, sino a otros sujetos que no han sido nombrados y que por lo tanto no reúnen los requisitos formales y materiales para el ejercicio de dicho cargo. En el caso de un grupo de empresas la sociedad dominante podrá ser considerada administrador de hecho, cuando los actos de administración adoptados por la dominada, obedezcan a instrucciones imperativas impuestas por la matriz<sup>216</sup>.

### 1.5. ALZAMIENTO DEL EMBARGO

Por la propia naturaleza de dicha medida, eminentemente cautelar, dichos requisitos resultan igualmente exigibles para su mantenimiento, de manera que cuando cesan o desaparecen, resulta adecuado su alzamiento, respecto del cual, dada la facultad concedida al juez y a la administración concursal, en orden a su adopción, que no se adecúa a los trámites establecidos con carácter general en la LEC para las medidas cautelares, con las cuales se encuentra íntimamente relacionada, no es preciso acudir al procedimiento establecido en los artículos 734 y siguientes por remisión efectuada por el artículo 743 LEC, siendo posible su alzamiento sin necesidad de dicho trámite contradictorio, en el momento en que cesen sus presupuestos<sup>217</sup>.

---

<sup>211</sup> AJM 4 Madrid 31.1.2005

<sup>212</sup> AJM 1 Bilbao 12.4.2006; SAP Barcelona [15ª] 26.7.2007

<sup>213</sup> AJM 4 Madrid 31.1.2005

<sup>214</sup> AJM 4 Barcelona 10.6.2005

<sup>215</sup> AJM 4 Madrid 24.10.2005 y 17.1.2006

<sup>216</sup> AJM 1 Sevilla 13.6.2007

<sup>217</sup> AJM Santander 14.2.2006

## 1.6. RÉGIMEN DE RECURSOS

El precepto permite al juez del concurso ordenar el embargo de bienes de los administradores del concursado, bajo determinados presupuestos, sin que establezca excepción alguna en relación al régimen de recursos que contempla el artículo 197. Mientras que en la jurisdicción civil el acceso a la jurisdicción ha sido considerado por el Tribunal Constitucional como integrante del derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho al recurso, y más aún el derecho a un determinado recurso, el devolutivo, no integra tal derecho fundamental, es de configuración legal, y el legislador puede regularlo del modo que le parezca más oportuno<sup>218</sup>. La LC establece el principio general limitativo de recursos devolutivos; y así, contra los autos que dicte el juez del concurso sólo cabrá el recurso de reposición y contra los autos resolutorios del recurso de reposición no cabrá recurso alguno. Conforme a ello y aún admitiendo que la cuestión es polémica, nos inclinamos por resolver que la decisión adoptada sobre la adopción de medidas cautelares no es recurrible en apelación<sup>219</sup>.

---

<sup>218</sup> AAP Madrid [28ª] 6.7.2006

<sup>219</sup> AAP León [1ª] 30.12.2005

## 2. DE LA CALIFICACIÓN DEL CONCURSO EN SEDE PENAL

La LO 15/2003, de 25 de noviembre, en su artículo único modificó los artículos 259 a 261 del Código Penal, relativos a las insolvencias punibles. La nueva redacción de estos preceptos es la siguiente:

*Art. 259, que queda redactado como sigue: “Será castigado con la pena de uno a cuatro años de prisión y multa de 12 a 24 meses, el deudor que, una vez admitida a trámite la solicitud de concurso, sin estar autorizado para ello ni judicialmente ni por los administradores concursales, y fuera de los casos permitidos por la Ley, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinado a pagar a uno o varios acreedores, privilegiados o no, con posposición del resto”.*

*Art. 260, que queda redactado como sigue: “1. El que fuere declarado en concurso será castigado con la pena de prisión de dos a seis años y multa de ocho a 24 meses, cuando la situación de crisis económica o la insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre. 2. Se tendrá en cuenta para graduar la pena la cuantía del perjuicio inferido a los acreedores, su número y condición económica. 3. Este delito y los delitos singulares relacionados con él, cometidos por el deudor o persona que haya actuado en su nombre, podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del proceso civil y sin perjuicio de la continuación de éste. El importe de la responsabilidad civil derivada de dichos delitos deberá incorporarse, en su caso, a la masa. 4. En ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso civil vincula a la jurisdicción penal”.*

*Art. 261, que queda redactado como sigue: “El que en procedimiento concursal presentare, a sabiendas, datos falsos relativos al estado contable, con el fin de lograr indebidamente la declaración de aquél, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años y multa de seis a 12 meses”.*

Como señalan ROJO y BELTRÁN, la Ley 24/2007 de 9 de octubre, modifica de forma relevante el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, recogido en la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, estableciendo la intervención directa en procesos penales sobre insolvencias punibles (art. 19.4-j), siempre que se trate de supuestos de especial trascendencia, apreciada por el Fiscal General del Estado. De este modo, en los procesos penales sobre insolvencias punibles intervendrá directamente la Fiscalía contra la corrupción y la criminalidad organizada, cuando se trate de supuestos de especial trascendencia<sup>220</sup>.

---

<sup>220</sup> Angel ROJO y Emilio BELTRÁN, Legislación y Jurisprudencia Consurales. Thomson Aranzadi, 2º edic. 2008

## 3. DE LA CALIFICACIÓN DEL CONCURSO EN SEDE MERCANTIL

### 3.1. DE LA CALIFICACIÓN DEL CONCURSO

La sección de calificación concursal no es un proceso de investigación sobre las consecuencias patrimoniales de la actuación del deudor o de las personas afectadas por la calificación. La valoración que se acomete se limita a decidir si los hechos señalados como relevantes encajan en alguna de las hipótesis legales de calificación del concurso como culpable. Una distinta y segunda valoración, en el caso de concurso culpable, es la que debe hacerse sobre la actuación individualizada de las personas afectadas por la calificación y los cómplices<sup>221</sup>.

La naturaleza de este procedimiento de calificación recoge una serie de intereses afectados: intereses públicos que se satisfacen con la calificación y la inhabilitación, intereses generales satisfechos con las personas afectadas y cómplices del concurso, intereses particulares de los acreedores cuyos créditos no son satisfechos con la liquidación y por la condena a responder de todos o parte de dichos créditos<sup>222</sup>.

Toda calificación debe atravesar dos fases o etapas diferenciadas: la declaración de culpabilidad del concurso y, si fuera el caso, la determinación de la responsabilidad concursal de los afectados y de los administradores<sup>223</sup>. Se distinguen en la calificación del concurso dos niveles de enjuiciamiento: el primero se refiere a la calificación propiamente dicha, que procederá siempre que resulte de la aplicación de alguno de los tres criterios de imputación previstos en los artículos. 164.1, 164.2 y 165 LC, y que dará lugar a los pronunciamientos contenidos en el apartado segundo del artículo 172 LC, y el segundo, que presupone el primero, juzga si la conducta que ha merecido la calificación culpable ha incidido en la generación y/o agravación de la insolvencia, para condenar en atención a ello al administrador o liquidador de la entidad concursada a pagar total o parcialmente los créditos concursales no satisfechos con la liquidación, que es el perjuicio ocasionado con la generación y/o agravación de la insolvencia<sup>224</sup>.

*Art. 163 LC. Calificación del concurso y formación de la sección sexta.*

*1. Procederá la formación de la sección de calificación del concurso:*

*1º Cuando tenga lugar la aprobación judicial de un convenio en el que se establezca, para todos los acreedores o para los de una o varias clases, una quita superior a un tercio del importe de sus créditos o una espera superior a tres años.*

*2º En todos los supuestos de apertura de la fase de liquidación.*

*2. El concurso se calificará como fortuito o como culpable. La calificación no vinculará a los jueces y tribunales del orden jurisdiccional penal que, en su caso, entiendan de actuaciones del deudor que puedan ser constitutivas de delito.*

La LC no define ni fija los presupuestos del concurso fortuito, pues se limita a señalar cuándo el concurso es culpable, por lo que en sentido negativo o por exclusión, el concurso se calificará como fortuito cuando no sea culpable<sup>225</sup>. El concurso puede calificarse como fortuito o culpable, según se origine o no responsabilidad civil. Para ello, el legislador parte de una estructura simplista, al definir el concurso fortuito como aquel que no es culpable, lo que supone la necesidad de analizar cuándo concurre éste para poder concluir, por exclusión, los que son fortuitos y no sometidos a responsabilidad. Así, el concurso culpable se regula en los artículos 164 y 165 de la Ley Concursal, aglutinando todos los supuestos tradicionales de quiebras fraudulentas y culpables, no distinguiendo entre ellas; para ello se parte de un

<sup>221</sup> SJM 1 La Coruña 30.5.2007; SAP Madrid [28ª] 24.9.2007

<sup>222</sup> SJM Málaga 22.5.2006

<sup>223</sup> SAP Barcelona [15ª] 21.2.2008

<sup>224</sup> AAP Barcelona [15ª] 25.3.2008

<sup>225</sup> SSJM 5 Madrid 16.2.2006, 17.7.2006, 5.12.2006, 18.1.2007, 14.6.2007, 26.6.2007 y 11.7.2007; SSAP Madrid [28ª] 24.9.2007 y Guipúzcoa 12.11.2007

concepto general de concurso culpable, estableciendo a su lado una serie de ilícitos concursales y terminar con unas presunciones de dolo o culpa grave del concepto general<sup>226</sup>.

### 3.1.1. Concurso culpable

#### Art. 164 LC. Concurso culpable

La calificación como culpable se determina por la concurrencia de determinadas circunstancias previstas en los artículos 164 a 166. En el primero, se establecen una serie de supuestos *iuris et de iure* y en el segundo (art. 165) una serie de presunciones *iuris tantum* de dolo o culpa grave<sup>227</sup>.

Conviene tener presente que en la sección de calificación lo relevante es si la concursada y las personas afectadas por la calificación han llevado a cabo hechos que tienen encaje en alguna de las hipótesis legales de calificación del concurso culpable, bien en la general del artículo 164.1 bien en las específicas de los artículos 164.2 ó 165 LC, pero siempre que los hechos que constituyen el supuesto de la norma hayan sido invocados y probados por los legitimados para instar la calificación, sin que puedan ser de oficio apreciados si no se han planteado y en consecuencia discutidos, por exigencias del principio de congruencia y de defensa, siendo la subsunción de los hechos en la norma función judicial no vinculada a la que realicen las partes<sup>228</sup>.

*Art. 164.1. El concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho.*

De esta forma se fija una fórmula abierta general de cierre frente al sistema de *numerus clausus* tradicional fijando un criterio de la calificación de culpabilidad, ofreciendo utilidad en la interpretación de las denominadas como "zonas grises u oscuras" en la aplicación de los tipos concretos de calificación<sup>229</sup>.

Al margen de las presunciones legales, el criterio de atribución de la pertinente responsabilidad anudada a la calificación del concurso como culpable recae, no sobre la producción de un resultado que es el propio de la situación concursal, el estado de insolvencia, sino sobre la conducta del deudor. El criterio determinante de la calificación se hace radicar no en la situación de insolvencia en sí sino en la valoración que ha de merecer la conducta seguida por el deudor común cuando aquélla se produce o en su producción misma. Es culpable el concurso en aquellos supuestos en que el origen o el empeoramiento de la insolvencia, descansan en una conducta dolosa o con culpa grave por parte del deudor, lo que exige un elemento intencional o subjetivo en el proceder, conforme al cual ha infringido los deberes más elementales que sobre él recaen y que tienden a evitar la producción de un estado de insolvencia o su agravamiento<sup>230</sup>.

El concepto de culpabilidad es abierto y está contenido en el artículo 164.1 de la LC, de forma que las conductas típicas no constituyen otra cosa que concreciones del concepto, y en algún caso incluso extensiones del mismo, como sucede en los supuestos de los ordinales 1º y 2º del artículo 165 de la LC<sup>231</sup>.

Del precepto se deduce que los requisitos para la declaración de concurso culpable son: 1) Comportamiento activo u omisivo del deudor o de sus representantes legales y, tratándose de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores de hecho o de derecho. 2) Generación o agravación del estado de insolvencia. 3) Que sea imputable a dichas personas a título de dolo o culpa grave, por lo que queda excluida la culpa leve. 4) Nexo causal entre la conducta de la persona afectada por la calificación y la generación o agravación del estado

<sup>226</sup> SSJM 1 Palma de Mallorca 10.1.2008, 5.12.2007 y 11.6.2007

<sup>227</sup> AJM Málaga 25.1.2005; SSJM 5 Madrid 17.7.2006 y 18.1.2007

<sup>228</sup> SJM 1 Alicante 21.11.2007

<sup>229</sup> SSJM 1 Palma de Mallorca 10.1.2008, 5.12.2007 y 11.6.2007

<sup>230</sup> SAP Pontevedra 29.11.2007

<sup>231</sup> AAJM 1 Barcelona 11.4.2005 y 16.6.2005



de insolvencia. Ante la dificultad de la prueba de los requisitos de la declaración del concurso culpable y, en especial, del elemento subjetivo del dolo o culpa grave, aquélla se favorece por la Ley con las presunciones previstas en los artículos 164.2 y 165 de la Ley Concursal<sup>232</sup>.

En contra de lo que a primera vista podría parecer, no todas las conductas que pueden merecer la calificación culpable del concurso son causa de generación o agravación de la insolvencia. Eso es así, porque la Ley para facilitar el juicio de calificación ha establecido tres criterios de imputabilidad: en primer lugar, una definición legal, que considera culpable el concurso cuando la insolvencia se hubiera generado o agravado mediando dolo o culpa grave del deudor, o, en el caso de las personas jurídicas, de sus administradores o liquidadores (art. 164.1 LC); en segundo lugar, una tipificación de supuestos que al margen de la concurrencia o no de la culpa merecen por sí mismos la calificación culpable (art. 164.2 LC); y, en tercer lugar, tres casos en los que se presume *iuris tantum* el dolo o la culpa grave, y consiguientemente admiten la prueba en contrario para eludir la calificación culpable del concurso (art. 165 LC)<sup>233</sup>.

La calificación de culpabilidad en los supuestos expresamente tipificados por el legislador depende de la existencia de dolo o culpa grave en la conducta del deudor o de sus administradores, no de que la conducta haya agravado o no la insolvencia. Sólo en el primer párrafo del artículo 164, que no describe conductas concretas sino que establece una regla abierta de valoración de la culpabilidad, se liga una cosa con la otra. El resto de reglas constituyen un tipo legal cerrado, específico y propio<sup>234</sup>. Sólo cuando se acude al primer criterio, la conducta merecedora de la calificación culpable del concurso lo será también de la responsabilidad del administrador de la sociedad para pagar en 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, 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<sup>235</sup>.

Son merecedoras de la calificación culpable, las situaciones concursales en que se produzca alguna de las siguientes situaciones: a) la concurrencia de alguno de los cinco supuestos objetivamente configurados, como censurables, que se recogen en el número 2 de artículo 164, con independencia de que hayan contribuido o no a generar o agravar la insolvencia y con independencia, asimismo, de la intencionalidad con que se haya producido su agente: b) la concurrencia de alguna de las tres hipótesis previstas en el artículo 165, salvo que se pruebe que su aparición ha sido indiferente en orden a generar o agravar el estado de insolvencia y c) en general, cuando el deudor o sus representantes hayan seguido un proceder doloso o gravemente culposo, como consecuencia del cual se haya generado o agravado el estado de insolvencia<sup>236</sup>.

El cese de uno de los administradores impide que se le pueda atribuir una conducta culposa por falta de diligencia, fundada en una condición de administrador legal que ya no tenía<sup>237</sup>.

Se puede entender la actitud dolosa y de generación del estado de insolvencia como una posibilidad de ofrecer una respuesta adecuada al problema de infra capitalización en sede concursal<sup>238</sup>. En ningún caso puede arbitrarse un mecanismo a través del cual se exija a los administradores de las personas jurídicas concursadas la responsabilidad que pudiera incumbirles según las normas societarias. Así, el artículo 48.2 LC alude a la coexistencia de las acciones de responsabilidad contra los administradores sociales con la tramitación de la sección sexta, proclamándose la independencia de trámite de unas y otras<sup>239</sup>.

**Art. 164.2 LC** *En todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos:*

<sup>232</sup> SSJM 5 Madrid 16.2.2006, 18.1.2007, 14.6.2007, 26.6.2007 y 11.7.2007; SAP Madrid [28ª]

24.9.2007; SSJM 1 Alicante 21.11.2007, 18.7.2008 y 31.7.2008; SAP Guipúzcoa 12.11.2007

<sup>233</sup> AAP Barcelona [15ª] 6.2.2006 y 29.11.2007; SSAP Barcelona [15ª] 19.3.2007, 29.11.2007, 21.12.2007, 25.3.2008 y 27.4.2007; SJM 1 Alicante 21.11.2007

<sup>234</sup> SAP Barcelona [15ª] 21.2.2008

<sup>235</sup> AAP Barcelona [15ª] 25.3.2008

<sup>236</sup> SAP Jaén 15.11.2007

<sup>237</sup> AAP Barcelona [15ª] 22.5.2008

<sup>238</sup> SJM Málaga 22.5.2006

<sup>239</sup> SJM 1 Madrid 4.6.2007

El precepto recoge una serie de supuestos, *numerus apertus*, en los que el concurso se calificará como culpable cuando concorra cualquiera de ellos. El análisis que se ha de realizar parte de la actuación del deudor y conduce a distinguir: a) un elemento subjetivo o intencional, en cuyo análisis hemos de tener en cuenta que la LC recoge una serie de supuestos en los que se presume la existencia del dolo o la culpa grave; b) que con dicha conducta se haya generado la situación de insolvencia o la agravación de la misma, en cuyo análisis hemos de tener en cuenta que la LC recoge una serie de supuestos en los que se presume igualmente la existencia de ese daño consistente en la generación de la insolvencia o en su agravación; c) la relación de causalidad entre la conducta realizada y el daño producido consistente en la situación de insolvencia o su agravación<sup>240</sup>. Este catálogo de conductas no constituye un *numerus clausus*, puesto que puede que existan otras conductas o actuaciones que sean incluíbles en la cláusula general del párrafo primero: contribución a la generación o agravación de la insolvencia. En estos supuestos de calificación del concurso, la tipificación de ilícitos civiles resuelve el problema de una relación de causalidad concreta, así como hace innecesaria la discusión de si la conducta es dolosa o la culpa es no grave<sup>241</sup>.

El artículo 164.2 tipifica una serie de conductas cuya realización resulta suficiente para atribuir la calificación culpable al concurso, con independencia de si dichas conductas han generado o agravado la insolvencia, y de si en su realización el deudor ha incurrido en dolo o culpa grave. Así se desprende de la dicción literal del precepto. La expresión "en todo caso" no admite margen de exención de responsabilidad basado en la ausencia de dolo o culpa grave, pues la culpa grave subyace a la mera realización de la conducta tipificada a continuación, ya que se estima que cuando menos constituye una negligencia grave del administrador<sup>242</sup>.

Del análisis conjunto de los artículos 164 y 165 se extrae que resultan tres grupos de conductas que conllevan la declaración del concurso como culpable: a) cualquier conducta distinta a las relacionadas en el apartado 2 del artículo 164 y en el artículo 165 que sea atribuible al deudor o a sus representantes a título de dolo o culpa grave que haya generado o agravado su estado de insolvencia; b) en todo caso las conductas tipificadas en el artículo 165.2; y c) salvo prueba en contrario, las conductas tipificadas en el artículo 165. Al regular la calificación del concurso el legislador ha hecho uso de una cláusula general. La ha situado en el artículo 164.1, y para su aplicación exige que concurren tres requisitos: a) la presencia de una actuación atribuible al deudor o a sus representantes; b) que tal actuación lo sea a título de dolo o culpa grave; y c) que haya generado o agravado su estado de insolvencia. No obstante lo anterior, el legislador tipifica -al modo de los tipos penales- determinadas conductas que por su especial reprochabilidad conducen necesariamente a la calificación del concurso como culpable -nótese que en el apartado 2 del artículo 164 se hace uso de la expresión "en todo caso"- . La valoración de que tales conductas tienen un grado de reprochabilidad suficiente como para si se realizan, atribuir automáticamente al concurso la calificación de culpable, la hace el legislador sin que se permita al intérprete ninguna valoración más allá de si tal conducta se ha producido o no en el concreto caso. Por último, se relacionan unas conductas en las que el legislador presume que la situación de insolvencia del deudor se debe a dolo o culpa grave imputable al deudor o a sus representantes. A pesar de la literalidad de la norma la presunción abarca al aludido hecho, a saber, que en la situación de insolvencia ha mediado dolo o culpa grave imputable al deudor o a sus representantes. Una interpretación sistemática de ambos artículos conduce a esa conclusión. En el caso del artículo 164.2 basta con que se constate que el deudor o sus representantes han realizado cualquiera de las conductas en tal precepto relacionadas, mientras que en el caso del artículo 165 basta también que concurren tales conductas para que el concurso pueda ser calificado como culpable aunque se permite a quienes puedan resultar afectados por la calificación, que acrediten que su actuación no fue llevada a cabo con dolo o culpa grave, o que no tuvo relevancia para la generación o agravación de la insolvencia. No parece que el legislador pueda haber querido desligar la presunción de dolo o culpa grave en la conducta del deudor, de la situación de insolvencia. La conducta dolosa o con culpa grave del deudor se refleja necesariamente en la situación de insolvencia. No cabe activar tal presunción si no existe insolvencia, y es obvio que abierta la Sección Sexta del concurso, la insolvencia se ha constatado. A falta de actividad probatoria en contra, la

---

<sup>240</sup> SJM Málaga 21.9.2005

<sup>241</sup> SAP Córdoba [3ª] 28.3.2008

<sup>242</sup> SSAP Barcelona [15ª] 27.4.2007, 19.3.2007 y 25.3.2008; SSJM 1 Alicante 18.7.2008 y 31.7.2008

verificación de que acaeció cualquiera de las conductas relacionadas en tal precepto debe conllevar inexorablemente la calificación del concurso como culpable<sup>243</sup>.

A pesar del tenor literal de la norma, realizando una interpretación sistemática, hay que entender que la presunción de dolo o culpa grave viene referida a la causación o agravación de la insolvencia que es el elemento que se relaciona en el artículo 164.1. Este precepto establece la calificación culpable del concurso cuando media dolo o culpa grave en la causación o agravación de la insolvencia, por ello cuando se presume que existe dolo o culpa grave ha de entenderse, en la agravación o generación de dicha situación de insolvencia. Lo contrario determinaría que alguna de las presunciones establecidas en el artículo 165, especialmente la 2a, quedaría huérfanas de aplicación puesto que las conductas que recoge son todas posteriores a la declaración de concurso, sin que, en consecuencia, puedan incidir en la agravación o causación de la insolvencia<sup>244</sup>. No tienen la misma amplitud las presunciones *iuris tantum* del artículo 165, que las presunciones *iuris et de iure* del artículo 164.2 y no sólo porque aquéllas, a diferencia de éstas, admiten prueba en contrario, sino porque las presunciones *iuris et de iure* amparan todos y cada uno de los requisitos o elementos exigidos para la declaración de concurso culpable. Por el contrario, las presunciones *iuris tantum* del artículo 165 sólo cubren el elemento subjetivo del dolo o culpa grave y no el resto de requisitos que deben ser cumplidamente acreditados. Por último, aún cuando no se acredite la concurrencia de ninguna de las presunciones de concurso culpable o de dolo o culpa grave, nada impedirá la calificación del concurso como culpable siempre que se prueben todos los requisitos exigidos para dicha calificación, otra cosa será la dificultad probatoria fuera del amparo de las presunciones legales<sup>245</sup>.

Existe otra jurisprudencia en sentido contrario:

Es discutible que sean verdaderas presunciones *iuris et de iure* las distintas hipótesis; más bien se trata de conductas típicas que determinan una calificación del concurso como culpable y que se añaden a la cláusula abierta o general del artículo 164.1. El de la LC es un sistema causal que impone a la administración concursal y al ministerio fiscal la carga de alegar y demostrar la realidad de los hechos que integran alguno de los supuestos legales de calificación del concurso como culpable y con ella, la de formular las pretensiones declarativas y de condena que procedan dentro de los contenidos necesarios y contingentes de la sentencia de calificación<sup>246</sup>.

Al lado del tipo general del apartado primero, en este apartado segundo del artículo 164 encontramos los ilícitos concursales, tipificaciones de actuaciones concretas cuya realización conlleva la declaración de responsabilidad. Dichos ilícitos se someten a reglas concretas de prueba por las que corresponderá a la parte demandante (la administración concursal y el ministerio fiscal) acreditar la comisión de esos ilícitos; estos supuestos se reconducen a la llevanza de la contabilidad, a la apertura de la liquidación por incumplimiento del convenio y al alzamiento de bienes<sup>247</sup>.

**Art. 164.2.1º 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.**

Se enuncian tres conductas relacionadas con el deber de llevar la contabilidad del negocio. El legislador equipara, a los efectos de declarar culpable el concurso, tres conductas: el incumplimiento del deber de llevar la contabilidad, la llevanza de doble contabilidad y las irregularidades en la contabilidad relevantes para la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la compañía. Esta última conducta presupone la existencia de una irregularidad contable clara, de acuerdo con las normas de contabilidad, y que además sea relevante en

---

<sup>243</sup> SSJM 1 Madrid 4.6.2007 y 24.7.2007

<sup>244</sup> SJM Santander 19.12.2007

<sup>245</sup> SSJM 5 Madrid 16.2.2006, 14.6.2007, 26.6.2007 y 11.7.2007; SSAP Madrid [28ª] 24.9.2007; Córdoba [3ª] 28.3.2008

<sup>246</sup> SJM 1 La Coruña 20.6.2006

<sup>247</sup> SSJM 1 Palma de Mallorca 10.1.2008, 5.12.2007 y 11.6.2007

cuanto impida una comprensión cabal de la situación patrimonial o financiera de la sociedad<sup>248</sup>.

La irregularidad relevante tiene que ir referida a la falta de claridad de la situación patrimonial o financiera, falta de claridad que será en relación a los terceros. Por tanto que esa irregularidad relevante afecta a aquello que la concursada ha presentado como su estado contable al público mediante la presentación en el Registro Mercantil<sup>249</sup>.

No basta la prueba de cualquier irregularidad en la llevanza de la contabilidad para tener amparo en la presunción, sino que tiene que ser relevante para la comprensión de la situación patrimonial o financiera del deudor, esto es, tendrá que ser de la suficiente entidad como para incidir en la comprensión de su real situación patrimonial o financiera, precisamente porque esa irregularidad contable la desvirtúe<sup>250</sup>.

Se sanciona la llevanza irregular de la contabilidad, cuando las irregularidades o inexactitudes son especialmente graves, y establece una presunción *iuris et de iure* de culpabilidad, siendo irrelevante, a estos efectos, que el deudor o sus administradores hayan actuado o no con la intención de defraudar y que el administrador tuviera o no conocimiento del modo con que se llevaban los Libros<sup>251</sup>.

No basta que exista la incorrección, de alguna importancia, que supone la irregularidad. Es necesario además que aquella sea de tal importancia que carezca de justificación, afectando directamente a las finalidades de claridad, rigor y precisión que derivan, de las exigencias legales (arts 25.1 y 34.2 del Código de Comercio)<sup>252</sup>. Existen múltiples deficiencias que conducirían a la declaración de concurso culpable: la documentación contable que fue entregada a la administración concursal fue elaborada ad hoc tras la presentación del concurso la ausencia de los soportes contables, cuya conservación exige el artículo 30 del Código de Comercio y la falta de legalización de los libros de contabilidad<sup>253</sup>.

Es cierto que el mero hecho de no llevar contabilidad no necesariamente debe estar ligado a la generación y/o agravación de la insolvencia, por lo que apoyado en esta conducta no cabría condenar a la responsabilidad prevista en el 172.3, pero ello no significa que tal responsabilidad no pueda hacerse efectiva. La falta de contabilidad es un principio de prueba de que se pretende ocultar una realidad que guarda relación con la responsabilidad del administrador en la generación y/o agravación de la insolvencia. Lo que genera la responsabilidad no es en sí mismo la no llevanza de la contabilidad, sino la actuación dolosa o culposa que ha contribuido a generar o agravar la insolvencia, que se presume en perjuicio del administrador como consecuencia de haber privado al Juzgado de uno de los elementos de prueba esenciales para conocer las causas de la insolvencia o de su agravación, cual es la contabilidad<sup>254</sup>.

*Art. 164.2.2º 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.*

El supuesto legal hay que reducirlo a aquellos documentos que adolezcan de inexactitud por cuanto no aportan la información adecuada y que se espera de los mismos ya por falta u omisión ya por error en la facilitada, y esa merma de información sea de entidad y con trascendencia para merecer el calificativo de grave<sup>255</sup>. La infracción tipificada en este caso no tiene nada que ver con la causación o agravación de la insolvencia, sino con el comportamiento del concursado en el procedimiento judicial, durante el que es determinante conocer la situación real del concursado, y que la ley quiere sancionar con la declaración de

<sup>248</sup> SAP Barcelona [15ª] 27.4.2007; SJM 1 Alicante 31.7.2008

<sup>249</sup> SJM 1 Lérida 5.5.2008

<sup>250</sup> SSJM 5 Madrid 16.2.2006; 1 Pamplona 9.3.2006; Granada 2.10.2006; 1 Madrid 16.1.2007 y 24.7.2007

<sup>251</sup> SJM 2 Barcelona 9.5.2006

<sup>252</sup> SJM 1 Bilbao 26.4.2007

<sup>253</sup> SAP Madrid [28ª] 24.9.2007

<sup>254</sup> AAAP Barcelona [15ª] 29.11.2007 y 25.3.2008

<sup>255</sup> SJM 1 Alicante 21.11.2007

culpabilidad del concurso. Resulta perfectamente lógico que la ley exija al concursado que la documentación que presente sea exacta, no solo para que la administración concursal pueda realizar su informe, sino para que los acreedores conozcan desde un primer momento cual es la situación económica de la concursada y cuales son sus expectativas respecto de sus créditos<sup>256</sup>.

No parece que puedan desconectarse estas conductas de la presentación de la solicitud de concurso. Esto nos indica que la inexactitud grave o la falsedad de la documentación aportada debe estar predeterminada por el fin de la presentación de la solicitud de concurso, y por ello, para obtener durante la tramitación del procedimiento alguna decisión más beneficiosa para el concursado que la que sería procedente sin la falsedad o la inexactitud aportada. De ahí que, para poder apreciar tal conducta como causa de culpabilidad es menester que quede acreditado que la inexactitud grave y la falsedad estuvieron preordenadas a tal fin<sup>257</sup>.

*Art. 164.2.3º Cuando la apertura de la liquidación haya sido acordada de oficio por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado.*

*Art. 164.2.4º 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.*

La presunción de concurso culpable en la que el supuesto de hecho contemplado es el alzamiento perjudicial para los acreedores ha sido una opción tradicional en nuestro Derecho. El concepto de alzamiento en este contexto es el tradicional, lo que obliga a entender por el mismo la concurrencia de intención defraudatoria en la ocultación o desaparición de bienes, sin que debamos atenernos a criterios jurídico penales. Aunque no está de más recordar que si bien el Tribunal Supremo, respecto de la infracción del orden de prelación de créditos o la vulneración de la *par conditio creditorum*, había considerado que no existía delito de alzamiento, si se realizaban bienes a favor de auténticos acreedores, no obstante, últimamente parece extender también el reproche penal a tales supuestos<sup>258</sup>.

Prescindiendo del concepto tradicional, referido al supuesto de fuga del deudor con desaparición de su persona y de su patrimonio, en la actualidad equivale a la sustracción u ocultación que el deudor hace de todo o parte de su activo de modo que el/los acreedor/es encuentre/n dificultades para hallar algún elemento patrimonial con el que poder cobrarse. Con esa ilícita actuación el deudor ha colocado una parte de su patrimonio (aunque sea pequeña) al margen de sus acreedores<sup>259</sup>. Tales actos de disposición patrimonial injustificada habrían contribuido, si no a la generación de la insolvencia, sí cuando menos a su agravación, por lo que también en relación con esta conducta cabría una posible condena a responder por los créditos concursales no satisfechos con la liquidación<sup>260</sup>.

La contabilización de la enajenación dineraria no impide que la misma pueda ser calificada de fraudulenta, pues este carácter fraudulento no proviene de su clandestinidad, que en todo caso justificaría un alzamiento de bienes, sino de su falta de justificación a la vista de las deudas de la sociedad y del importe total de las enajenaciones<sup>261</sup>.

*Art. 164.2.5º LC Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos.*

Son tres los requisitos que deben concurrir para activar tal causa de calificación: 1º que hayan salido bienes y derechos del patrimonio del deudor; 2º que se trate de una salida fraudulenta; 3º que se haya producido durante los dos años anteriores a la fecha de la

---

<sup>256</sup> SJM 4 Barcelona 11.12.2006

<sup>257</sup> SJM 1 Madrid 24.7.2007

<sup>258</sup> SAP Pontevedra 29.11.2007

<sup>259</sup> SJM 1 Alicante 21.11.2007

<sup>260</sup> AAP Barcelona [15ª] 25.3.2008

<sup>261</sup> SAP Barcelona [15ª] 27.4.2007

declaración de concurso<sup>262</sup>. Tales actos de disposición patrimonial injustificada habrían contribuido, si no a la generación de la insolvencia, sí cuando menos a su agravación, por lo que también en relación con esta conducta cabría una posible condena a responder por los créditos concursales no satisfechos con la liquidación<sup>263</sup>. Tratándose de una norma sancionadora debe interpretarse restrictivamente, y por ende no bastará con que el juez hubiera estimado una acción rescisoria concursal, sino que será necesario que expresamente se declare la concurrencia del fraude. En tal caso, el efecto de la sentencia traspasaría los propios de la reintegración, constituyendo un hecho justificativo de la calificación culpable del concurso<sup>264</sup>. El concepto de fraude se asemeja al fraude de acreedores del artículo 1291.3 del Código Civil, y habrá que entender incluido dentro de su órbita cualquier acto o negocio jurídico de contenido patrimonial que produzca un menoscabo económico en la empresa, entendiéndose que existirá intención de defraudar cuando el deudor se percate que con la salida de bienes no le quedará activo bastante para saldar sus deudas<sup>265</sup>. La enajenación fraudulenta supone una exigencia de malicia, entendida como intención o conocimiento y aceptación, por parte del deudor concursado, de que con dicho acto se distraen los bienes o derechos objeto de la transmisión de la masa del concurso. Como la Ley no exige el *consilium fraudis* del adquirente, resulta indiferente si éstos conocían o no la situación de insolvencia del deudor y el perjuicio que con la compra se ocasionaba a los acreedores del vendedor<sup>266</sup>.

*Art. 164.2.6º Cuando antes de la fecha de la declaración de concurso el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia.*

*Art. 164.3. Del contenido de la sentencia de calificación del concurso como culpable se dará conocimiento al registro público mencionado en el artículo 198.*

### **3.1.2. Presunción de dolo o culpa grave**

Para juzgar sobre la calificación culpable o fortuita del concurso, la Ley centra su atención en determinar cuándo puede calificarse culpable el concurso, para lo que atiende a un triple criterio: en primer lugar, a una definición legal, que considera culpable el concurso cuando la insolvencia se hubiera generado o agravado mediando dolo o culpa grave del deudor, o, en el caso de las personas jurídicas, de sus administradores o liquidadores (art. 164.1 LC); en segundo lugar, una tipificación de supuestos que al margen de la concurrencia o no de la culpa merecen por sí mismos la calificación culpable (art. 164.2 LC); y, en tercer lugar, tres casos en los que se presume *iuris tantum* el dolo o la culpa grave, y consiguientemente admiten la prueba en contrario para eludir la calificación culpable del concurso (art. 165 LC)<sup>267</sup>.

Aunque tienen la misma finalidad, sin embargo no tienen la misma amplitud aplicativa las presunciones *iuris tantum* del artículo 165 que las presunciones *iuris et de iure* del artículo 164.2. Las presunciones del artículo 165 sólo cubren el elemento subjetivo del dolo o la culpa grave y no el resto de los requisitos que deberán ser cumplidamente acreditados<sup>268</sup>. En todo caso, los supuestos del artículo 165 sólo se refieren al elemento subjetivo del comportamiento del sujeto pasivo, es decir, se presume la existencia de dolo y culpa grave en el sujeto pasivo, pero no se presumen el resto de los requisitos que deberán ser acreditados por la parte que insta la declaración (la generación o agravación de la insolvencia y la relación causal con el comportamiento del sujeto pasivo)<sup>269</sup>.

No tienen la misma amplitud las presunciones *iuris tantum* del artículo 165, que las presunciones *iuris et de iure* del artículo 164.2 y no sólo porque aquéllas, a diferencia de éstas, admiten prueba en contrario, sino porque las presunciones *iuris et de iure* amparan todos y cada uno de los requisitos o elementos exigidos para la declaración de concurso culpable. Por el contrario, las presunciones *iuris tantum* del artículo 165 sólo cubren el

<sup>262</sup> SJM 1 Madrid 16.1.2007

<sup>263</sup> AAP Barcelona [15ª] 25.3.2008

<sup>264</sup> SAP Barcelona [15ª] 2.5.2006

<sup>265</sup> SJM 2 Barcelona 9.5.2006

<sup>266</sup> SAP Barcelona [15ª] 29.11.2007

<sup>267</sup> SAP Barcelona [15ª] 19.3.2007

<sup>268</sup> SAP Córdoba 28.3.2008

<sup>269</sup> SSJM 1 Alicante 18.7.2008 y 31.7.2008

elemento subjetivo del dolo o culpa grave y no el resto de requisitos que deben ser cumplidamente acreditados. Por último, aún cuando no se acreditase la concurrencia de ninguna de las presunciones de concurso culpable o de dolo o culpa grave, nada impedirá la calificación del concurso como culpable siempre que se prueben todos los requisitos exigidos para dicha calificación, otra cosa será la dificultad probatoria fuera del amparo de las presunciones legales<sup>270, 271</sup>.

Con arreglo a una interpretación sistemática, hay que entender que la presunción de dolo o culpa grave viene referida a la causación o agravación de la insolvencia que es el elemento que se relaciona en el artículo 164.1. Este precepto establece la calificación culpable del concurso cuando media dolo o culpa grave en la causación o agravación de la insolvencia, por ello cuando se presume que existe dolo o culpa grave ha de entenderse, en la agravación o generación de dicha situación de insolvencia. Lo contrario determinaría que alguna de las presunciones establecidas en el artículo 165, especialmente la 2a, quedaría huérfana de aplicación puesto que las conductas que recoge son todas posteriores a la declaración de concurso, sin que, en consecuencia, puedan incidir en la agravación o causación de la insolvencia<sup>272</sup>.

Las conductas que se describen en este artículo no necesariamente pueden haber incidido en la generación o agravación de la insolvencia. De ahí que la estructura de imputación respecto de estas conductas sea distinta. El legislador tipifica tres conductas que merecen por su mera realización que el concurso se califique culpable, sin necesidad de probar que se han realizado con dolo o culpa grave. Pero admiten la prueba en contrario, por lo que el deudor o la persona afectada por la calificación podrán oponerse negando que en la realización de estas conductas haya mediado dolo o culpa grave, y evitar así la calificación culpable. Lo cual, a la vista del contenido de estas conductas, no deja de resultar difícil, pues constituyen incumplimientos de deberes legales que encierran cuando menos una negligencia grave, por lo que servirán para exculpar los casos en que las circunstancias excepcionales concurrentes justifiquen su incumplimiento (un accidente, la enfermedad grave o en general una imposibilidad física)<sup>273</sup>.

El precepto recoge las presunciones de dolo o culpa grave, un catálogo de conductas que hacen referencia a deberes concursales o deberes relacionados con las cuentas anuales. Presunciones en las que incumbe la carga de probarlas a la parte actora, pudiendo la parte demandada presentar contraprueba que deje sin efecto las mismas<sup>274</sup>.

*Art. 165. Se presume la existencia de dolo o culpa grave, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores:*

*1º Hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso*

El concurso podría ser calificado como culpable al haber incumplido el deudor su obligación de solicitar el concurso en el plazo legal<sup>275</sup>. Lo relevante es a estos efectos la determinación del momento en que se produce el presupuesto objetivo de la declaración de concurso. Tal retraso no es una conducta idónea, por su propia naturaleza, para generar la insolvencia, sino más bien, en su caso, para agravarla, en la medida en que el administrador, objetivada ya la situación de insolvencia determinante del concurso, hubiera contraído nuevas deudas en ese estado<sup>276</sup>. El incumplimiento del deber de solicitar el concurso abarca no sólo la omisión total de esa obligación, sino también el cumplimiento una vez transcurrido el plazo de dos meses señalado en el artículo 5.1, pues, en caso contrario, carecería de razón de ser la existencia del mismo y, además, es claro que la demora en promover la declaración de concurso supone, por regla general, un agravamiento de la situación de insolvencia<sup>277</sup>.

---

<sup>270</sup> SSJM 5 Madrid 16.2.2006, 26.6.2007 y 11.7.2007

<sup>271</sup> Véase la cita 55

<sup>272</sup> SJM Santander 19.12.2007

<sup>273</sup> SAP Barcelona [15ª] 29.11.2007, 21.12.2007, 21.2.2008 y 25.3.2008

<sup>274</sup> SSJM 1 Palma de Mallorca 10.1.2008, 5.12.2007 y 11.6.2007

<sup>275</sup> AJM 4 Barcelona 8.2.2005

<sup>276</sup> AAP Barcelona [15ª] 28.5.2007

<sup>277</sup> SAP Guipúzcoa 28.7.2006

El concepto de culpabilidad es abierto y está contenido en el artículo 164.1 LC, de forma que las conductas típicas no constituyen otra cosa que concreciones del concepto, y en algún caso incluso extensiones del mismo, como sucede en los supuestos de los ordinales 1º y 2º del artículo 165 LC<sup>278</sup>. Puesto que lo que se presume es el dolo o la culpa grave, la prueba en contrario habrá de estar referida al mismo elemento subjetivo de la conducta; es decir, que a pesar de apreciarse el incumplimiento del deber de solicitar el concurso, debe ser posible demostrar que el incumplimiento es sólo levemente negligente o que se ha debido a causas independientes de la voluntad del deudor, de sus administradores o liquidadores. La Ley parece limitar el juego de la presunción a los supuestos de concurso necesario en los que quede demostrado que el deudor dejó transcurrir el plazo de dos meses desde que conoció o debió conocer su estado de insolvencia sin solicitar el concurso, al punto que hubieran de ser sus acreedores los que lo hicieran. Por otra parte, del incumplimiento del deber de solicitar el concurso -o de su tardío cumplimiento- no se deriva necesariamente y en todo caso la generación o agravación de la insolvencia, de modo que al margen de la presunción legal es necesario demostrar que la deudora, o sus administradores o liquidadores, han creado o agravado la insolvencia con su actuación o con su pasividad<sup>279</sup>. En relación con los hechos reveladores de la insolvencia, la presunción es doble: se presume que el deudor la conoce desde que se producen y se presume que, al obviarlos, concurre por ello la culpabilidad del concurso. Invertida la carga de la prueba, corresponde al administrador de la persona jurídica concursada, para quedar exento de esa calificación culpable, acreditar que no pudo conocer la concurrencia de los supuestos de hecho del artículo 2.4 u otros reveladores de la insolvencia por causas que no le son imputables (supuesto éste ciertamente marginal), que habiéndolos conocido no pudo solicitar el concurso por causas que escapaban a su control, que la fecha a quo relevante es posterior, o simplemente, que siendo cierto el incumplimiento del plazo legal, su actuación no ha tenido incidencia en la agravación de la insolvencia de la empresa, que vendrá determinada por los créditos nacidos con posterioridad a dicho incumplimiento y antes de la solicitud de concurso<sup>280</sup>.

El retraso en la solicitud de concurso, con arreglo al mandato incluido en el artículo 5 LC, es un grave incumplimiento del administrador, sancionado también en el ámbito extraconcursal en los artículos 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas y 105.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que determina *per se* que el concurso sea culpable, sin perjuicio de que el demandado pueda demostrar que, a pesar de ello no existió ni dolo ni culpa grave en su actuación, por circunstancias excepcionales que permitan exculparle<sup>281</sup>.

*2º 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.*

El concepto de culpabilidad es abierto y está contenido en el artículo 164.1 de la LC, de forma que las conductas típicas no constituyen otra cosa que concreciones del concepto, y en algún caso incluso extensiones del mismo, como sucede en los supuestos de los ordinales 1º y 2º del artículo 165 LC<sup>282</sup>. El deber de colaboración tiene un sentido propio en cada momento en que es exigido por la administración concursal o por el juez del concurso, lo que quiere decir que no enerva el incumplimiento el hecho de que en una ocasión posterior, ya finalizada la fase común, los administradores de la concursada comparecieran en el juzgado a requerimiento del juez del concurso y dieran explicación acerca de algunos de los extremos relevantes para conocer los activos realizables y su ubicación. El deber de colaboración es especialmente intenso durante la fase común en cuanto que ordenado a facilitar el trabajo de la administración concursal<sup>283</sup>.

Es evidente que los derechos de un deudor en concurso sobre la privacidad de sus datos económicos están limitados legalmente, por el artículo 42, al establecerse la obligación del concursado o de sus administradores de informar al juez de todo lo necesario o conveniente para el interés del concurso; el artículo 45, que regula la obligación de poner a disposición de

<sup>278</sup> AAJM 1 Barcelona 11.4.2005 y 16.6.2005

<sup>279</sup> SJM 1 La Coruña 25.4.2007

<sup>280</sup> AAP Barcelona [15ª] 30.3.2006

<sup>281</sup> SSAP Barcelona [15ª] 29.11.2007 y 21.2.2008

<sup>282</sup> AAJM 1 Barcelona 11.4.2005 y 16.6.2005

<sup>283</sup> SJM 1 La Coruña 30.5.2007



la administración concursal todos los documentos relativos a los aspectos patrimoniales de la actividad empresarial del deudor; o el artículo 165.2º, que establece como presunción *iuris tantum* de existencia de dolo o culpa grave en la generación o agravación del concurso la falta de colaboración con el juez o la administración concursal y la falta de información necesaria o conveniente para el interés del concurso<sup>284</sup>. Esta conducta no guarda por sí sola relación de causalidad o incidencia con la generación o agravación de la insolvencia, entendida por tal la que da lugar a la declaración de concurso, pues se trata de una conducta posterior en el tiempo. El incumplimiento del deber de colaboración acaece después de solicitado y declarado el concurso, por lo que antológicamente no puede haber generado o agravado la insolvencia que motivó la apertura del concurso, que es la que se debe tomar por referencia para juzgar la responsabilidad ex art. 172.3. Pero puede ser que la documentación requerida sea necesaria para conocer con exactitud las causas de la insolvencia, lo que provoca la presunción de que esas causas son imputables al administrador, que se resiste a cumplimentar los requerimientos. Procede aplicar las consecuencias de la carga de la prueba en perjuicio del administrador, que incumplió el deber de aportar lo que debía estar a su disposición, y considerar que existen indicios de su posible responsabilidad ex art. 172.3<sup>285</sup>.

Si bien es cierto que una conducta que por definición es posterior a la declaración de concurso difícilmente puede contribuir a la generación de la insolvencia, sin embargo sí que puede contribuir a agravarla, puesto que un déficit de información sobre el patrimonio del concursado puede impedir la concertación de un convenio, o dificultar o falsear el proceso de liquidación ordenada de su activo para satisfacción de sus acreedores<sup>286</sup>.

***3º 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.***

Lo que las normas sancionan no es un cumplimiento tardío sino el incumplimiento sustancial de esta obligación y, por tanto, incumplimiento en relación a la formulación de las cuentas anuales o auditorías obligatorias o depósito en el Registro Mercantil en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso<sup>287</sup>.

La norma lo que hace es disponer la presunción de dolo o culpa grave, salvo que se pruebe su falta, si el incumplimiento se produce antes de la declaración de concurso, de manera que no desaparece el incumplimiento, y las consecuencias que tiene aparejado, si después de tal declaración se produce el depósito de las cuentas. El cumplimiento tardío del depósito no permite desvirtuar la presunción legal<sup>288</sup>. Para destruir la presunción de culpabilidad habría que desarrollar una actividad probatoria tendente a acreditar que tal falta de presentación de las cuentas no se debió a dolo o negligencia grave<sup>289</sup>.

La falta de depósito de las cuentas puede agravar la insolvencia. La falta de llevanza de una contabilidad ordenada y periódicamente formulada supone una ocultación a los socios y a los terceros de la verdadera situación patrimonial de la sociedad, que dificulta la elaboración del informe de la administración concursal, con lo que ello implica para el correcto devenir del procedimiento de concurso, y hace difícilmente comprensibles los datos a tener en cuenta por los acreedores a la hora de formular o votar una propuesta de convenio o poder saber qué va a suceder con sus créditos en caso de liquidación<sup>290</sup>.

---

<sup>284</sup> AJM Córdoba 16.6.2005

<sup>285</sup> AAP Barcelona [15ª] 29.11.2007

<sup>286</sup> SAP Córdoba [3ª] 28.3.2008

<sup>287</sup> SJM Málaga 22.5.2006

<sup>288</sup> SJM 1 Bilbao 26.4.2007

<sup>289</sup> SAP Bilbao [4ª] 8.11.2007

<sup>290</sup> SAP Córdoba [3ª] 28.3.2008

### 3.1.3. Complicidad con los responsables

#### Art. 166. LC Cómplices

*Se consideran cómplices las personas que, con dolo o culpa grave, hubieran cooperado con el deudor o, si los tuviere, con sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, con sus administradores o liquidadores, tanto de derecho como de hecho, o con sus apoderados generales, a la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable.*

La conducta basada en obstaculizar la viabilidad o continuidad normal de la empresa, impidiendo, por tanto, que se puedan abonar las deudas y proteger a los acreedores, coadyuvando a una clara situación de liquidación y poniendo en peligro la viabilidad económica de la sociedad mercantil y el derecho del cobro de los acreedores, puede conllevar que se declare cómplice en la liquidación de la sociedad concursada al sujeto obstaculizador<sup>291</sup>.

El precepto diferencia con claridad tres grupos de sujetos: 1. el deudor concursado; 2. las personas afectadas por la calificación; y 3. los cómplices. Estos últimos se caracterizan por haber colaborado con el concursado o con las personas afectadas por la calificación a realizar actos que hayan dado lugar a que el concurso se califique como culpable. Todo ello coadyuva a pensar que quien puede ser considerado como persona afectada por el concurso no puede tener jamás la condición de cómplice<sup>292</sup>.

La figura del cómplice se reserva a quien, sin ser órgano de la sociedad en concurso ni de derecho ni de hecho, sin embargo ha cooperado con el deudor o sus representantes legales en la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable. La LC no sanciona a todo cooperador como cómplice, sino sólo a aquéllos en los que se haya acreditado dolo o culpa grave. Los cómplices no están sometidos a la extensión en su persona de la responsabilidad patrimonial por desbalance<sup>293</sup>.

El precepto define a los cómplices como las personas que, mediando dolo o culpa grave, cooperan con las personas afectadas y a través de su conducta a la generación o agravación de la insolvencia del deudor, alcanzando a las mismas la responsabilidad de la culpabilidad, aunque en menor intensidad que a las personas afectadas, ya que a los cómplices solo se les priva de los derechos que tuvieran como acreedores concursales o de la masa y a la condena a devolver los bienes y derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del concursado o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados<sup>294</sup>.

---

<sup>291</sup> AJM 1 Las Palmas 27.1.2005

<sup>292</sup> SJM 1 Madrid 16.1.2007

<sup>293</sup> SJM 3 Barcelona 5.10.2007

<sup>294</sup> SSJM 1 Palma de Mallorca 10.1.2008, 5.12.2007 y 11.6.2007

## 4. DE LA SECCIÓN DE CALIFICACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL

### 4.1. RESOLUCIÓN JUDICIAL, PERSONACIÓN Y PARTES

Sea cual sea la naturaleza jurídica de las acciones derivadas de la sección de calificación, de lo que no cabe duda es de su carácter estrictamente civil y la compatibilidad con acciones penales de toda índole que se plantearan en el concurso. Tal naturaleza civil determina que la incoación de los procedimientos criminales relacionados con el concurso no provoquen la suspensión en la tramitación del procedimiento concursal<sup>295</sup>.

#### *Art. 167. Resolución judicial*

*1. La formación de la sección sexta se ordenará en la misma resolución judicial por la que se apruebe un convenio con el contenido previsto en el número 1º del apartado 1 del artículo 163, o en la que se ordene la liquidación a que se refiere el número 2º del apartado 1 del artículo 163.*

*La sección se encabezará con testimonio de la resolución judicial y se incorporarán a ella testimonios de la solicitud de declaración de concurso, de la documentación que hubiere presentado el deudor con su solicitud o a requerimiento del juez, y del auto de declaración de concurso.*

*2. Cuando se hubiera formado la sección de calificación como consecuencia de la aprobación de un convenio con el contenido previsto en el número 1º del apartado 1 del artículo 163 y, con posterioridad, éste resultare incumplido, se procederá del siguiente modo, a los efectos de determinar las causas del incumplimiento y las responsabilidades a que hubiere lugar:*

*1º Si se hubiere dictado auto de archivo o sentencia de calificación, en la misma resolución judicial que acuerde la apertura de la liquidación por razón del incumplimiento del convenio se ordenará la reapertura de la sección, con incorporación a ella de las actuaciones anteriores y de la propia resolución.*

*2º En otro caso, la referida resolución judicial ordenará la formación de una pieza separada dentro de la sección de calificación que se hallare abierta, para su tramitación de forma autónoma y conforme a las normas establecidas en este capítulo que le sean de aplicación.*

#### *Art. 168. Personación y condición de parte*<sup>296</sup>

La posición mantenida por los llamados “interesados” en este artículo ha de partir necesariamente en nuestro derecho de la posición que la ley rituaría les permite y esta no puede ser otra, dada la naturaleza del procedimiento de calificación que la de intervención voluntaria, si bien con las matizaciones que recoge la LC limitando su participación para el caso de que el titular de la acción (administración concursal o ministerio fiscal) solicite la declaración del concurso como culpable. Esto hace que el mismo sea considerado como parte en el proceso a todos los efectos (art. 13.3 LEC) defendiendo las pretensiones

---

<sup>295</sup> SJM 3 Barcelona 5.10.2007

<sup>296</sup> El título del art. 168 LC y la nueva redacción de sus apartados 1 y 2 se establece en el RD Ley 3/09, de 27.03 de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la situación económica. En su disposición transitoria octava, Normas procesales, establece que la nueva redacción de este artículo 168 será de aplicación a los procedimientos concursales la tramitación en los que no se haya acordado la formación de la sección de calificación a la fecha de entrada en vigor del RDL.

formuladas por su litisconsorte o las que el propio interviniente formule<sup>297</sup>. No existiendo petición concreta de la administración concursal ni del ministerio fiscal en torno al 172.2 y 172.3 no cabe pronunciamiento sobre el particular, so pena de incurrir en incongruencia, y carece de sentido dar valor a la petición de los interesados cuando se refiere a los concretos pronunciamientos de aquellos preceptos, ya que su función es simple y llanamente ilustrar al juez<sup>298</sup>.

*Art. 168.1. Dentro de los diez días siguientes a la última publicación que, conforme a lo establecido en esta Ley, se hubiere dado a la resolución judicial de aprobación del convenio o, en su caso, de apertura de la liquidación, cualquier acreedor o persona que acredite interés legítimo podrá personarse y ser parte en la sección alegando por escrito cuanto considere relevante para la calificación del concurso como culpable.*

La apertura de la sección de calificación lleva aparejada la apertura de un plazo de cinco días -artículo 168.1 de la LC en relación con el 191.1 del mismo texto legal- para que cualquier acreedor o persona con interés legítimo alegue por escrito cuanto considere relevante para la calificación del concurso<sup>299</sup>. Aunque la Ley se refiere expresamente a alegaciones sobre aquello que “considere relevante para la calificación del concurso como culpable”, la interpretación ha de permitir que dicha alegación se manifieste respecto de todos y cada uno de los apartados sobre los cuales deba pronunciarse la sentencia de calificación<sup>300</sup>.

A los acreedores tan sólo les está permitida una intervención inicial en la sección sexta, limitada a alegar “cuanto consideren relevante para la calificación del concurso como culpable”, y no pueden sostener su propia calificación con independencia de la formulada por la administración concursal y el ministerio fiscal<sup>301</sup>. Los terceros personados en la sección no pueden formular verdaderas pretensiones de calificación del concurso como culpable, y si las formulan son procesalmente ineficaces. Así, por muchos que sean los terceros interesados que hayan alegado la concurrencia de causas que determinan la calificación del concurso como culpable, si la administración concursal y el ministerio fiscal coinciden en calificar el concurso como fortuito, el juez debe, imperativamente, dictar auto de archivo de la sección, sin que los terceros puedan siquiera recurrir el auto. La limitación legal del alcance de la intervención de los terceros personados en la sección de calificación se extiende al incidente concursal del artículo 171. La intervención de los acreedores e interesados tiene pues una limitada función, que es la de señalar o poner de relieve los hechos que pueden ser relevantes para la calificación del concurso como culpable, influyendo o condicionando de esta manera el informe de la administración concursal y el dictamen del Ministerio Fiscal<sup>302</sup>.

*Art. 168.2. En los casos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente, los interesados podrán personarse y ser parte en la sección o en la pieza separada dentro del mismo plazo contado desde la publicación que se hubiere dado a la resolución judicial de apertura de la liquidación, pero sus escritos se limitarán a determinar si el concurso debe ser calificado como culpable en razón de incumplimiento del convenio por causa imputable al concursado.*

La intervención de los terceros personados se ha de limitar a formular alegaciones inculpatorias (la ley no admite Intervenciones exculpatorias o favorables al deudor) porque, con arreglo al artículo 170.1, la intervención es del todo ineficaz cuando la administración concursal y el ministerio fiscal coinciden -éste, además, expresa o tácitamente- en calificar el concurso como fortuito. La intervención de los acreedores e interesados tiene pues una limitada función, que es la de señalar, poner de relieve o destacar los hechos que pueden ser relevantes para la calificación del concurso como culpable, influyendo o condicionando de esta manera el informe de la administración concursal y el dictamen del ministerio fiscal<sup>303</sup>.

---

<sup>297</sup> SJM Málaga 22.5.2006; SAP Jaén 15.11.2007

<sup>298</sup> SSJM 1 Oviedo 17.9.2007 y 3.9.2007

<sup>299</sup> AJM 3 Barcelona 3.2.2005

<sup>300</sup> SJM Málaga 22.5.2006

<sup>301</sup> SAP Barcelona [15ª] 26.7.2007

<sup>302</sup> AJM 1 La Coruña 6.3.2008

<sup>303</sup> AJM 1 La Coruña 12.2.2007

La personación no es más que el acto procesal por el que se comparece en el proceso y el interesado se muestra con calidad de parte, aunque aquella pueda serlo como titular de una pretensión, como coadyuvante, interviniente adhesivo, sucesor procesal, cónyuge en un proceso de ejecución o cualquiera de las formas en que el ordenamiento procesal lo autoriza. No es admisible que se permita la personación y no se autorice a participar. La personación se convertiría entonces en un acto irrelevante, pues sólo permitiría conocer el curso de las actuaciones, pero no participar en aquéllas. Ello desmiente que sea posible la restricción de la legitimación porque la LC limite la realización de ciertos actos a algunas partes. No hay razones legales sólidas para excluir a los acreedores de uno de los incidentes de mayor importancia de la LC, en el que se dilucida nada menos que la eventual responsabilidad precisamente para “pagar a los acreedores concursales” de las personas eventualmente afectadas por la calificación y sus cómplices, cuando la propia regulación general de la Ley (artículos 193.2 y 184.3) y la específica de la sección de calificación permiten la participación de los mismos<sup>304</sup>.

La presencia de coadyuvantes es una garantía normalizada tanto en la jurisdicción civil como en el resto de órdenes jurisdiccionales, el hecho de que no puedan efectuar pretensiones individualizadas distintas de las formuladas por el ministerio fiscal no ha de determinar que no puedan intervenir en el procedimiento, incluso recurrir la resolución que se dicte en caso de considerar que no se ajusta a derecho, todo ello al amparo del artículo 172.4 de la Ley que permite a quien hubiera sido parte en la sección de calificación interponer recurso de apelación y es parte de la calificación quien se hubiera personado conforme al artículo 168, dado que si no se interpreta de este modo el precepto resulta que la presencia de los acreedores en la sección de calificación queda vacía de contenido procesal<sup>305</sup>.

## **4.2. INFORME DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL Y DICTAMEN DEL MINISTERIO FISCAL**

### *Art. 169. Informe de la administración concursal y dictamen del ministerio fiscal*

El incidente de calificación es uno de los supuestos, junto con la acción de reintegración, en los que se restringe la legitimación para accionar y la posibilidad de intervención. Se considera una excepción a la intervención adhesiva regulada en el artículo 193. En consecuencia, la legitimación se restringe a la administración concursal o al ministerio fiscal, pues dentro de los primeros se integran los acreedores concursales. Así se desprende de lo dispuesto en el artículo 169, es por ello que no siendo partes en los incidentes de calificación los acreedores, no están legitimados para recurrir la sentencia de calificación<sup>306</sup>. La calificación, en virtud del principio dispositivo, requiere de una solicitud concreta que, caso de interesarse el concurso culpable, debe alcanzar a todo lo que se pretenda sea objeto de pronunciamiento en la sentencia. Esta solicitud la formula la administración concursal, aunque también interviene el ministerio fiscal, pues a la vista del informe de la administración concursal, emitirá un dictamen en el que se pronunciará sobre la calificación procedente y el resto de los pronunciamientos solicitados. Esta legitimación es exclusiva, de forma que la ley expresamente ha querido evitar la acumulación de acciones particulares, de forma que tanto la administración concursal como el ministerio fiscal tienen la llave de la calificación, pues sólo a ellos les corresponde formular la petición concreta y las consecuencias de esta calificación<sup>307</sup>.

*Art. 169.1. Dentro de los quince días siguientes al de expiración de los plazos para personación de los interesados, la administración concursal presentará al juez un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, con propuesta de resolución. Si propusiera la calificación del concurso como culpable, el informe expresará la identidad de las personas a las que deba afectar la calificación y la de las que hayan de ser consideradas cómplices, justificando la causa, así como la determinación de los daños y perjuicios que, en su caso, se hayan causado por las personas anteriores.*

---

<sup>304</sup> AJM 1 Bilbao 19.11.2007

<sup>305</sup> SJM 3 Barcelona 5.10.2007

<sup>306</sup> SAP Jaén 15.11.2007

<sup>307</sup> AAP Barcelona [15ª] 22.5.2008

El que el artículo se refiera a que el Informe que pretenda la calificación del concurso como culpable "justifique la causa" no exige a la administración concursal reiterar la relación de hechos que se imputan a cada uno de los considerados como afectados por la calificación del concurso siempre que el contenido del informe no dé a entender que los hechos relacionados para que el concurso sea calificado culpable afecten de manera diferenciada sólo a algunos de ellos. En tal caso, ciertamente que la falta de enlace entre los hechos que se relacionan en el informe y las personas a las que se atribuyen puede llegar a causar cierta confusión. Sin embargo, las cosas no son así cuando del informe de calificación presentado por la administración concursal se aprecia con claridad que todos los hechos en los que se funda la calificación se atribuyen indistintamente a todos los afectados por la misma, o cuando esta atribución pueda realizarse por criterios sencillos e indiscutibles como por ejemplo los meramente cronológicos<sup>308</sup>.

Salvo en lo relativo a la inhabilitación, que puede ser considerada materia de orden público económico, la administración concursal ha de detallar en su informe sus concretas pretensiones con respecto al resto de pronunciamientos del artículo 172.2 y 3 para que el Juez pueda pronunciarse sobre los mismos, y en caso de no hacerlo, ha de ser requerida para que lo haga aunque esta subsanación no esté prevista en la norma. Ahora bien, la falta de subsanación sí puede dar lugar a otro tipo de consecuencias, pues se trataría de un acto negligente que ocasionaría un perjuicio a la masa, y al que sería de aplicación el artículo 36.1<sup>309</sup> (Véase nota 142).

*Art. 169.2. Una vez unido el informe de la administración concursal, se dará traslado del contenido de la sección sexta al ministerio fiscal para que emita dictamen en el plazo de diez días. El juez, atendidas las circunstancias, podrá acordar la prórroga de dicho plazo por un máximo de diez días más. Si el ministerio fiscal no emitiera dictamen en ese plazo, seguirá su curso el proceso y se entenderá que no se opone a la propuesta de calificación.*

El fiscal no ha de calificar el concurso por lo que sostenga la administración concursal en su informe, sino por el conjunto de datos documentales, bien extensos, con los que se constituye la pieza de calificación. De hecho la LC posibilita que la calificación de administración concursal y ministerio público sean diferentes, aún cuando hay que admitir que las alegaciones de la administración concursal, igual que las de los acreedores e interesados, pueden ser muy relevantes<sup>310</sup>.

*Art. 169.3. En los casos a que se refiere el apartado 2 del artículo 167, el informe de la administración concursal y, en su caso, el dictamen del ministerio fiscal se limitarán a determinar las causas del incumplimiento y si el concurso debe ser calificado como culpable.*

Conforme al juego de los artículos 169 y 170 la imputación en la sección de calificación se determina a partir del informe de la administración concursal y el dictamen del ministerio fiscal. La concreción de la imputación realizada en dichos escritos debe servir como referencia en cuanto a los hechos y actuaciones que deben ser examinados con vistas a la calificación del concurso<sup>311</sup>. El informe de la administración concursal y el dictamen del ministerio fiscal son los que fijan y delimitan los hechos en que se fundamenta la propuesta de calificación, sin que sea posible que posteriormente se añadan otros nuevos, ni que se tengan en cuenta hechos diferentes a los en ellos recogidos para calificar el concurso como culpable<sup>312</sup>.

Es en el informe de los administradores, -o en su caso del ministerio fiscal- donde deben concretarse las personas afectadas por la calificación y los cómplices y además, los daños y perjuicios imputables a cada uno de ellos, con petición concreta de condena<sup>313</sup>.

---

<sup>308</sup> SJM 1 Madrid 24.7.2007

<sup>309</sup> SSJM 1 Oviedo 2.6.2007; 29.10.2007, 5.11.2007 y 17.9.2007

<sup>310</sup> AJM 1 Bilbao 13.4.2007

<sup>311</sup> SJM 3 Barcelona 26.1.2007

<sup>312</sup> SJM Santander 19.12.2007

<sup>313</sup> SAP León 25.6.2007; SJM 1 Lérida 5.5.2008

Aunque la ley es manifiestamente mejorable en este particular, a pesar de la terminología (informe y dictamen), estos escritos son aquellos mediante los cuales la administración concursal y el ministerio fiscal, si consideran que el concurso es culpable, concretan sus respectivas pretensiones que delimitan el contenido de la sentencia de calificación y precluye para una y otro la posibilidad procesal de formular pretensiones. En definitiva, nos encontramos ante un sistema que impone a la administración concursal y al Ministerio Fiscal la carga de alegar y demostrar la realidad de los hechos que integran alguno de los supuestos legales de calificación del concurso como culpable, que no podrán, pues, ser apreciados de oficio si no se han planteado y en consecuencia discutido, por exigencias del principio de congruencia y de defensa y deducirse del artículo 169 LC<sup>314</sup>.

El informe de la administración concursal y el dictamen del ministerio fiscal hacen las veces de demanda y el escrito de oposición a la calificación cumple el papel de contestación, lo que garantiza la paridad de medios de ataque y defensa de las partes. Ello obliga a las partes a agotar en sus respectivos escritos las alegaciones tácticas y jurídicas en que se sustenten sus pretensiones y aportar los medios de prueba de que intenten valerse, si bien si los mismos ya constan unidos al concurso bastará que se dejen acotados<sup>315</sup>.

### 4.3. TRAMITACIÓN

#### *Art. 170. Tramitación de la sección*

*1. Si el informe de la administración concursal y el dictamen que, en su caso, hubiera emitido el Ministerio Fiscal coincidieran en calificar el concurso como fortuito, el juez, sin más trámites, ordenará el archivo de las actuaciones mediante auto, contra el que no cabrá recurso alguno.*

La intervención de los terceros personados se ha de limitar a formular alegaciones inculpatorias (la ley no admite intervenciones exculpatorias o favorables al deudor) porque, con arreglo al artículo 170.1, la intervención es del todo ineficaz cuando la administración concursal y el ministerio fiscal coinciden -éste, además, expresa o tácitamente- en calificar el concurso como fortuito. La intervención de los acreedores e interesados tiene pues una limitada función, que es la de señalar, poner de relieve o destacar los hechos que pueden ser relevantes para la calificación del concurso como culpable, influyendo o condicionando de esta manera el informe de la administración concursal y el dictamen del Ministerio Fiscal<sup>316</sup>. Aunque la administración concursal califique de fortuito y el fiscal no califique, procede el archivo de la sección de calificación. No obstante, no se cerrará la posibilidad de recurso<sup>317</sup>. La LC posibilita que la calificación de la administración concursal y el ministerio público sean diferentes<sup>318</sup>.

Conforme al juego de los artículos 169 y 170 la imputación en la sección de calificación se determina a partir del informe de la administración concursal y el dictamen del ministerio fiscal. La concreción de la imputación realizada en dichos escritos debe servir como referencia en cuanto a los hechos y actuaciones que deben ser examinados con vistas a la calificación del concurso<sup>319</sup>.

Por muchos que sean los terceros interesados que hayan alegado la concurrencia de causas que determinan la calificación del concurso como culpable, si la administración concursal y el ministerio fiscal coinciden en calificar el concurso como fortuito, el juez debe, imperativamente, dictar auto de archivo de la sección, sin que los terceros puedan siquiera recurrir el auto<sup>320</sup>.

Para una correcta interpretación de este precepto es preciso tener en cuenta que bajo la actual LC tan sólo cabe calificar el concurso de culpable o fortuito. Si ello es así, y el traslado

<sup>314</sup> SJM 1 Alicante 18.7.2008

<sup>315</sup> SJM La Coruña 28.12.2006; SAP Jaén 23.4.2007; AJM 1 Oviedo 30.4.2007; SJM 1 Oviedo 22.10.2007

<sup>316</sup> AJM 1 La Coruña 12.2.2007

<sup>317</sup> AJM 1 Bilbao 13.4.2007

<sup>318</sup> AJM 1 Bilbao 13.4.2007

<sup>319</sup> SJM 3 Barcelona 26.1.2007

<sup>320</sup> AJM 1 La Coruña 6.3.2008

al deudor y a las personas afectadas por la calificación propuesta y a los cómplices, para que puedan oponerse, requiere que alguno de los legitimados activamente hubiera interesado la calificación culpable del concurso, parece lógico considerar que la ausencia del informe de la administración concursal y/o del dictamen del ministerio fiscal interesando la calificación culpable deba equipararse a una petición de concurso fortuito, a los efectos del artículo 170.1<sup>321</sup>.

*Art. 170.2. En otro caso, el juez dará audiencia al deudor por plazo de diez días y ordenará emplazar a todas las personas que, según resulte de lo actuado, pudieran ser afectadas por la calificación del concurso o declaradas cómplices, a fin de que, en plazo de cinco días, comparezcan en la sección si no lo hubieran hecho con anterioridad.*

Se prevé dar audiencia, tan sólo, al deudor y a las personas que pudieran ser afectadas o declaradas cómplices, no así a los acreedores o terceros con interés legítimo, cuya intervención quedo agotada *ab initio* con sus alegaciones, previas al informe de la administración concursal y al dictamen del ministerio fiscal<sup>322</sup>.

*Art. 170.3. A quienes comparezcan en plazo se les dará vista del contenido de la sección para que, dentro de los diez días siguientes, aleguen cuanto convenga a su derecho. Si comparecieran con posterioridad al vencimiento del plazo, se los tendrá por parte sin retroceder el curso de las actuaciones. Si no comparecieran, serán declarados en rebeldía y seguirán su curso las actuaciones sin volver a citarlos.*

#### **4.4. OPOSICIÓN A LA CALIFICACIÓN**

*Art. 171. Oposición a la calificación*

*1. Si el deudor o alguno de los comparecidos formulase oposición, el juez la sustanciará por los trámites del incidente concursal. De ser varias las oposiciones, se sustanciarán juntas en el mismo incidente.*

La limitación legal del alcance de la intervención de los terceros personados en la sección de calificación se extiende al incidente concursal del artículo 171, incidente cuyo único objeto es el de ventilar la oposición que el deudor -o alguna de las personas a las que pueda afectar la calificación o señaladas como cómplices- puedan hacer al informe de la administración concursal o al dictamen del ministerio fiscal. En la concepción del legislador los terceros interesados personados en la sección no son parte en el contradictorio que ha de resolver la oposición a la calificación. Por tanto, no se puede otorgar a los terceros la condición de coadyuvantes o intervinientes procesales en el incidente de oposición con el alcance del artículo 13 LEC o del artículo 193.2 de la LC<sup>323</sup>.

*Art. 171.2. Si no se hubiere formulado oposición, el juez dictará sentencia en el plazo de cinco días.*

#### **4.5. SENTENCIA DE CALIFICACIÓN Y NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL**

*Art. 172. Sentencia de calificación*

*Art. 172.1. La sentencia declarará el concurso como fortuito o como culpable. Si lo calificara como culpable, expresará la causa o causas en que se fundamente la calificación.*

La acumulación de causas no es baladí, pues aunque cualquiera de ellas permitiría calificar el concurso como culpable, en atención a unas y otras podremos determinar la persona o

---

<sup>321</sup> AAP Barcelona [15ª] 22.5.2008

<sup>322</sup> SAP Barcelona [15ª] 26.7.2007; SSAP Jaén 13.4.2007 y 23.4.2007

<sup>323</sup> AJM 1 La Coruña 6.3.2008



personas afectadas por la calificación y graduar el período de inhabilitación, así como advertir si alguna de ellas ha incidido en la generación o agravación de la Insolvencia<sup>324</sup>.

**Art. 172.2. La sentencia que califique el concurso como culpable contendrá, además, los siguientes pronunciamientos:**

La sección de calificación tiene por objeto, en primer lugar, la declaración del concurso como fortuito o culpable y sólo en el caso de declararse culpable, la sentencia deberá identificar a las personas afectadas por dicha calificación y, en su caso, a los cómplices, y pronunciarse sobre los efectos personales y patrimoniales previstos<sup>325</sup>.

Los efectos de la calificación pueden ser personales y patrimoniales. Dualidad que permite afirmar que la calificación concursal tiene una doble función, ya que no solo atiende a los intereses privados de los acreedores afectados, lo que explica las medidas patrimoniales dirigidas a su resarcimiento, sino también un interés público y general consistente en que los sujetos afectados por la calificación al menos de manera temporal no puedan seguir actuando en el tráfico económico gestionando bienes ajenos porque su actuación dolosa o con culpa grave lo justifica, evitando así que puedan afectar negativamente con su comportamiento en el futuro a terceros potenciales acreedores. Respecto de la inhabilitación para administrar bienes ajenos parece que hay consenso doctrinal en afirmar que nos encontramos ante una sanción civil de carácter necesario, de forma que si se califica como culpable el concurso llevará consigo la inhabilitación de los afectados aunque no se solicite<sup>326</sup>.

La LC no atribuye al proceso concursal la función represora en todos los casos, sino sólo en aquellos en que concurren determinadas circunstancias que el legislador ha valorado como de especial gravedad<sup>327</sup>.

Aunque algunos mantienen la aplicación ex officio del artículo 172, no hay que perder de vista que la LEC es de aplicación supletoria en el proceso concursal, y por tanto el principio esencial de rogación y dispositivo, por lo que parece conveniente exigir a las partes que instan la calificación como culpable que concreten no solamente la persona afectada por la misma sino las consecuencias derivadas de tal calificación, y de manera específica qué efectos le pueden deparar al sujeto pasivo y a los que se refiere el artículo 172. El que este precepto contenga la expresión "contendrá" al referirse al contenido de la sentencia de calificación no impide lo anterior sino que su función es delimitar qué pretensiones exigen la respuesta judicial, pero ello evidentemente si se solicita y limitada a los términos de la petición, no de oficio. Además esta interpretación es mas garantista, en tanto permite a la persona afectada conocer de antemano el alcance de los efectos de la calificación contra él pretendida. No obstante, parece oportuno matizar esta aseveración general y afirmar que se pueden hacer distingos entre los distintos efectos que contempla el artículo 172 y que reflejan los diferentes intereses afectados<sup>328</sup>.

El juzgador no puede apreciar ex officio supuestos de culpabilidad no invocados y cuyo sustrato fáctico no haya sido debatido, por exigencia del principio de defensa y de contradicción, precisando la sentencia de calificación una previa petición fundada de la administración concursal o del ministerio fiscal, que constriñen los pronunciamientos condenatorios, a salvo el de inhabilitación, en el que solo viene limitada su extensión al considerarse pena civil *ex lege* en caso de calificación culpable, sin que puedan ser adicionadas en fase de informe en la vista pretensiones distintas, pues se podrá concretar las ya formuladas, pero no introducir otras -como la responsabilidad por déficit concursal- no planteadas *ad initio*<sup>329</sup>.

De la simple lectura del precepto transcrito parece desprenderse que la sentencia ha de pronunciarse necesariamente sobre esos aspectos con independencia de que haya o no petición de parte. Salvo en lo relativo a la inhabilitación, que puede ser considerada materia de orden público económico, la administración concursal ha de detallar en su informe sus concretas pretensiones con respecto al resto de pronunciamientos del artículo 172.2 y 3 para

<sup>324</sup> SAP Barcelona [15ª] 25.3.2008

<sup>325</sup> SJM 5 Madrid 17.7.2006, 14.6.2007, 26.6.2007 y 11.7.2007; 1 Alicante 21.11.2007

<sup>326</sup> SJM 1 Alicante 21.11.2007

<sup>327</sup> AJM 1 Madrid 13.10.2006

<sup>328</sup> SJM 1 Alicante 21.11.2007

<sup>329</sup> SJM 1 Alicante 31.7.2008

que el juez pueda pronunciarse sobre los mismos, y en caso de no hacerlo, ha de ser requerida para que lo haga aunque dicho trámite de subsanación no esté previsto en la ley y, por ende, no existan consecuencias procesales para el caso de que no se lleve a cabo la subsanación requerida<sup>330</sup> (Véase nota 121).

Ahora bien, la falta de subsanación sí puede dar lugar a otro tipo de consecuencias. En efecto, el artículo 36.1 establece que “los administradores concursales responderán frente al deudor y frente a los acreedores de los daños y perjuicios causados a la masa por los actos y omisiones contrarios a la Ley o realizados sin la debida diligencia”. En ese supuesto no estaríamos ante un acto contrario a la Ley pero sí ante un acto negligente que ocasiona un perjuicio a la masa, que no puede verse incrementada por la pérdida de derechos o la condena a devolver bienes, a abonar los daños y perjuicios causados o aquella parte de los créditos que, finalizada la liquidación, resulte impagada<sup>331</sup>.

La falta de solicitud de condena a los administradores o liquidadores prevista en este precepto conlleva la imposibilidad de incluir ésta en la sentencia que en su caso califique el concurso como culpable. De igual manera, también la falta de solicitud de condena a indemnizar los daños y perjuicios impide incluir tal pronunciamiento. Así lo exige el principio de congruencia y el derecho de defensa. Como consecuencia de lo anterior, de no formularse propuesta de condena, no es posible incluir dicho pronunciamiento en la sentencia de calificación<sup>332</sup>.

*Art.172.2. 1º La determinación de las personas afectadas por la calificación, así como, en su caso, la de las declaradas cómplices. Si alguna de las personas afectadas lo fuera como administrador o liquidador de hecho de la persona jurídica deudora, la sentencia deberá motivar la atribución de esa condición.*

Se rigoriza el trato al responsable de la insolvencia al personalizar el destinatario de la responsabilidad civil prevista, exigiéndose que en la sentencia que declare la culpabilidad se concreten las personas sobre las que recae la responsabilidad; personas que pueden encuadrarse dentro de dos grupos de sujetos, los cómplices y las personas afectadas por la calificación, determinando que las consecuencias del concurso no solo afectan o vinculan a la persona del deudor sino también a otros terceros que con su conducta pueden coadyuvar a generar o agravar la situación de insolvencia del deudor. Y dentro de ese elenco de eventuales responsables, al tratar de las personas afectadas por la calificación, la norma concursal introduce otra gran novedad, consciente el legislador de la realidad social que atañe al mundo mercantil, al ampliar el espectro de posibles responsables incluyendo, al lado de los administradores de derecho, los de hecho, y los liquidadores de hecho y de derecho<sup>333</sup>.

El criterio negativo vendría delimitado por la complicidad, de tal forma que no podrán resultar afectados aquéllos que sean declarados cómplices, sin perjuicio de que puede darse una doble condición en función de su actuación. Entendemos no aplicable esta consideración de afectado al concursado por la propia naturaleza del proceso concursal y de la discusión, delimitación y resolución que en su seno interno se produce respecto de las personas físicas y/o jurídicas que intervienen en los actos del mismo. Resultarán afectados, por tanto, por la calificación del concurso aquellas personas que hubieran intervenido con dolo o culpa grave en la generación o agravación del estado de insolvencia y aquellos que hubieran participado directamente en los hechos que motivan la declaración del concurso como culpable bien por tener el control directo de la causa que lo genera o por omisión de sus propios deberes motivando o permitiendo que la misma se produzca. El criterio de cooperación debe partir de posturas diferentes de las adoptadas por el Derecho Penal porque partimos de conductas que se delimitan en la norma sin distinción en una cooperación necesaria o no para los efectos del concurso, pero sí con una actuación dolosa o con culpa grave en su actuación. Requiere la norma tanto una actuación consciente como involuntaria pero grave, que permite también la calificación del supuesto a partir de conductas como el encubrimiento<sup>334</sup>.

---

<sup>330</sup> SSJM 1 Oviedo 3.9.2007 y 22.10.2007

<sup>331</sup> SJM 1 Oviedo 17.9.2007

<sup>332</sup> SJM Santander 19.12.2007

<sup>333</sup> SSJM 1 Palma de Mallorca 10.1.2008, 5.12.2007 y 11.6.2007

<sup>334</sup> SJM Málaga 22.5.2006

Aquellos sujetos en los que concurren los requisitos para ser declarados personas afectadas por la declaración no pueden ser considerados cómplices, y a la inversa. Y aunque la Ley no relaciona los sujetos que pueden ser integrados en cada uno de los dos grupos a los que estamos aludiendo, lo cierto es que el artículo 172.2-1º de la Ley Concursal contiene algún indicio al respecto. De ahí que, tratándose de personas jurídicas concursadas, para poder ser considerada persona afectada por la calificación es menester que al menos se haya ostentado la condición de administrador o liquidador. Abunda en esta dirección el artículo 172.2-2º, que establece una sanción que obviamente debe estar relacionada con la función que ha dado lugar a la calificación del concurso como culpable<sup>335</sup>. La LC no concreta exactamente quiénes pueden ser las personas afectadas por la calificación, pero se deduce, que tratándose de personas jurídicas, las únicas personas que pueden ser afectadas por la calificación son sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho y los que hubieren tenido esa condición en los dos años anteriores a la declaración del concurso, sin perjuicio de las consecuencias de la declaración de concurso culpable sobre la propia concursada, cuando proceda, en orden a su inhabilitación<sup>336</sup>.

Para que quepa hablar de administrador de hecho es preciso acreditar que a quien se imputa dicho título controla de hecho la gestión social, sin que de manera automática pueda calificarse como administrador de hecho a la persona física designada al amparo del artículo 143 del Reglamento del Registro Mercantil por la persona jurídica designada administradora de derecho<sup>337</sup>.

La figura del administrador de hecho que contempla la normativa actual tiene su origen en la doctrina científica, en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de junio de 1968 y en diversas resoluciones judiciales. Ahora bien, no podemos encontrar un concepto doctrinal de la figura. Se van reconociendo determinadas situaciones que se equiparan a la administración social, llevadas a cabo por quien no ostenta dicha condición, pero atendiendo a cada caso concreto sin fijar unos parámetros concretos de los que poder obtener un concepto y, consecuentemente, sus características primordiales. Y ello partiendo de la dificultad que representa la acreditación de dicha cualidad, cuando la misma surge con la finalidad de no aparecer formalmente en la administración societaria, eludiendo cualquier eventual responsabilidad que pudiera derivarse de la conducta de quien, de hecho, gestiona los intereses de la misma. Una de las situaciones analizadas al respecto es la que se denomina como socio de control, aquel accionista que sin formar parte del órgano de gestión de la sociedad condiciona sistemáticamente, sin embargo, la actuación de sujetos que, formalmente, ostentan la cualidad de administradores. No obstante, en todo caso, se requiere constatar la realidad de una absoluta y sistemática ingerencia en la gestión y administración para evitar la indebida extensión de la figura, pues no debe confundirse la normal influencia que el socio mayoritario puede ejercer en el legítimo ejercicio de sus derechos corporativos con aquellas otras hipótesis de auténtico y absoluto dominio sobre los administradores formales. Al respecto, tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran como situación más peligrosa la actuación del que premeditadamente oculta su intervención en la gestión de los negocios sociales, con la finalidad de eludir cualquier responsabilidad, que la de aquél que por desidia o ignorancia continúa como administrador después de haber transcurrido el plazo para el que fue designado, atribuyendo doctrinalmente la calificación de administrador oculto a los administradores que controlan de hecho la gestión social sin ocupar formalmente el cargo, ejerciendo sobre los administradores formales una influencia decisiva e incluso llegándolos a sustituir, sin aparecer, por otro lado, como tales ante terceros. Así, el administrador oculto o indirecto, a diferencia del aparente, controla de hecho la gestión social pero no actúa directamente sino a través de los administradores de derecho, ejerciendo sobre los mismos una influencia decisiva<sup>338</sup>.

El plazo de dos años previo a la declaración de concurso no aparece expresamente determinado en el precepto Su mención sólo surge en la pieza de calificación respecto de las acciones del 172.3 y respecto de la salida fraudulenta de bienes del patrimonio del deudor (164.2.5a en relación con el artículo 71). Por lo tanto respecto del resto de motivos de calificación de un concurso como culpable no hay en principio obstáculo legal para considerar que la culpabilidad puede vincularse a personas o actuaciones que se hubieran producido en un plazo superior al bienio, sobre todo si se tiene en cuenta que algunas operaciones que

---

<sup>335</sup> SJM 1 Madrid 16.1.2007

<sup>336</sup> SSJM 5 Madrid 5.12.2006 y 18.1.2007

<sup>337</sup> SJM 1 Madrid 24.7.2007

<sup>338</sup> SSJM 1 Palma de Mallorca 5.12.2007 y 9.10.2007

podieran resultar capitales para la declaración de culpabilidad pueden quedar sometidas a otros términos o plazos de fiscalización. En consecuencia no hay error formal en la omisión del plazo bianual<sup>339</sup>.

En la práctica es posible que se produzcan excepcionalísimos supuestos en los que el concursado haya cumplido los términos del convenio con anterioridad a que recaiga sentencia en la sección sexta del concurso, y que ni del informe de la administración concursal ni del dictamen del ministerio fiscal se desprenda que pueda permanecer limitación alguna en las facultades del deudor concursado cualquiera que sea el sentido de la ulterior sentencia de calificación. En tales casos, la sentencia de aprobación del convenio ya habrá producido el cese de los efectos de la declaración del concurso sobre las facultades de administración y disposición del deudor como consecuencia de la lógica expansión de tales facultades una vez que se ha acordado el cese de la administración concursal. Pues bien, en los excepcionales supuestos en que tales circunstancias se presenten, no parece conveniente que se mantenga frente a terceros el reflejo de la inicial declaración de concurso del deudor -único efecto persistente- a expensas de la finalización del trámite de la sección sexta, la que no podrá tener eficacia represiva más que para aquellos que hayan sido calificados como personas afectadas por la calificación o como cómplices<sup>340</sup>.

*Art. 172.2.2º La inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a 15 años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo período, atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio.*

La inhabilitación no es efecto de la declaración de concurso, sino consecuencia de la sentencia de culpabilidad.<sup>341</sup>

*Art. 172.2.3º La pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa y la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados.*

La norma distingue tres supuestos diferentes: 1º la pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa; 2º la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor; 3º la condena a devolver los bienes o derechos que hubiesen recibido de la masa activa; 4º la condena a indemnizar los daños y perjuicios causados. Si bien los tres primeros pueden ser catalogados como consecuencia inmediata de su afectación o complicidad, el último tiene naturaleza resarcitoria, debiendo delimitar la misma en función del acto u omisión negligente, del daño cuantificable causado y de la relación de causalidad entre uno y otro<sup>342</sup>.

Rigen en este ámbito, puesto que se trata de jurisdicción civil, los principios de justicia rogada y de congruencia, en función de los cuales no es posible imponer una condena indemnizatoria que no haya sido solicitada por las partes o venga, en su caso, determinada directamente por la Ley como pronunciamiento accesorio ligado a otro principal<sup>343</sup>.

Respecto de la devolución de bienes o derechos indebidamente percibidos ha de tenerse en cuenta que no todos los percibidos se pueden reintegrar, sino sólo aquellos que se recibieron sin que exista causa, motivo o razón lo que obliga a la administración concursal a identificar los bienes o derechos percibidos y la razón de los mismos, debiendo acreditar que fueron percibidos sin que existiera una causa justificada<sup>344</sup>. En relación con la condena a las personas afectadas por la calificación a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa,

---

<sup>339</sup> SJM 3 Barcelona 5.10.2007

<sup>340</sup> AJM 1 Madrid 19.2.2007

<sup>341</sup>

<sup>342</sup> SJM Málaga 22.5.2006; SAP Jaén 15.11.2007

<sup>343</sup> SJM 1 La Coruña 30.5.2007

<sup>344</sup> SJM 3 Barcelona 5.10.2007

dicho pronunciamiento exige que se hayan determinado en el informe de la administración concursal o el dictamen del ministerio fiscal los hechos determinantes de esa condena, esto es, que la persona afectada por la calificación ha obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o recibido de la masa activa bienes o derechos y la identificación de los mismos. Sin que sea posible una condena genérica o indeterminada sobre este particular<sup>345</sup>.

Entendemos aplicable el término “indebidamente” sólo en referencia a los bienes o derechos que tengan su origen en el patrimonio del deudor y no respecto de los bienes recibidos de la masa activa que pertenecen a la misma y por lo tanto deben ser reintegrados a ésta sea cual sea el origen debido o indebido que hubieran tenido. En cuanto a la expresión “devolución”, no puede referirse exclusivamente a los bienes y derechos derivados de los actos en que intervienen y que han motivado (por su dolo o culpa grave) la declaración del concurso como culpable pues la norma no limita la condena a estos supuestos sino, en líneas generales, a todos los que cumplan con los requisitos reseñados. Respecto de los daños y perjuicios causados, creemos que se refieren a cualquier daño y perjuicio y no a los limitados por ser acreedores concursales, por haber obtenido bienes o derechos indebidamente o por haber recibido bienes de la masa activa. Y entendemos que es así porque o bien recogemos todos los supuestos para generar de ellos la derivación de daños y perjuicios sin poder excluir ninguno, o atendemos a criterios generales entendiendo que no es posible partir de supuestos tasados cuando alguno de ellos simplemente se limita a constatar la realidad de una devolución por la obtención lícita o ilícita de un bien o derecho de la masa activa o por la consideración lícita o ilícita de acreedor<sup>346</sup>.

Siendo una indemnización por daños y perjuicios es aplicable la normativa general sobre ésta, de forma que se debe partir de que la petición de daños y perjuicios no va indisolublemente unida o es consecuencia necesaria del incumplimiento contractual o extracontractual, sino que es preciso demostrar la existencia real de aquéllos para que dicha obligación sea exigible, no siendo suficiente meras hipótesis o conjeturas por cuanto sólo se puede acoger aquel daño que esté perfectamente acreditado por los elementos probatorios suficientemente explícitos<sup>347</sup>. La indemnización responde al principio in *alterum non laedere* y precisa la prueba de la relación de causalidad entre el comportamiento del afectado por la calificación y los daños causados; daños que parece que deben referirse a los causados sobre el concursado y por ende a la masa, en tanto que la legitimación activa se reserva a la administración concursal y al ministerio fiscal, circunscribiéndose en algunas resoluciones de los juzgados de lo mercantil a los inferidos a la masa activa, compartiendo la opinión de aquellos que entienden que quedan al margen las acciones que terceros afectados pueden ejercitar contra las personas afectadas por la calificación. El que la fijación de la indemnización tenga un efecto reflejo en terceros como los acreedores es evidente, pero ello no desvirtúa la anterior conclusión. Se trata, pues, de una previsión en la que tienen cabida las pretensiones que buscan restablecer el patrimonio de la concursada afectado negativamente por la actuación negligente del administrador societario a modo de lo que ocurre con la acción de responsabilidad social y cuyo ejercicio corresponde a la administración concursal<sup>348</sup>.

Tal condena de los daños y perjuicios requiere la concreta prueba de los requisitos exigidos en todo caso de responsabilidad por daños, actuación u omisión, daño y nexo causal, sin que proceda fijar una cantidad alzada por este concepto<sup>349</sup>. La cuestión de la determinación del daño o perjuicio causado y la prueba del nexo causal entre la actuación dolosa o negligente con el mismo debe conectarse a las previsiones de la propia LC, en concreto al ejercicio de acciones de reintegración y a la concurrencia de las presunciones *iuris et de iure* de culpabilidad<sup>350</sup>.

El fundamento de esta condena, en lo que a esa “indemnización” respecta, responde a otras causas y criterios de imputación distintos de los que inspiran y sustentan la responsabilidad del administrador en el esquema del artículo 172.3<sup>351</sup>. Esta condena a indemnizar daños y perjuicios no sólo va dirigida a la persona afectada por la calificación sino que también puede

<sup>345</sup> SSJM 5 Madrid 16.2.2006 y 5.12.2006; Granada 2.10.2006; Murcia 19.2.2007

<sup>346</sup> SSJM 5 Madrid 16.2.2006 y 5.12.2006; Granada 2.10.2006; Murcia 19.2.2007

<sup>347</sup> SJM 1 Lérida 5.5.2008)

<sup>348</sup> SSJM 1 Alicante 21.11.2007 y 31.7.2008

<sup>349</sup> SSJM Granada 2.10.2006; 5 Madrid 5.12.2006

<sup>350</sup> SJM 3 Barcelona 5.10.2007

<sup>351</sup> AAP Barcelona [15ª] 28.5.2007

alcanzar a los cómplices; y es consecutiva a la sanción de pérdida de los créditos de todos ellos, ya sean concursales o contra la masa, y, sobre todo, a la condena a devolver los bienes y derechos indebidamente obtenidos del patrimonio del deudor. Por su parte, el 172.3 no afecta a los cómplices sino sólo a las personas afectadas por la calificación, pero no necesariamente a todas; y, además, por su carácter postestativo y no necesario, sólo tiene sentido si va justificada por una vinculación entre la conducta que ha permitido calificar culpable el concurso, imputable a los administradores o liquidadores, y la generación o agravación de la insolvencia, lo que también suministra un criterio objetivo para graduar el alcance de la condena<sup>352</sup>.

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 la persona afectada por la calificación o el cómplice hubiese causado a la masa activa -no los que particularmente hayan experimentado uno o varios acreedores- como consecuencia de actos de disposición patrimonial previos al concurso (los mismos que pueden ser objeto de las acciones de reintegración) o de la detracción de bienes o derechos de la masa, en cuanto no alcancen o excedan de las obligaciones de restitución que el precepto impone. Así, las personas afectadas por la calificación y los cómplices deberán indemnizar los perjuicios que se deriven de la privación temporal de un bien que salió indebidamente del patrimonio del deudor, los deterioros que el bien detraído o recibido haya podido experimentar, o incluso la ganancia dejada de obtener como consecuencia de la privación temporal del bien. No es posible dar una interpretación más amplia a esta condena sin invadir el ámbito de la responsabilidad concursal del artículo 172.3 de la Ley Concursal o el de la acción social de responsabilidad<sup>353</sup>.

Se trata de una responsabilidad por daños y dada la compatibilidad de la sección con el ejercicio de la acción social contra los administradores (arts. 134 LSA y 69 LSRL), como se deduce del artículo 48.2 LC, que atribuye incluso directamente legitimación a la administración concursal para su ejercicio, compatibilidad que también cabe predicar respecto de la acción individual de responsabilidad (arts. 135 LSA y 69 LSRL), debe rechazarse que se trate del ejercicio de dichas acciones en sede concursal<sup>354</sup>.

Las únicas previsiones de la LC relativas a la trascendencia de la apertura del concurso, y más exactamente a la sección de calificación, para las acciones de exigencia de responsabilidad de los administradores societarios no excluyen, en ningún caso, la posibilidad de ejercicio de las acciones sociales e individuales de responsabilidad. En el caso, que es posible, que el hecho que determina la exigencia de responsabilidad societaria sea el mismo que determina la exigencia de responsabilidad concursal, no existe riesgo de una doble condena, y por consiguiente, no puede oponerse el principio de non bis in ídem, pues a pesar de la independencia que se predica de ambas acciones, el resultado de una incide en la otra, así, el resarcimiento obtenido por un acreedor a través de las acciones societarias minorra o extingue su crédito contra la sociedad, y por tanto, la eventual responsabilidad por deudas de los administradores. Y, al revés, la asunción de la responsabilidad por aquella parte de los créditos no satisfecha por la liquidación reduce, obviamente, la cuantía (de daño o de deuda social) susceptible de ser reclamada mediante acción del artículo 262.5 LSA<sup>355</sup>.

El artículo 172 viene a reproducir, *mutatis mutandis*, el esquema de la responsabilidad de los administradores de la LSA y de la LSRL, de tal modo que la condena a indemnizar daños y perjuicios se correspondería con la acción individual y social de los artículos 134 y 135 de la LSA, siendo por tanto una responsabilidad por culpa, mientras que el artículo 172.3 contemplaría un supuesto similar al del artículo 262.5 LSA, configurándose como una responsabilidad objetiva, desprovista de todo elemento culpabilístico en la producción de la insolvencia, por lo que basta la petición de parte y la concurrencia del elemento objetivo consistente en que la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación para que haya de aplicarse esta responsabilidad-sanción<sup>356</sup>.

---

<sup>352</sup> AAP Barcelona [15ª] 29.11.2007 y SAP Barcelona [15ª] 29.11.2007

<sup>353</sup> SSJM 1 La Coruña 20.6.2006 y 30.5.2007

<sup>354</sup> SJM 5 Madrid 16.2.2006

<sup>355</sup> SJM Lugo 29.9.2006

<sup>356</sup> SJM 1 Oviedo 22.10.2007

**Art. 172.3. Si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, la sentencia podrá, además, condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa.**

La Ley para facilitar el juicio de calificación ha establecido 3 criterios de imputabilidad: en primer lugar, a una definición legal, que considera culpable el concurso cuando la insolvencia se hubiera generado o agravado mediando dolo o culpa grave del deudor, o, en el caso de las personas jurídicas, de sus administradores o liquidadores (art. 164.1 LC); en segundo lugar, una tipificación de supuestos que al margen de la concurrencia o no de la culpa merecen por sí mismos la calificación culpable (art. 164.2 LC); y, en tercer lugar, tres casos en los que se presume *iusuris tantum* el dolo o la culpa grave, y consiguientemente admiten la prueba en contrario para eludir la calificación culpable del concurso (art. 165 LC). Sólo cuando se acude al primer criterio, la conducta merecedora de la calificación culpable del concurso lo será también de la responsabilidad del administrador de la sociedad 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, 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<sup>357</sup>.

La norma recoge tres requisitos: dos elementos condicionales consistentes en la apertura de la sección de calificación como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación y que el concurso sea de persona jurídica; un elemento económico derivado de que los acreedores concursales no cobren totalmente sus deudas; un elemento subjetivo en cuanto a las personas que pueden ser condenadas y que se limita a administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable<sup>358</sup>.

Se trata de una responsabilidad prevista sólo para los casos más graves de concursos de persona jurídica calificados como culpables, puesto que es preciso que se haya abierto la fase de liquidación y exista déficit patrimonial para cubrir las deudas de la persona jurídica concursada, y no es exigible a los cómplices sino solamente a quienes hayan sido administradores o liquidadores de la persona jurídica<sup>359</sup>.

Dice que el juez "podrá" condenar a los administradores a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe de sus créditos no satisfechos. La facultad que tiene el juez se puede emplear o no, según las circunstancias, aunque sea discutible si queda sometido al principio de rogación. La utilización de una expresión como la empleada por la ley parece habilitar al juez, que tiene así una facultad potestativa. Puede utilizarla o no, sin que quede obligado por las peticiones de las partes. Sin duda al juez le vincula la calificación que hagan fiscal y administración concursal, de modo que si ambos coinciden en considerarlo fortuito no puede dictar otra resolución que el auto de archivo de la sección<sup>360</sup>.

Rigen también en este ámbito, puesto que se trata de jurisdicción civil, los principios de justicia rogada y de congruencia, en función de los cuales no es posible imponer una condena indemnizatoria que no haya sido solicitada por las partes o venga, en su caso, determinada directamente por la Ley como pronunciamiento accesorio ligado a otro principal. Por eso, si la administración concursal o el ministerio fiscal no consideran oportuno pedir la condena de los administradores o liquidadores de la concursada a cubrir el fallido con su patrimonio personal, el juez no podrá siquiera considerarla. Si se pide, el juez deberá valorar si procede o no imponerla y con qué alcance<sup>361</sup>. Por aplicación del principio de rogación que inspira el procedimiento civil, es necesario que exista una petición concreta para tal condena conforme a este precepto, so pena de incurrir en indefensión de la parte presuntamente

<sup>357</sup> AAAP Barcelona [15ª] 6.2.2006 y 29.11.2007; SAP Barcelona [15ª] 19.3.2007

<sup>358</sup> SJM Málaga 22.5.2006

<sup>359</sup> SAP Madrid [28ª] 5.2.2008

<sup>360</sup> SJM 1 Bilbao 26.4.2007

<sup>361</sup> SJM 1 La Coruña 30.5.2007

responsable<sup>362</sup>. La falta de solicitud de condena a los administradores o liquidadores prevista en este precepto conlleva la imposibilidad de incluir ésta en la sentencia que en su caso califique el concurso como culpable<sup>363</sup>.

#### **4.5.1. Naturaleza de la responsabilidad**

La polémica entre el carácter indemnizatorio o sancionador parece falsa, ya que nada impide que una sanción civil, como en esta norma, consista en aplicar una determinada indemnización -como pudiera ser una multa alzada-, total o parcial, del daño a un sujeto, y el daño siempre viene ínsito con la constitución de la masa de acreedores, consistiendo en la insatisfacción del crédito por la sociedad concursada. El problema no es de naturaleza, sino de que se considere amortizada la relación de causalidad por la declaración de concurso culpable afectando a administradores o liquidadores sociales, o no<sup>364</sup>.

##### **4.5.1.1. Responsabilidad por deudas**

Se interpreta la responsabilidad del artículo 172.3 como una responsabilidad por deudas, esto es, no parece que la Ley exija un nexo causal entre las conductas que permiten calificar el concurso como culpable y la situación de insolvencia. Dicha responsabilidad derivada directamente de la insuficiencia patrimonial y de la calificación como culpable del concurso, conlleva implícitamente la sujeción en el concurso del patrimonio de los administradores y liquidadores de hecho o de derecho actuales y de los que lo fueron dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, puesto que es posible extender a estos la responsabilidad por las deudas impagadas. Lo anterior se extrae también del artículo 48.3 que permite la adopción, incluso de oficio, de una efectiva medida de naturaleza eminentemente cautelar, dirigida frente al patrimonio de dichos administradores y liquidadores, consistente en el embargo de bienes y derechos suficientes para cubrir el exceso de pasivo. De esta manera, el legislador ha sujetado el concurso no sólo al patrimonio o masa activa del deudor concursado sino que ha extendido la responsabilidad a dichos administradores o liquidadores<sup>365</sup>.

El patrimonio destinado a satisfacer los derechos de los acreedores que conforman la masa pasiva ya no lo constituye únicamente el patrimonio del deudor fallido sobre el que pesa la ejecución colectiva sino que, en el caso de las personas jurídicas, el procedimiento se podrá dirigir también contra los patrimonios de terceras personas como son los administradores o liquidadores de hecho o de derecho y que de esta manera son ofrecidos a los acreedores a modo de garantía para asegurar que, cuando concurren determinadas circunstancias, tales patrimonios estarán llamados a satisfacer el importe de sus créditos en le que no perciban en la liquidación de la masa activa<sup>366</sup>.

La responsabilidad concursal es una responsabilidad por deudas, por las siguientes razones interpretativas: 1ª por una interpretación literal del artículo 172.3, que no hace referencia a la conducta del sujeto como determinante de la imposición de la obligación y tampoco contiene indicación de ningún tipo referente a la relación de causalidad entre la conducta y el daño, sino que establece una atribución legal de responsabilidad por deudas ajenas, exigible cuando concurre un determinado supuesto de hecho. 2ª por una interpretación sistemática que resulta de conectar los artículos 172.3, 169.1 y 172.2-3º. 3ª, así como de relacionar el artículo 172.3 con las normas societarias sobre responsabilidad de los administradores sociales. 4ª porque la inclusión del verbo “podrá” en el tenor literal del precepto no supone que la naturaleza de la responsabilidad sea resarcitoria, porque dicha forma verbal condicional lo que supone es que no a todos los administradores se les impone este género de responsabilidad. Y el que el juez del concurso pueda graduar la responsabilidad, no es sino una manifestación más de las facultades moderadoras del juez que se contienen en nuestro ordenamiento<sup>367</sup>.

---

<sup>362</sup> SSJM 1 Lérida 5.5.2008; 1 Alicante 21.11.2007

<sup>363</sup> SJM Santander 19.12.2007

<sup>364</sup> AJM 2 Bilbao 18.9.2007

<sup>365</sup> AAJM 2 Barcelona 18.7.2005 y 16.11.2005; Santander 13.2.2006

<sup>366</sup> SJM 1 Oviedo 13.12.2005

<sup>367</sup> SSAP Madrid [28ª] 5.2.2008; Córdoba [3ª] 28.3.2008; SJM 1 Lérida 5.5.2008



#### 4.5.1.2. Responsabilidad por sanción

Si en virtud de la indemnización prevista en el artículo 172.2-3º de la 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. Delimitada la responsabilidad concursal como una responsabilidad sanción, que carecía de tipificación en la legislación derogada, debe establecerse la imposibilidad de aplicarla a hechos acaecidos con anterioridad a la entrada en vigor de la LC<sup>368</sup>.

Entendemos que el legislador ha querido darle esta naturaleza sancionadora al no recoger, como sí lo hace en el apartado segundo del artículo 172 una referencia expresa a supuestos resarcitorios<sup>369</sup>. Dicha responsabilidad se configura como objetiva, desprovista, pues, de todo elemento culpabilístico en la producción de la insolvencia, por lo que basta la petición de parte (de ahí el término “podrá”, pues si no existe ésta el juez no puede condenar) y la concurrencia del elemento objetivo consistente en que la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación para que haya de aplicarse esta responsabilidad-sanción. El artículo 172 viene a reproducir, *mutatis mutandis*, el esquema de la responsabilidad de los administradores de las LSA y RL<sup>370</sup>. La interpretación más prudente de la expresión “podrá” parece llevarnos a que no debe imponerse de forma automática esta sanción, sino sólo cuando en función de la gravedad de la conducta de los administradores se obtiene la conclusión de que su actuación dolosa o culposa es merecedora de ella, que se impondrá justificadamente, con mayor o menor extensión, condenando total o parcialmente a cubrir el déficit, en consideración a la actuación de las personas afectadas por la declaración, y siempre con carácter restrictivo dado su carácter sancionador<sup>371</sup>.

Con esta interpretación no se subvierte la finalidad de la LC. Es cierto que con el establecimiento de la responsabilidad sanción los acreedores tendrán cierto interés en evitar el convenio cuando tengan visos de que el concurso puede calificarse de culpable, puesto que con ello conseguirán alcanzar el patrimonio de los administradores o liquidadores. Sin embargo, ello supone un acicate en el comportamiento preconcursal de los responsables de la persona jurídica<sup>372</sup>.

#### 4.5.1.3. Responsabilidad por daño y culpa

Se trata de un supuesto de responsabilidad por daño y culpa, pues presupone su concurrencia. Por una parte, la responsabilidad procede únicamente cuando se opte por la liquidación como solución al concurso, y el objeto de la condena es el pago de la totalidad o parte de los créditos concursales no satisfechos con la liquidación. En realidad, estos créditos no satisfechos con la liquidación son el perjuicio sufrido por los acreedores concursales como consecuencia del estado de insolvencia del deudor. Y la condena a indemnizar procede imponerla sólo en el caso de concurso culpable. Contribuye a argumentar así el tenor literal del artículo 172.3 de la LC, que no se refiere a la imposición de una sanción automática consecuencia de la calificación de 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, es que también puede no condenar. Y tanto si lo hace como si no, debe acudir a un criterio y éste responde al esquema de la responsabilidad por daño y culpa<sup>373</sup>.

La sentencia que declare el concurso culpable no deberá, además, necesariamente, condenar a los administradores a pagar el pasivo que no resulte cubierto por la liquidación,

<sup>368</sup> SSJM 5 Madrid 16.2.2006, 5.12.2006, 18.1.2007, 26.6.2007 y 11.7.2007; 4 Barcelona 31.5.2006; 1 Madrid 16.1.2007; AJM 1 Madrid 4.6.2007

<sup>369</sup> SJM Málaga 22.5.2006

<sup>370</sup> SSJM 1 Oviedo 2.6.2007, 29.10.2007 y 5.11.2007

<sup>371</sup> SJM Granada 2.10.2006

<sup>372</sup> SJM 1 Madrid 4.6.2007

<sup>373</sup> AAAP Barcelona [15ª] 6.2.2006, 9.3.2006, 30.3.2006, 27.4.2006 y 29.11.2007; SSAP Barcelona [15ª] 21.2.2008, 25.3.2008, 19.3.2007 y 29.11.2007; SJM 2 Barcelona 9.5.2006; SAP Jaén 15.11.2007; SJM 1 Palma de Mallorca 11.6.2007

sino que “podrá” hacerlo si es que, con la ayuda o no de las presunciones legales, determina que uno o ciertos administradores han contribuido con dolo o culpa grave a generar o agravar la insolvencia. La modulación cuantitativa de la condena viene dada por la medida en que la conducta dolosa o gravemente negligente del administrador ha contribuido a la generación o agravación de la insolvencia. Y es que la graduación cuantitativa que permite la norma sólo es jurídicamente explicable si se atiende a un criterio de causalidad entre el daño (el estado de insolvencia, que provoca que los créditos resulten total o parcialmente Insatisfechos tras la liquidación) y el título de Imputación descrito en el artículo 164.1 (la generación o agravación de la insolvencia por conducta de los administradores mediando dolo o culpa grave)<sup>374</sup>.

Se puede calificar la responsabilidad prevista en este precepto como resarcitoria y no por ello duplicar la prevista en el artículo 172.2-3<sup>375</sup>. Hay que valorar la conducta del administrador y su participación en la generación o agravación de la insolvencia, de tal suerte que sólo si se prueba la existencia de relación de causalidad, entre la conducta culposa y el daño o perjuicio, será procedente la condena al administrador para que indemnice el daño<sup>376</sup>. Las tesis resarcitorias encajan mucho mejor en la dicción literal de la norma e incluso en el sistema de responsabilidad propio de la jurisdicción civil en la que aún en supuestos de responsabilidades objetivas o cuasi-objetivas se han introducido elementos que permiten incardinar estas situaciones en el marco general de la responsabilidad previsto en el artículo 1902 del Código Civil. Sin bien estas tesis no solucionan algunos problemas de solapamiento con la acción social de responsabilidad prevista en el artículo 134 LSA<sup>377</sup>.

#### **4.5.2. Delimitación de los “acreedores concursales”**

En cuanto a si esta expresión se refiere tanto a los créditos contra la masa como a los créditos del concurso, es necesario justificar la excepcionalidad del precepto y el carácter estricto en la interpretación de la norma sancionadora y acudir al artículo 84 por cuanto distingue entre los créditos concursales y los créditos contra la masa. La norma sólo se refiere a los acreedores concursales excluyendo los acreedores de la masa. Por otro lado, en esta sección y en este concreto apartado el interés tutelado es, *in genere*, el de los acreedores sean quienes fueren los interesados personados. Es por ello que sea cual sea el origen de la petición cuando la petición se realiza con este interés (el del acreedor) la condena no puede estar limitada a los que la han solicitado sino que es extensible a todos los acreedores<sup>378</sup>.

Cuando la Ley habla de acreedores concursales está empleando una expresión vulgar, no técnica, que englobaría a los acreedores de la masa, pues carece de sentido que tratándose de una responsabilidad que opera en sede de concurso se desconozca la prioridad en el cobro de los créditos contra la masa. Por ello, en el cálculo de la condena se debe tener en cuenta, como módulo de partida, la totalidad de los créditos impagados, cualquiera que sea su naturaleza, y, una vez fijada la cuantía de aquélla, las cantidades obtenidas se destinarán a la masa activa<sup>379</sup>.

## **4.6. RECURSOS**

*Art. 172.4. Quienes hubieran sido parte en la sección de calificación podrán interponer contra la sentencia recurso de apelación.*

La presencia de coadyuvantes es una garantía normalizada tanto en la jurisdicción civil como en el resto de órdenes jurisdiccionales, el hecho de que no puedan efectuar pretensiones individualizadas distintas de las formuladas por el ministerio fiscal no ha de determinar que no puedan intervenir en el procedimiento, incluso recurrir la resolución que se dicte en caso de considerar que no se ajusta a derecho, todo ello al amparo del artículo 172.4 de la Ley que permite a quien hubiera sido parte en la sección de calificación interponer recurso de apelación y es parte de la calificación quien se hubiera personado conforme al artículo 168,

<sup>374</sup> AAP Barcelona [15ª] 28.5.2007

<sup>375</sup> AAP Barcelona [15ª] 29.11.2007; SSAP Barcelona [15ª] 29.11.2007 y 21.2.2008

<sup>376</sup> SSJM 2 Barcelona 19.1.2007; 1 Palma de Mallorca 10.1.2008

<sup>377</sup> SJM 3 Barcelona 5.10.2007

<sup>378</sup> SJM Málaga 22.5.2006

<sup>379</sup> SSJM 1 Oviedo 2.6.2007, 29.10.2007 y 5.11.2007

dado que si no se interpreta de este modo el precepto resulta que la presencia de los acreedores en la sección de calificación queda vacía de contenido procesal<sup>380</sup>.

El incidente de calificación es uno de los supuestos, junto con la acción de reintegración, en los que se restringe la legitimación para accionar y la posibilidad de intervención. Se considera una excepción a la intervención adhesiva regulada en el artículo 193. En consecuencia, la legitimación se restringe a la administración concursal o al ministerio fiscal, pues dentro de los primeros se integran los acreedores concursales. Así se desprende de lo dispuesto en el artículo 169, es por ello que no siendo partes en los incidentes de calificación los acreedores, no están legitimados para recurrir la sentencia de calificación<sup>381</sup>.

*Art. 197.6. Cabrá recurso de casación y extraordinario por infracción procesal, de acuerdo con los criterios de admisión previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, contra las sentencias dictadas por las audiencias relativas a la aprobación o cumplimiento del convenio, a la calificación o conclusión del concurso, o que resuelvan acciones de las comprendidas en las secciones tercera y cuarta.*

Establece el régimen de los recursos extraordinarios contra las resoluciones recaídas en procedimientos concursales atendiendo a la clase de resolución y a su materia, marco que se debe integrar, en su caso, con las previsiones contenidas en los apartados 3º y 4º del mismo artículo 197, encontrándose inserto en el sistema y régimen de recursos establecido con carácter general en los capítulos IV y V del Título IV del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, mientras perviva, en el régimen provisional que establece su Disposición Final 16ª. De manera que, el examen de su recurribilidad en casación o por la vía del recurso por infracción procesal de las resoluciones dictadas en el concurso exigirá tanto la verificación de la recurribilidad de dicha resolución conforme al 197.6 de la Ley Concursal, cuanto la comprobación de la concurrencia de los presupuestos y requisitos a los que se condiciona el acceso a los recursos extraordinarios en la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que impone: a. la necesidad de que se esté ante una resolución dictada por una Audiencia Provincial, lo cual implica, a su vez, la posibilidad de un recurso de apelación del que ésta deba conocer; b. que la resolución sea relativa a alguna de aquellas materias que el legislador de la Ley Concursal ha considerado no sólo trascendentes a los fines del concurso, sino también con autonomía y sustantividad dentro del mismo, bien en la fase común, bien en las fases posteriores; y c. que se dé alguno de los presupuestos que abre el acceso a la casación previstos en el artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El acceso a los recursos extraordinarios no queda limitado a las sentencias dictadas en recursos de apelación "autónomos", sino que también alcanza a las sentencias que, en la apelación más próxima, resuelvan las cuestiones suscitadas y resueltas en los incidentes promovidos durante las indicadas fases, respecto de los cuales los afectados por ellas hayan formulado la protesta en el plazo legal<sup>382</sup>.

La alusión a la autonomía y sustantividad como rasgos definitorios de las materias a las que el legislador de la Ley Concursal ha reservado el acceso a los recursos extraordinarios debe entenderse en el sentido de ser opuestos al carácter incidental con que configura otras cuestiones en el seno del concurso. Esos rasgos, empero, no se descubren por el hecho de que la Ley haya previsto la posibilidad expresa de que las resoluciones que se dictan sobre aquellas materias sean recurridas en apelación sin tener que esperar a la apelación más próxima, mediando la correspondiente y oportuna protesta. Lo que permite el acceso a los recursos extraordinarios es la conjunción de dos circunstancias: la primera, que sea posible una sentencia dictada por la Audiencia Provincial, lo que, habida cuenta del régimen de competencia objetiva y funcional de los órganos jurisdiccionales civiles establecidos en nuestro ordenamiento, requiere la previsión de un recurso de apelación contra una resolución de un Juez de lo Mercantil; y la segunda, que verse sobre alguna de las materias que se enumeran en el apartado sexto del artículo 197 LC. Debe retenerse, además, que la posibilidad de recurso de apelación se da, en el régimen de esta Ley, bien porque el legislador haya establecido expresamente este recurso contra los autos resolutorios de los recursos de reposición y las sentencias dictadas en incidentes concursales promovidos en la fase común o en la de convenio, bien porque se interponga contra las sentencias que aprueben el convenio, en el que podrán reproducirse las cuestiones objeto de los incidentes promovidos durante la fase común o la de convenio que no tengan específicamente prevista la posibilidad de recurso de apelación, y siempre que medie la

---

<sup>380</sup> SJM 3 Barcelona 5.10.2007

<sup>381</sup> SAP Jaén 15.11.2007

<sup>382</sup> AATS. Civil 1. 23.01.07, 18.09.07, 13.11.07, 30.10.07, 11.12.07, 30.01.07, 29.05.07, 31.07.07 y 06.05.08.

correspondiente y oportuna protesta frente a la resolución que les pone término, o contra las que resuelvan incidentes concursales promovidos con posterioridad o en la fase de liquidación. El acceso a los recursos extraordinarios no queda limitado, pues, a las sentencias dictadas en recursos de apelación "autónomos", entendidos éstos como los que, por estar expresamente previstos, son posibles durante la sustanciación de la fase común o de convenio del concurso, sino que también alcanza a las sentencias que, en la apelación más próxima, resuelvan las cuestiones suscitadas y resueltas en los incidentes promovidos durante las indicadas fases, respecto de las cuales los afectados por ellas hayan formulado la protesta en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de la resolución. Lo contrario, reducir el acceso a los recursos extraordinarios a las sentencias dictadas en recursos de apelación que, por estar expresamente previstos, hayan sido interpuestos en incidentes promovidos durante la fase común y de concurso, además de ser una interpretación que no se compadece bien con la letra de la Ley, no se ajusta tampoco a su espíritu<sup>383</sup>.

---

<sup>383</sup> AATS. Civil 1. 27.03.07, 18.09.07, 13.11.07, 13.05.08, 10.06.08 y 06.05.08.

## **ANEXO II**

### **AUTO DE LA SECCIÓN 15ª DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA (RECURSO DE APELACIÓN CONTRA AUTO DEL JM 4 DE BARCELONA DE 10.06.05) DE 6 DE FEBRERO DE 2006 (MAGISTRADO PONENTE: IGNACIO SANCHO GARGALLO)**

PRIMERO: Planteamiento de la controversia en esta alzada

El auto recurrido acuerda el embargo preventivo de los bienes del administrador de la sociedad concursada, al apreciar la existencia de indicios suficientes de que el concurso se calificará culpable en atención a dos motivos: el primero, que en la relación de acreedores aportada con la solicitud de concurso se omitieron los créditos de la Seguridad Social y de la Hacienda Pública, que en total suman 51.645,23 euros, algo menos del 25% total del pasivo, lo que constituye el tipo previsto en el art. 164.2.2º LC; y, el segundo, que el deudor había dejado de pagar cinco cuotas mensuales de la Seguridad social y, concurriendo un hecho externo revelador de la insolvencia (art. 2.4.4º LC), dejó de cumplir con el deber de promover el concurso en el plazo de dos meses (art. 5 LC). El embargo se acuerda para cubrir la suma de 415.080 euros que es, a juicio del informe de la administración concursal, la diferencia entre el activo (46.020'52 euros) y el pasivo (461.100'75 euros).

El administrador de la sociedad concursada, A. P. L., recurre en apelación el auto de embargo, por las siguientes razones: 1º la omisión de los créditos de la Seguridad Social y de la Hacienda Tributaria responde a un simple error material, y no a una ocultación de datos, pues estas deudas aparecen reflejadas en la documentación contable también aportada con la solicitud de concurso; 2º porque no debería aplicarse con tanto rigor la exigencia del art. 5 LC (dirigida al deudor común para que solicite su concurso dentro de los dos meses siguientes a que conociera o debiera conocer la situación de insolvencia), en el caso de un pequeño empresario y en los primeros meses de aplicación de la Ley, en que es menos conocida; 3º que para determinar la diferencia entre el activo y el pasivo se ha tomado por referencia la situación contable en el momento de emitir el informe y no al tiempo de presentarse la solicitud de concurso, y en concreto no deberían tenerse en cuenta los créditos contra la masa, lo que reduce el pasivo a 233.452,02 euros; y 4º de esta cantidad debería descontarse el crédito de 70.000 euros que el administrador demandado tiene frente a la sociedad concursada.

SEGUNDO: Alcance del enjuiciamiento para el embargo de los bienes del administrador de la sociedad concursada

La medida cautelar de embargo preventivo de los bienes del administrador de la sociedad concursada -prevista en el art. 48.3 LC- es accesoria de la pretensión principal deberá ejercitarse en la sección de calificación, cuando proceda la calificación de del concurso de una persona jurídica, de condena de dicho administrador de la sociedad -de derecho o de hecho- o de quien lo hubiera sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, a pagar total o parcialmente los créditos concursales no satisfechos con la liquidación (art. 172.3 LC).

Es cierto que, como argumenta el auto recurrido, esta medida cautelar goza de una regulación específica en el art. 48.3 LC, que la singulariza frente al régimen general de las medidas cautelares previstas en los arts. 722 y ss. LEC, pero también lo es que la regulación específica es insuficiente y que debe ser integrada con el referido régimen

general -especialmente con el art. 728 LEC- e interpretada de forma sistemática con las normas que regulan la calificación concursal (art. 163 y ss. LC).

Una de las peculiaridades de esta medida cautelar es que puede ser apreciada de oficio por el Juez o a instancia del administrador concursal, como ocurrió en el caso enjuiciado. Otra se refiere al momento de su adopción, pues no es preciso esperar al informe de la calificación del concurso del art. 169.1 LC y ni siquiera a la apertura de la sección de calificación (arts. 163 y 167 LC), si no que puede ser acordada desde la misma declaración de concurso. Además, se exime de la obligación de aportar caución a la administración concursal, sin perjuicio de que el embargo pueda ser sustituido, a solicitud del interesado, por un aval de entidad de crédito (art. 48.3 LC).

Estas especialidades no empecen a la referida relación de accesoriedad del embargo respecto de la acción principal de responsabilidad de los administradores (o liquidadores) por los créditos no satisfechos con la liquidación, ni a que, en función de ello, deban cumplirse los requisitos generales del *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, analizados siempre en relación con dicha acción principal.

De este modo, el embargo puede adoptarse desde que surge la apariencia de responsabilidad de los administradores o liquidadores, que presupone también la previsión de que se optará por la liquidación y que ésta resultará insuficiente para el pago de los créditos. El peligro por la demora procesal incluirá la urgencia en adoptar esta medida antes incluso de la apertura de la calificación, en atención al riesgo de ineffectividad de la hipotética sentencia condenatoria como consecuencia de la dilación propia de la tramitación de la fase común del concurso y del incidente de calificación, por lo que estará en función de la "solvencia patrimonial del administrador.

Lo que resulta más conflictivo, como se pone de relieve en el presente caso, es la apreciación del requisito de la apariencia de buen derecho, pues ello exige ineludiblemente especificar la naturaleza de la responsabilidad prevista en el art. 172.3 LC.

Se trata de un supuesto de responsabilidad por daño y culpa, pues presupone su concurrencia. Por una parte, la responsabilidad procede únicamente cuando se opte por la liquidación como solución al concurso, y el objeto de la condena es el pago de la totalidad o parte de los créditos concursales no satisfechos con la liquidación. En realidad, estos créditos no satisfechos con la liquidación son el perjuicio sufrido por los acreedores concursales como consecuencia del estado de insolvencia del deudor. Y la condena a indemnizar procede imponerla sólo en el caso de concurso culpable, esto es, cuando en la generación o agravación de la insolvencia hubiere mediado dolo o culpa grave de los administradores o liquidadores de derecho o de hecho del deudor persona jurídica (art. 172.3 en relación con el art. 164.1 LC). Contribuye a argumentar así el tenor literal del art. 172.3 LC que no se refiere a la imposición de una sanción automática consecuencia de la calificación de 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, es que también puede no condenar. Y tanto si lo hace como si no, debe acudir a un criterio y éste responde al esquema de la responsabilidad por daño y culpa. Condenará al administrador de derecho o de hecho que con su actuación hubiere generado o agravado la insolvencia y, en este segundo caso, valorará su participación en la agravación para moderar el alcance de la responsabilidad y con ello la parte de los créditos insatisfechos a que debe ser condenado a pagar el administrador. En la medida que el administrador declarado persona afectada por la calificación culpable del concurso es responsable de los hechos que han justificado tal calificación, en la misma medida también lo es de las

consecuencias de la insolvencia generada o agravada por su conducta, y en concreto de la insatisfacción de los créditos concursales. Todo lo cual prueba la existencia de la relación de causalidad entre la conducta culpable y el daño o perjuicio objeto de indemnización.

De este modo, aunque el art. 48.3 LC exija tan sólo que *"de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas"*, ello no es suficiente pues, además, debe acreditarse también indiciariamente que al administrador (o liquidador) a quien se pretende embargar se le puede imputar la conducta que merece la calificación culpable del concurso y que dicha conducta ha generado o agravado la insolvencia o cuando menos es apta para ello.

En consecuencia con lo anterior, el auto de embargo debe justificar la apariencia de buen derecho, esto es, que de los elementos obrantes en el concurso existen indicios de los siguiente extremos: 1º El concurso acabará presumiblemente por liquidación, sin que el activo resulte suficiente para pagar la totalidad de los créditos concursales; 2º La persona cuyos bienes se embargan es administrador (o liquidador) de derecho o de hecho del deudor concursado persona jurídica, al tiempo de declararse el concurso o lo había sido en los dos años precedentes; 3º Dicho administrador (o liquidador) será declarado persona afectada por la calificación culpable del concurso, siendo su conducta no sólo idónea para obtener dicha calificación, sino también para haber generado o agravado la situación de insolvencia; 4º En qué medida esta persona afectada por la calificación ha generado o agravado este estado de insolvencia, pues de acuerdo con ella podrá calcularse su responsabilidad con respecto al importe que presumiblemente no vaya a satisfacerse con la liquidación.

TERCERO: Apariencia de buen derecho

En este caso, no se discute que el concurso se encaminaba hacia la liquidación ni que Sr. A.P.L. sea el administrador de la sociedad concursada. Sí que se discute la concurrencia de indicios de los dos motivos que podrían justificar la calificación culpable del concurso: haber cometido el deudor una inexactitud grave en la documentación aportada con la solicitud de concurso (art. 164.2.2º LC) y el incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso a tiempo (art. 165.1º LC).

El art. 48.3 LC no hace ninguna mención al respecto, lo que puede interpretarse en el o de que a los efectos de valorar la procedencia del embargo, en atención al momento en que se adopta, muy anterior a que se conozcan todas las circunstancias que permitirían formular propiamente la petición de calificación -cuando se abra la sección sexta y la administración concursal emita su informe conforme al art. 169 LC-, bastaría con los indicios de la calificación culpable, quedando para el posterior incidente concursal la valoración de la repercusión que esta conducta del administrador ha tenido en la generación o agravación de la insolvencia, pues atendiendo a ello debería condenarse al demandado y fijarse la cuantía objeto de condena. Lo que no impide analizar en esta fase cautelar si la conducta imputada al administrador de la sociedad, al margen de que pueda merecer la calificación culpable del concurso, podría además ser causa de la generación o agravación de la insolvencia.

En contra de lo que a primera vista podría parecer, no todas las conductas que pueden merecer la calificación culpable del concurso son causa de la generación o a agravación de la insolvencia. Eso es así, porque la Ley para facilitar el juicio de calificación ha establecido tres criterios de imputabilidad: en primer lugar, una definición legal que considera culpable el concurso cuando la insolvencia se hubiera generado o

agravado mediando dolo o culpa grave del deudor o, en el caso de las personas jurídicas, de sus administradores o liquidadores (art. 164.1 LC); en segundo lugar, una tipificación de supuestos que al margen de la concurrencia o no de la culpa merecen por sí mismos la calificación culpable (art. 164.2 LC); y, en tercer lugar, tres casos en los que se presume *iuris tantum* el dolo o la culpa grave, y consiguientemente admiten la prueba en contrario para eludir la calificación culpable del concurso (art. 165 LC).

Sólo cuando se acude al primer criterio, la conducta merecedora de la calificación culpable del concurso lo será también de la responsabilidad del administrador de la sociedad 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, 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. Así ocurre en el presente caso con la inexactitud grave en la lista de acreedores aportada con la solicitud del concurso, que conforme al art. 164.2.2º LC dará lugar a una calificación culpable y, sin embargo, por tratarse de una conducta concurrente a la solicitud y declaración de concurso, es imposible que haya generado o agravado la situación de insolvencia. Es por ello que, aunque no es necesario en esta fase cautelar la acreditación indiciaria de la relación de causalidad entre la conducta imputada al administrador de la sociedad -tipificada en los arts. 164.2 o 165 LC- y la generación o agravación de la insolvencia, sí es imprescindible que por las características de dicha conducta sea susceptible de haber generado o agravado la insolvencia, de modo que en supuestos en los que no lo sea cabrá apreciar la ausencia de *fumus boni iuris*.

La segunda de las conductas imputadas al administrador de la sociedad -no haber presentado a tiempo la solicitud de concurso (art. 165.1º LC)- presupone ya la existencia del estado de insolvencia, por lo que no podríamos atribuirle su generación, pero sí su agravación. Y sería en la medida en que lo hubiera agravado en la que debería, a la postre -al dictar la sentencia de calificación-, condenarse al administrador de la sociedad, que se demoró en el cumplimiento de este deber legal, a pagar los créditos concursales no satisfechos con la liquidación.

En la vista de medidas cautelares, la representación procesal de A. P. L. reconoció que en la lista de acreedores aportada con la solicitud de concurso se omitió la deuda que la sociedad tenía con la Seguridad Social (24.443'05 euros) y con la Agencia Tributaria (27.202'18 euros), aunque también argumentó que ello fue debido a un simple error, pues ambos créditos se reflejan en la contabilidad aportada también con la solicitud. El art. 6.2.4º LC menciona, entre los documentos que el deudor debe aportar con su solicitud de concurso voluntario, una relación de acreedores, y aunque la omisión de un acreedor, si el crédito no es muy significativo, podría carecer de relevancia, no ocurre lo mismo cuando se trata de dos créditos públicos, que sumados (51.645'23 euros) representan casi una cuarta parte del total del pasivo concursal (233.452,02 euros). Esta omisión, por sí sola, en principio constituiría un indicio suficiente en el que apoyar un juicio provisional de que nos hallamos ante una inexactitud grave en la lista de acreedores aportada por el deudor instante del concurso, y por lo tanto ante la conducta tipificada por el art. 164.2.2º LC. Los motivos aducidos por el deudor, de que ello responde a un simple error, pues quien elaboró la lista mencionó todos los acreedores comerciales y financieros, pero no los acreedores públicos, debería en todo caso valorarse en el incidente concursal que resuelva la oposición a la calificación culpable basada en esta causa, para apreciar si ello resta gravedad al error e impide la subsunción de estos hechos en el supuesto de hecho descrito en el art. 164.3.2º LC.

Por otra parte, el art. 5 LC impone al deudor el deber de solicitar el concurso de acreedores en el plazo de dos meses desde que hubiere conocido y debido conocer su estado de insolvencia. El certificado de la TGSS aportado con su petición de medidas



cautelares (folio 5) prueba que la sociedad concursada había dejado de pagar las cuotas de la Seguridad Social correspondientes a los meses de agosto, septiembre, y octubre de 2004, por lo que desde primeros de noviembre de aquel año comenzaba a contarse el plazo de dos meses para presentar la solicitud de concurso, cumpliéndose a primeros de enero de 2005. El auto de ocho de marzo de 2005, por el que se declaró el concurso (aportado a los autos -folio 34-), deja constancia de que la solicitud fue presentada al juzgado el 2 de febrero de 2005. Si esto es así, puede decirse que el deudor se habría retrasado un mes en presentar el concurso. Este retraso es uno de los hechos tipificados en el art. 165.1º LC, que por sí solo permite también la calificación culpable del concurso porque presume el dolo o la culpa grave del deudor concursado o, tratándose de una persona jurídica, de sus administradores (o liquidadores). Y aunque esta presunción es *inris tantum*, y por lo tanto admite prueba en contrario, resulta suficiente para, a través de un juicio provisional e indiciario, apreciar el *fumus boni iuris* respecto de la calificación culpable del concurso. De modo que quedaría para el incidente concursal que resuelva la oposición a la calificación la valoración de las razones y hechos que negarían la concurrencia del dolo o la culpa grave.

Hasta aquí se advierte la existencia de apariencia de buen derecho respecto de la calificación culpable del concurso y de que la persona afectada por esta calificación sería el administrador único de esta entidad, A. P. L., pero ello no es suficiente, pues para que dicho administrador fuera condenado a pagar la totalidad o parte de los créditos concursales no satisfechos con la liquidación sería necesario que además existiera una relación de causalidad entre la conducta imputada al administrador que sería merecedora de la calificación culpable y la generación o agravación de la insolvencia.

Si esto es así, resulta lógico advertir que la agravación de la insolvencia provocada por el retraso en la solicitud de concurso vendrá determinada por los créditos nacidos con posterioridad a dicho incumplimiento (en este caso, desde el 1 de enero de 2005) y antes de la solicitud de concurso (1 de febrero de 2005), y en concreto por el importe total de dichos créditos. Como quiera que la administración concursal tenía que elaborar la lista de acreedores (junto con el inventario y el preceptivo informe), podía conocer cuales eran estos créditos y la suma total de los mismos, y consiguientemente debía haberlo indicado en su solicitud de embargo. No habiéndolo hecho, se desconoce si existió algún crédito nacido en el mes en que se retrasó el deudor en presentarse en concurso. En consecuencia, no se aprecia en este momento, y en el curso de un juicio provisional, ningún indicio de en que medida la conducta del deudor -se retrasarse en la solicitud de concurso- pudo agravar su estado de insolvencia.

CUARTO: Costas

Estimado el recurso de apelación, no procede hacer expresa condena en costas, de conformidad con lo prescrito en el art. 398.2 LEC.



## ANEXO III

### SENTENCIA DE LA SECCIÓN 28ª DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID (RECURSO DE APELACIÓN 255/2007) DE 5 DE FEBRERO DE 2008 (MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL SARAZA JIMENA)

Primero.- En la sección de calificación abierta en el concurso de la sociedad E. SL se dictó sentencia en la que el concurso fue calificado como culpable, se declaró persona afectada por la calificación a R., se le inhabilitó para administrar bienes ajenos así como para representar o administrar a cualquier persona por período de cinco años, se le condenó a la devolución de la cantidad indebidamente obtenida del patrimonio del deudor, fijada en 116.639,80 euros y se le condenó a cubrir el déficit concursal hasta la cantidad de 636.066,38 euros. La representación de la entidad E. SL y de R. ha recurrido dicha sentencia en apelación.

Segundo.- Combate el recurrente en su recurso la concurrencia de las causas que fundamentan la calificación del concurso como culpable en la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil, consistentes 1º) en la concurrencia de la cláusula general del artículo 164.1 de la Ley Concursal, que “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” en este caso, el administrador social, R., al no haber realizado las actuaciones exigidas por la ley para la disolución y posterior liquidación de la sociedad pese a la concurrencia de la causa legal de disolución consistente en la concurrencia de una grave situación de pérdidas agravadas (fondos propios negativos de en torno a los 200.000 euros frente a un capital social de 3.005,06 euros); y 2º) en la concurrencia del supuesto constitutivo de la presunción *iuris et de iure* de concurso culpable del artículo 164.2.1º de la Ley Concursal consistente en la comisión de inexactitud relevante para la comprensión de la situación patrimonial o financiera en la contabilidad, al haber recogido en las cuentas anuales del ejercicio 2003 una supuesta ampliación de capital de 109.090,90 euros, que habría permitido reducir sustancialmente el importe de los fondos propios negativos, cuando tal ampliación de capital no tuvo lugar.

Tercero.- Respecto de la primera conducta, el concurso no ha sido declarado culpable, como parece entender el recurrente, por aplicación de la presunción *iuris tantum* relativa a que el administrador incumplió el deber de solicitar la declaración del concurso del artículo 165.1 de la Ley Concursal, sino que la calificación del concurso como culpable se ha realizado, en una primera causa apreciada por el Juzgado, sin necesidad de aplicar presunción alguna: dado que el administrador permitió que la sociedad siguiera funcionando cuando los fondos propios negativos eran muy abultados (multiplicaban por aproximadamente 66 veces el importe del capital social), sin disolver la sociedad o solicitar la declaración en concurso, ha provocado el aumento exponencial del desbalance patrimonial de la sociedad concursada hasta situar el déficit patrimonial en los 1.681.868,05 euros fijados en los textos definitivos del informe de la administración concursal.

No comparte la Sala la distinción que realiza el recurrente entre la insolvencia de la sociedad desde un punto de vista teórico y desde un punto de vista técnico. La absoluta desproporción entre el capital social y las reservas de la concursada (3.005,06 euros de capital social más 601,01 euros de reservas, si no se tiene en cuenta la ficticia compensación de los supuestos préstamos a la sociedad por parte de los socios mediante aumento del capital social y aumento de las reservas realizada en el ejercicio 2003), de un lado, y los fondos propios negativos (215.300,89 euros en el ejercicio 2002 y 208.381,37 euros en el ejercicio 2003, sin computar la operación antes referida

realizada en este ejercicio social), de otro, impide admitir tal disquisición, teóricamente más que discutible.

En tales circunstancias, ha de admitirse que el aumento exponencial del déficit patrimonial de la sociedad concursada que agravó severamente su insolvencia fue debido a la actuación del administrador concursal, que puede calificarse, como hace la sentencia apelada como gravemente culposa, pues no procedió a la disolución y liquidación de la sociedad pese a que necesariamente había de ser consciente de la gravísima situación patrimonial y financiera que arrastraba la sociedad y que provocaba la imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones sociales y el incremento del desbalance de la sociedad hasta imposibilitar la satisfacción de la práctica totalidad de las abultadas deudas de la sociedad, como efectivamente ocurrió.

Dado que dicha conducta omisiva del administrador determinante de la severa agravación del desbalance de la sociedad, relativa a una situación arrastrada desde el ejercicio 1997, se prolongó durante varios meses posteriores a la entrada en vigor de la Ley Concursal, correspondientes al ejercicio social en el que aumentó el déficit patrimonial desde los aproximadamente 200.000 euros a que venía ascendiendo en los ejercicios anteriores hasta superar ampliamente el millón de euros. Por ello, al haberse mantenido tal conducta durante un período de varios meses, muy relevantes a efectos del alcance de la insolvencia y del déficit patrimonial de la sociedad concursada, procede apreciarla como determinante de la calificación del concurso como culpable sin que ello constituya una aplicación retroactiva de las previsiones sustantivas de las normas reguladoras de la sección de calificación del concurso.

Cuarto.- En lo que se refiere a la concurrencia del supuesto previsto en el artículo 164.2.1º de la Ley Concursal, determinante de que “en todo caso” el concurso haya de calificarse como culpable, tampoco pueden estimarse las alegaciones del recurrente relativas a que el reflejo en las cuentas anuales del ejercicio 2003 de un aumento de capital por importe de 109.090,90 euros (y de una dotación a la reserva legal que habría alcanzado el importe de 22.420,19 euros desde los 601,01 euros a que ascendía anteriormente, 98 en relación al 109) no puede considerarse como la comisión de una irregularidad relevante para la comprensión de la situación patrimonial o financiera en la contabilidad de la sociedad deudora.

En primer lugar, porque tal aumento de capital no existió, al haberse incumplido de modo palmario las exigencias previstas en la ley para que pueda estimarse producido tal aumento de capital. Los requisitos relativos a la emisión del informe previsto en el artículo 74.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, a la adopción de un acuerdo de aumento de capital por la junta general de socios (art. 71.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), documentado, junto con su ejecución, en escritura pública e inscrita en el Registro Mercantil (art. 78.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada) han sido incumplidas.

En segundo lugar, porque no es cierto que, como se pretende, sea indiferente que los préstamos de los socios a la sociedad consten en el balance como tales créditos de terceros frente a la sociedad en un apunte contable del pasivo correspondiente a acreedores o se computen como aumento de capital. Se dice por el recurrente que “exactamente igual que el capital social es una cuenta de activo porque es dinero que tiene la compañía también en una cuenta de pasivo porque se le debe a los accionistas. Igual opera el crédito que es una cuenta de activo porque el dinero del préstamo ha entrado en la compañía y es una cuenta de pasivo porque se le debe a los acreedores. Por tanto operando contablemente de igual forma si es Capital social que si es préstamo no entendemos, insistimos, que se le dé un carácter de trascendencia tal como para ser causa de declaración del concurso como culpable (sic)”. La tesis del

recurrente supone desconocer la función y disciplina legal del capital social. La regulación legal del capital social en la normativa societaria persigue una estricta vinculación jurídica de los fondos propios aportados a la empresa social, en tutela de los acreedores y del tráfico jurídico, frente a la limitación de la responsabilidad de los socios. La normativa societaria busca tal fin por varias vías: determinando el quantum del patrimonio afecto (fijación de mínimos legales según el tipo societario), garantizando su conocimiento por parte de terceros (constancia en los estatutos, en el balance que integra las cuentas anuales y publicidad registral), asegurando su correcta formación inicial (garantías de depósito bancario de las aportaciones dinerarias y control y responsabilidad de los aportantes respecto de las aportaciones no dinerarias), su completa integración y su mantenimiento efectivo a lo largo de la vida social (obligación de reducir el capital por pérdidas, requisitos de publicidad y posibilidad de oposición de acreedores respecto de la reducción de capital, responsabilidad de los socios por la restitución de bienes integrantes del capital social por las deudas sociales, etc.).

Esta disciplina viene motivada por el principio básico de separación de responsabilidad entre la sociedad y los socios, por el que los socios “no responderán personalmente de las deudas sociales”, principio básico de las sociedades de capital. Si de las deudas sociales sólo responde el patrimonio social, hay que garantizar su afección a la empresa, su realidad, su integridad, su permanencia y que exista una correspondencia razonable entre lo que aparece publicitado en el Registro Mercantil y el patrimonio realmente existente, que el capital social sea un dato real y no ficticio, y de ahí la disciplina legal antes indicada.

Esas finalidades no se consiguen evidentemente si los créditos de los socios respecto de la sociedad no pasan efectivamente a integrar el capital social.

Por último, tampoco se comparten las afirmaciones que en el escrito de recurso se hacen respecto de la realidad de los pretendidos préstamos de los socios a la sociedad. Que los mismos consten en escritos elaborados por el administrador social y se hayan recogido, como integrados en el capital social en base a un supuesto aumento de capital por compensación de créditos, en las cuentas anuales, no significa que efectivamente existieran. El papel (en este caso las cuentas anuales o los escritos elaborados por el administrador social) lo soporta todo, pero los apuntes contables han de estar debidamente soportados documentalmente, y como resulta claramente de la documentación aportada con el informe de los administradores concursales, tal soporte documental no existía, pues se limitaba a escritos elaborados unilateralmente por el hoy recurrente, sin que éste haya realizado al respecto más que vagas disquisiciones, sin probar suficientemente la existencia de tales préstamos.

Impugna también el recurrente este apartado de la sentencia apelada alegando la falta de trascendencia de tal conducta por haber carecido de publicidad frente a terceros dado que no se inscribió en el Registro Mercantil acuerdo de aumento de capital alguno. No se acepta la impugnación del recurrente por cuanto que, siendo cierta esa falta de inscripción en el Registro Mercantil (razón, entre otras, determinante de que no pueda considerarse realizado el aumento de capital), sin embargo el mismo sí se reflejó en las cuentas anuales del ejercicio 2003, que fueron depositadas en el Registro Mercantil y a las que tienen acceso los terceros (art. 220.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y 369 del Reglamento del Registro Mercantil), en las que, como consecuencia de esta supuesta ampliación de capital, los fondos propios negativos resultaban notablemente reducidos.

También respecto de esta causa de calificación del concurso como culpable ha de considerarse que no se ha realizado una aplicación retroactiva de la ley. No solamente porque la conducta consistente en la existencia de irregularidades contables relevantes

para la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la empresa del deudor (art. 164.2.1º LC) no es ajena a las reguladas en el anterior régimen legal de la quiebra, al poder incluirse en las previstas en los artículos 889.1º, 890.2º ó 891 Código de Comercio de 1885, sino porque la referida conducta se prolongó, mediante actuaciones significativas del administrador social, una vez entró en vigor la Ley Concursal el 1 de septiembre de 2004, puesto que consta que las cuentas anuales en las que se contenía tan grave irregularidad contable fueron depositadas en el Registro Mercantil el 8 de septiembre de 2004.

Quinto.- Una vez resueltas las impugnaciones relativas a la concurrencia de causas que determinan la calificación del concurso como culpable, pronunciamiento a que hace referencia el artículo 172.1 de la Ley Concursal, procede analizar las impugnaciones relativas a “la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa” prevista en el artículo 172.2.3º de la Ley Concursal, consistente en la devolución de 25.401 euros por transferencias realizadas a partir del 4 de junio de 2004 desde una cuenta bancaria de la sociedad concursada a una cuenta personal del administrador abierta en una sucursal de la entidad B., 77.425,60 euros por honorarios percibidos por el administrador por servicios profesionales no documentados, y 57.247,20 euros por disposiciones efectuadas por el administrador durante el último ejercicio social con tarjetas de crédito con cargo a una cuenta de la sociedad deudora.

Respecto de las transferencias a la cuenta del administrador social abierta en una entidad bancaria de las Islas del Canal y los cobros hechos por el administrador a los que responden varias facturas emitidas por dicho administrador, por importe de 25.401 y 77.425,60 euros, respectivamente, el recurrente los justificó como correspondientes a servicios profesionales prestados a la sociedad como consultor experto en marketing. La Sala comparte los argumentos esgrimidos en la sentencia apelada, que no resultan desvirtuados por las alegaciones del recurso. Siendo gratuito el cargo de administrador, extremo admitido por el recurrente, el cobro de importantes cantidades por la emisión de informes de los que no hay constancia en la sociedad (pese a haber sido requerido el hoy recurrente por la administración concursal para la aportación de los documentos que justifican dichos pagos y tener el citado administrador acceso a la documentación de la sociedad por no haber sido acordada la medida de suspensión del ejercicio por el recurrente de las facultades de administración y disposición como administrador de la sociedad concursada desde el inicio del concurso sino avanzado éste, como consecuencia entre otras razones de no atender los requerimientos de aportación de documentación que le fueron realizados por la administración concursal) y referidos a materias que constituyen justamente el objeto de la actividad de la sociedad, ha de considerarse como un supuesto de obtención indebida de bienes de la sociedad deudora por parte de su administrador que ha de conllevar su condena a devolverlos.

Respecto de los 57.247,20 euros por disposiciones efectuadas por el administrador durante el ejercicio social 2004 con tarjetas de crédito con cargo a una cuenta de la sociedad deudora, ciertamente es posible que un administrador social cargue los gastos derivados del ejercicio de su cargo a la sociedad de la que es administrador. Pero esta posibilidad no puede justificar cualesquiera cargos, por cualesquiera importes y para cualesquiera atenciones. En el caso de autos, lo abultado de las cantidades de las que dispuso el administrador social durante el ejercicio 2004 mediante disposiciones en metálico y pago de bienes y servicios utilizando las tarjetas American Express y Visa Oro que se cargaban en la cuenta de la sociedad (en realidad son casi 12.000 euros más que la cifra expresada, si bien por un error material en la concreción de la cantidad correspondiente a la tarjeta American Express y la no inclusión de los 11.810,43 euros correspondiente a la tarjeta Visa Oro por parte de la administración concursal en la petición realizada en su informe y la ausencia de petición alguna concreta sobre este

extremo en el del Ministerio Fiscal, la sentencia se limitó a condenar la devolución de los indicados 57.247,20 euros) y la falta de una mínima justificación de la relación de tales gastos con el ejercicio del cargo de administrador social y del efectivo ingreso en el patrimonio social de los bienes adquiridos, justifican la condena a la devolución de 57.247,20 euros en concepto de detracción indebida de bienes del patrimonio de la sociedad deudora.

Sexto.- Antes de abordar el último motivo de impugnación, referido a la responsabilidad concursal del administrador social recurrente a la cobertura parcial del déficit patrimonial del concurso, ha de determinarse la naturaleza de la responsabilidad concursal a la cobertura del déficit por parte de los administradores o liquidadores de la sociedad concursada prevista en el artículo 172.3 de la Ley Concursal. [...]

Séptimo.- Expuesto lo anterior, ha de precisarse, en primer lugar, que no procede imponer la responsabilidad prevista para los administradores o liquidadores sociales en el artículo 172.3 de la Ley Concursal en todo caso en que el concurso sea calificado como culpable. Es preciso, en primer lugar, que se trate del concurso de una persona jurídica. En segundo lugar, que la sección de calificación haya sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación. En tales casos, se prevé en el artículo 172.3 de la Ley Concursal que la sentencia podrá, “además”, condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de 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 ahí que se le haya venido a llamar responsabilidad de los administradores o liquidadores sociales por déficit concursal o, simplificada, responsabilidad concursal de los administradores o liquidadores sociales.

Se trata, pues, de una responsabilidad prevista sólo para los casos más graves de concursos de personas jurídicas calificadas como culpables, puesto que es preciso que se haya abierto la fase de liquidación y exista déficit patrimonial para cubrir las deudas de la persona jurídica concursada, y no es exigible a los cómplices sino solamente a quienes hayan sido administradores o liquidadores de la persona jurídica.

Octavo.- La Sala, siendo consciente de que se encuentra ante una cuestión que no es pacífica en la doctrina ni en las resoluciones de los tribunales recaídas hasta el momento, considera que nos encontramos ante una responsabilidad por deudas, *ex lege*, en la que, siendo necesaria una imputación subjetiva y no automática a determinados administradores o liquidadores sociales, no es preciso otro reproche culpabilístico que el resultante de la atribución a tales administradores o liquidadores de la conducta determinante de la calificación del concurso como culpable, ni que se pruebe la existencia de una relación de causalidad entre la conducta del administrador y el déficit patrimonial que impide a los acreedores el cobro total de su deuda, o por decirlo más precisamente, no es necesario otro enlace causal distinto del que resulta de la calificación del concurso como culpable según el régimen previsto en los artículos 164 y 165 de la Ley Concursal y la imputación de las conductas determinantes de tal calificación a determinados administradores o liquidadores sociales.

La Sala llega a esta conclusión por varias razones. Una de ellas sería la propia literalidad de la norma. En el artículo 172.3 de la Ley Concursal no se contienen los elementos propios de una responsabilidad civil resarcitoria o por daños. A diferencia de preceptos que regulan, según opinión pacífica de la doctrina y la jurisprudencia, una responsabilidad civil resarcitoria, como es el caso del artículo 133.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, en el artículo 172.3 de la Ley Concursal no se 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) exigible cuando concurre un determinado supuesto de hecho.

Otra razón sería la interpretación sistemática del precepto. El último inciso del artículo 172.2.3º de la Ley Concursal contiene una previsión de responsabilidad resarcitoria tanto de las personas afectadas por la calificación como de los cómplices, exigible en todo supuesto de concurso culpable, sin que, a juicio de la Sala, existan motivos apreciables que permitan limitar dicha responsabilidad por daños a los supuestos de obtención indebida de bienes del patrimonio social o de la masa, sin que a estos efectos el derogado artículo 894 del Código de Comercio de 1885 pueda ser considerado como un antecedente determinante en la interpretación de la norma actual, puesto que el ámbito de aplicación del anterior precepto se limitaba a los cómplices y en él la previsión de abono de “intereses e indemnización de daños y perjuicios” se contenía como claramente accesoria de la reintegración a la masa de los bienes, derechos y acciones indebidamente sustraídos, lo que no ocurre en la redacción del comentado precepto de la vigente Ley Concursal. Es significativo a estos efectos que cuando el inciso final del artículo 169.1 de la Ley Concursal prevé que en el informe de la administración concursal se exprese la identidad de las personas a las que deba afectar la calificación y la de las que hayan de ser consideradas cómplices “así como la determinación de los daños y perjuicios que, en su caso, se hayan causado por las personas anteriores”, no se limita tal causación de daños y perjuicios a la indebida sustracción de bienes o derechos del patrimonio del deudor o de la masa activa, sino que se contiene la expresión sin adición de inciso alguno restrictivo de su alcance. La norma contenida en dicho artículo 172.2.3º regula una serie de consecuencias derivadas de la calificación del concurso como culpable, en todos los casos (ya se haya abierto la sección de calificación como consecuencia de un convenio gravoso o por la apertura de la fase de liquidación, con o sin déficit) y que afectan a todas las personas que han intervenido en la conducta determinante de la calificación del concurso como culpable, bien directamente (personas afectadas por la calificación) , bien como cómplices. Tales consecuencias consisten en la pérdida de sus derechos como acreedores, la devolución de los bienes indebidamente obtenidos del patrimonio del deudor o de la masa, y la indemnización de (todos) los daños y perjuicios causados, como régimen no agravado de responsabilidad civil, de naturaleza resarcitoria por contener la exigencia de relación causal entre la conducta y el daño a indemnizar propio de este tipo de responsabilidad.

Pues bien, tras esta previsión del artículo 172.2.3º de la Ley Concursal, la norma del artículo 172.3 de la Ley Concursal contiene una previsión más severa para aquellos casos más graves de concurso culpable, como son los que han desembocado en la fase de liquidación con insuficiencia patrimonial. En tales casos, se establece, “además”, un régimen agravado de responsabilidad civil de quienes hubieran sido administradores o liquidadores de la persona jurídica concursada en los dos años previos a la declaración de concurso. Carece de sentido, pues, que la responsabilidad civil del artículo 172.3 de la Ley Concursal sea de la misma naturaleza, resarcitoria, que la del artículo 172.2.3º de la Ley Concursal, pues entonces aquélla sería superflua, redundante e innecesaria.

Otro argumento de carácter sistemático es la interpretación de la norma del artículo 172.3 de la Ley Concursal en relación a la del artículo 48.3 de la misma ley. Sentado que, como resulta claramente de su redacción, esta norma prevé una medida de carácter cautelar accesoria e instrumental de la pretensión del artículo 172.3 de la Ley Concursal, la exigencia, para que pueda acordarse el embargo de bienes y derechos de los administradores, de dos requisitos constitutivos de la apariencia de buen derecho,



consistentes en que de lo actuado resulte fundada la posibilidad: 1º) de que el concurso se califique como culpable y 2º) de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas, sin añadir el precepto legal ninguna exigencia relativa a la concurrencia, al menos indiciaria, de una relación de causalidad entre la conducta determinante de la probable calificación del concurso como culpable y el probable déficit concursal, es indicativa de la ausencia de carácter resarcitorio de la responsabilidad concursal prevista en el artículo 172.3 de la Ley Concursal, de la que el embargo preventivo del artículo 48.3 es, como se ha dicho, una medida cautelar, por lo que la apariencia de buen derecho exigida por la ley para acordarlo debería estar referida, del modo indiciario propio de su naturaleza cautelar, a los elementos necesarios para acordar la procedencia de tal responsabilidad concursal.

La interpretación sistemática del precepto debe llevar también a relacionarlo con el régimen de responsabilidad civil de los administradores sociales previsto en las normas societarias. En estas normas se establece un régimen legal con una dualidad de responsabilidades, por daños (art. 133 LSA), a la que podría equipararse la del artículo 172.2.3º de la Ley Concursal, y por deudas (arts. 262.5 LSA y 105.5 LSRL), a la que podría equipararse la del artículo 172.3 de la Ley Concursal, naturalmente con las diferencias que resultan de los pormenores de cada regulación. No parece razonable, a juicio de esta Sala, que el régimen de responsabilidad de los administradores sociales sea más severo en supuestos como los de los citados artículos 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas y 105.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, en los que las conductas determinantes de la responsabilidad no son por regla general tan graves como las previstas en los artículos 164 y 165 de la Ley Concursal, y en los que la sociedad no se encuentra declarada en concurso, en fase de liquidación y con déficit patrimonial, que en el supuesto del artículo 172.3 de la Ley Concursal, en el que sí concurren esos factores que suponen una mayor gravedad de la situación y una mayor reprochabilidad de la conducta de los administradores. De admitir la tesis del carácter resarcitorio de la responsabilidad del artículo 172.3 de la Ley Concursal, incluso el régimen de responsabilidad del artículo 133.1 y concordantes de la Ley de Sociedades Anónimas sería más severo, puesto que en él no se exige una especial cualificación en la negligencia del administrador causante del daño, mientras que en el caso del artículo 172.3 de la Ley Concursal, por la regulación de las causas de calificación del concurso como culpable, sería precisa la concurrencia de alguna de las graves conductas previstas en los artículos 164.2 ó 165 de la Ley Concursal, o, con carácter general, que la conducta de los administradores que hubiera causado o agravado la insolvencia pudiera calificarse como dolosa o gravemente culposa (art. 164.1).

Otro dato a tomar en consideración para interpretar el precepto legal es lo acaecido durante la tramitación parlamentaria de la Ley Concursal, y no tanto por las modificaciones operadas en el proyecto de ley sino justamente por las que fueron rechazadas, puesto que las enmiendas que pretendieron introducir en el texto del precepto los elementos propios de una responsabilidad resarcitoria (“... que exista relación de causa a efecto entre los actos dolosos o negligentes y la falta de cobro por parte de los acreedores...”; “la cuantía de la cantidad a pagar será proporcional al daño causado por quienes hubieran producido o agravado el estado de insolvencia”) fueron rechazadas tanto en el Congreso como en el Senado, lo que no se compagina con la consideración de la responsabilidad prevista en el artículo 172.3 de la Ley Concursal como de carácter resarcitorio.

Asimismo ha de tomarse en consideración la regulación de las causas de calificación de un concurso como culpable. Esta regulación se hace de forma escalonada, de manera que en primer lugar está la cláusula general del artículo 164.1 de la Ley Concursal, que exige la valoración de la conducta del administrador de la sociedad (pues de concursos

de sociedades estamos tratando) como dolosa o gravemente culposa y la determinación de una relación de causalidad entre tal conducta y la generación o agravación de la insolvencia; en segundo lugar existen unas presunciones *iuris tantum* de existencia de dolo o culpa grave referidas a determinadas conductas, aunque es precisa la prueba de la relación de causalidad entre esas conductas previstas en la ley y la generación o agravación de la insolvencia (art. 165 LC); y por último existen una serie de supuestos en los que la ley califica ciertas conductas como determinantes del carácter culpable del concurso, 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, pues la concurrencia de las conductas descritas en la norma ampara todos y cada uno de los requisitos necesarios para la calificación del concurso como culpable (art. 164.2 LC). En la práctica, las causas más frecuentes de calificación del concurso como culpable serán las previstas en el artículo 164.2 de la Ley Concursal, dado que el legislador, aplicando determinadas máximas de experiencia y persiguiendo determinados objetivos de política legislativa que considera necesario garantizar (en especial la observancia de unas mínimas exigencias de corrección y comportamiento ético en el tráfico económico), ha decidido que el concurso en el que se aprecie la concurrencia de ciertas conductas gravemente reprochables por parte del deudor o, si es una persona jurídica, de su administrador o liquidador, “en todo caso... se calificará como culpable” (art. 164.2 LC), por lo que no es necesario que en cada caso concreto se valore la concurrencia de dolo o culpa grave, distinto de la propia conducta prevista en los distintos apartados del artículo 164.2 de la Ley Concursal (lo que también ocurre en los supuestos del artículo 165 de la Ley Concursal) ni se pruebe la relación de causalidad entre la conducta y la insolvencia, puesto que se trata de “... supuestos que, en todo caso, determinan esa calificación, por su intrínseca naturaleza...” (apartado VIII de la exposición de motivos de la Ley Concursal) y en los que, como ha declarado el Tribunal Supremo respecto de la responsabilidad por deudas del artículo 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas, “no exige más que el enlace causal preestablecido en la propia norma” (Sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2006 y 7 de febrero de 2007). Estas previsiones legales determinan la declaración de culpabilidad del concurso si concurren los supuestos previstos en las mismas, en muchos de los cuales la propia conducta ilícita del deudor o de su administrador provoca una situación de opacidad que dificulta, cuando no imposibilita, la prueba del dolo o la negligencia grave distinta de la propia conducta tipificada en el artículo 164.2 de la Ley Concursal y de su relación de causalidad con la generación o provocación de la insolvencia, o provoca un daño difuso difícil de concretar a efectos de determinar tal relación de causalidad respecto de un daño concreto y cuantificable.

Habida cuenta de la expresada regulación de las causas de calificación del concurso como culpable, en los casos en que la calificación se haya realizado en base a la cláusula general del artículo 164.1 o a las presunciones *iuris tantum* del artículo 165 de la Ley Concursal, la exigencia legal de que en tales casos se aprecie la existencia de una relación de causalidad entre la conducta genérica dolosa o gravemente culposa del deudor o de su representante, artículo 164.1, o entre las conductas previstas en los distintos apartados del artículo 165 de la Ley Concursal, y la generación o agravamiento de la insolvencia, supone que la propia calificación del concurso como culpable contiene la determinación de la relación de causalidad entre tal conducta y el déficit patrimonial del concurso. Y en los casos en los que el concurso se califique como culpable por concurrir alguno de los supuestos del artículo 164.2 de la Ley Concursal, la previsión de que el concurso ha de calificarse “en todo caso” como culpable lleva implícito el enlace causal *ex lege* entre la conducta del deudor o su representante y la insolvencia. Por ello, una vez que la sentencia que se dicta en la sección de calificación ha declarado el concurso culpable (art. 171.1), no se exige una nueva determinación de esa relación causal para proceder en tal sentencia a la imposición de la responsabilidad

concurzal del artículo 172.3 a los administradores o liquidadores a los que subjetivamente pueda imputarse la conducta determinante de la calificación del concurso como culpable.

Si interpretamos el artículo 172.3 de la Ley Concursal en el sentido de que establece una responsabilidad resarcitoria, en la que es necesaria la prueba en cada caso concreto de la relación de causalidad entre la conducta ilícita y el daño, resultará el contrasentido de que dicha responsabilidad concursal no podrá acordarse en la mayoría de los casos de concurso culpable, en especial en los supuestos en que las conductas han sido más graves, los del artículo 164.2 de la Ley Concursal, en las que justamente por esa gravedad, "por su intrínseca naturaleza", el ordenamiento jurídico exime de la prueba de la relación de causalidad entre tal conducta y la insolvencia para que el concurso pueda calificarse como culpable, puesto que el enlace causal se preestablece en la misma norma legal.

Noveno.- En la regulación legal de la sección de calificación del concurso se conjuga la protección de los intereses individuales de los acreedores con la tutela del interés público que justifica la intervención del Ministerio Fiscal, tutela del interés público que regía de modo principal la antigua pieza de calificación de quiebra, respecto de la que el Tribunal Supremo había declarado que era materia de interés público (Sentencia de la Sala 1a del Tribunal Supremo de 9 de noviembre de 1950). La regulación legal de la sección de calificación del concurso, y dentro de ella la de la responsabilidad concursal de los administradores sociales del artículo 172.3 de la Ley Concursal, persigue reprimir conductas que el legislador ha considerado especialmente graves, por las conclusiones obtenidas a través de la experiencia en materia concursal (de la que se desprende la aptitud o idoneidad objetiva de ciertas conductas para provocar insolvencias no fortuitas, en los que los principales perjudicados son los acreedores, o las graves consecuencias de la deslealtad y falta de colaboración del deudor en los procesos concursales ) y en base a criterios de introducción en el tráfico económico de pautas éticas consideradas imprescindibles.

Esta conjunción de protección del interés público y protección de los intereses de los acreedores anuda a la calificación del concurso como culpable consecuencias que suponen la protección directa de ese interés general (como es la inhabilitación para administrar bienes ajenos y representar o administrar a cualquier persona) pero también la satisfacción de los acreedores, "finalidad esencial del concurso" (apartado II de la exposición de motivos de la Ley Concursal), mediante la condena a la cobertura total o parcial por parte de administradores o liquidadores sociales, en caso de concurrencia de estas conductas reprochables, del déficit resultante en la liquidación del patrimonio social, en los supuestos agravados de concurso culpable con déficit patrimonial en la fase de liquidación. De esta tutela de los intereses de los acreedores resulta también, indirectamente, una protección de los intereses generales por medio de la introducción de unas mínimas pautas éticas en el tráfico económico y la función de prevención general que supone la aplicación de ese régimen agravado de responsabilidad civil a los supuestos de conductas empresariales reprochables asociadas a concursos con graves déficits patrimoniales que impiden incluso la suscripción de un convenio gravoso. Esta técnica que persigue la imposición de pautas de corrección en el tráfico económico mediante la identificación de conductas ilícitas no sólo reprobables sino, como ha demostrado la experiencia, objetivamente idóneas para provocar quebranto a otros sujetos de derecho, y la anudación a las mismas de un régimen agravado de responsabilidad del que resultan beneficiarios no las Administraciones Públicas sino los particulares perjudicados por la situación, no es nueva, puesto que ha sido utilizada por otras normas legales, como es el caso de los citados artículos 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas y 105.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

Supone también un modo de atribuir o distribuir los costes del daño derivado de la insolvencia por parte del legislador, al considerarse que en los casos agravados de concursos en fase de liquidación y con déficit patrimonial, cuando los administradores, o algunos de ellos, han realizado conductas especialmente reprobables, normalmente idóneas para provocar un daño cuanto menos difuso al patrimonio social, es más adecuado que soporten el daño derivado de la insolvencia de la sociedad los administradores que han realizado tales conductas reprobables que los acreedores, pues aunque la insolvencia del deudor es uno de los riesgos previsibles para quienes participan en el tráfico económico, en los casos en los que es de aplicación el artículo 172.3 de la Ley Concursal no está justificado que sean los acreedores quienes soporten la insolvencia, siendo más adecuado que sea el administrador que ha incurrido en una de las conductas previstas en los artículos 164 y 165 de la Ley Concursal quien soporte las consecuencias perjudiciales derivadas de la insolvencia, al menos la cobertura total o parcial del déficit concursal.

Décimo.- Dicho régimen de responsabilidad civil no vulnera exigencias constitucionales aplicables a la imposición de sanciones penales o administrativas, puesto que pese a que en ocasiones para calificar este tipo de responsabilidad se utilicen expresiones como las de “responsabilidad-sanción” o “sanción civil”, y pese a que toda medida prevista por el ordenamiento jurídico privado que supone un gravamen para algún sujeto de derecho como consecuencia de su actuación antijurídica es, en un sentido amplio, una “sanción” a tal conducta ilícita (desde la resolución contractual por incumplimiento del contrato hasta distintos regímenes de responsabilidad civil), no nos encontramos ante una sanción propiamente dicha a la que sean aplicables las exigencias constitucionales contenidas en los artículos 24 y 25 de la Constitución. Así, respecto de la responsabilidad civil de los administradores sociales prevista en el artículo 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas, de naturaleza similar a la prevista en el artículo 172.3 de la Ley Concursal, y que con frecuencia ha sido calificada como “responsabilidad-sanción”, ha declarado la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2007:

*“Respecto de la responsabilidad de los administradores, esta Sala ha destacado su carácter abstracto o formal -Sentencia de 26 de junio de 2006-, y, con mayor propiedad, su naturaleza objetiva o cuasi objetiva -Sentencias de 25 de abril de 2002, 14 de noviembre de 2002, 6 y 28 de abril de 2006 -esta última de Pleno-, y 26 de mayo de 2006, entre otras—, que se resume en que su declaración no exige la concurrencia de un reproche culpabilístico que hubiera que añadir a la constatación de que no ha habido promoción de la liquidación mediante convocatoria de la Junta o solicitud judicial, en su caso —y ahora también la solicitud de la declaración de concurso, cuando concurra su presupuesto objetivo-, esto es, una negligencia distinta de la prevista en el propio precepto -Sentencias de 20 y 23 de febrero de 2004 y de 28 de abril de 2006-, del mismo modo que no requiere una estricta relación de causalidad entre el daño y el comportamiento concreto de administrador, o, en otros términos, no exige más que el enlace causal preestablecido en la propia norma —Sentencia de 28 de abril de 2006—”.*

Por su parte, la posterior Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2007 ha declarado al respecto:

*“La acción para reclamar La responsabilidad solidaria de los administradores por incumplimiento de la obligación de instar la disolución de la sociedad es, según la calificación jurisprudencial más reciente, una acción de responsabilidad extracontractual (SSTS de 4 de abril de 2006 y 24 de abril de 2006 ) dotada de singularidad en cuanto al requisito general de la relación de causalidad (STS 27 de octubre de 2006), pues la jurisprudencia ha venido declarando que esta responsabilidad no depende de la existencia de un nexo causal con el daño originado a los acreedores reclamantes, ni siquiera de la existencia del daño mismo, pues constituye una responsabilidad formal de carácter solidario respecto de las deudas sociales, que ha sido frecuentemente descrita como objetiva o cuasi objetiva, pues nace de la omisión del deber de promover la disolución en los supuestos legalmente previstos (SSTS de 3 de abril de 1998, 20 de abril de 1999, 22 de diciembre de 1999, de 20 de diciembre de 2000, 20 de julio de 2001, 25 de abril de 2002 y 14 de noviembre de 2002, entre otras)”.*

Asimismo, la Sala 1ª del Tribunal Supremo ha venido declarando que los principios constitucionales que rigen los procesos penales y administrativos sancionadores, como es paradigmáticamente el de presunción de inocencia, no son aplicables a los procesos relativos a la exigencia de responsabilidad civil “por la limitada aplicación que en el proceso civil tiene la presunción invocada (sentencias del Tribunal Constitucional 13/1982, de 1 de abril, y 52/1989, de 22 de febrero), que está excluida, en concreto, en los supuestos de ejercicio en aquel de la acción para exigir responsabilidad civil (sentencias de 27 de enero de 2004 y 22 de septiembre de 2005)” (Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo 989/2006, de 10 octubre), no pudiendo considerarse los distintos regímenes de responsabilidad civil (aunque sean agravados y se aparten del esquema clásico de acción y omisión, nexo causal y daño con carga para el perjudicado de probar todos los citados elementos) como una sanción a estos efectos.

No considera tampoco esta sala que esta interpretación del régimen de responsabilidad concursal del artículo 172.3 de la Ley Concursal vulnere el principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución. Descartado el carácter penal o administrativo sancionador de la responsabilidad concursal prevista en el artículo 172.3 de la Ley Concursal, lo que excluye el mayor rigor en su tipificación y exigencia derivados de las garantías específicas para estos supuestos previstas en los artículos 24 y 25 de la Constitución, la regulación contenida en la Ley Concursal se considera suficiente para respetar la exigencia de seguridad jurídica.

La descripción de las conductas de las que deriva la calificación del concurso como culpable, mediante la combinación de una cláusula general con un sistema de lo que la ley considera presunciones *iuris tantum* e *iuris et de iure*, el establecimiento de unos requisitos muy concretos para la imposición de esta responsabilidad (concursos de personas jurídicas, en los que la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación), la delimitación también concreta de las personas a las que se puede imponer tal responsabilidad (administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, y quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso) y la fijación del límite máximo de responsabilidad (el importe que de sus créditos no perciban los acreedores en la liquidación de la masa activa), establecen un régimen de responsabilidad concursal con una precisión más que suficiente para respetar el principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 de la Constitución sin necesidad de optar por una naturaleza resarcitoria para tal responsabilidad.

La utilización en el precepto del término “podrá” no obsta lo expuesto ni implica, ajuicio de esta sala, que haya de optarse por la tesis de la responsabilidad resarcitoria por ser la única modulación posible la resultante de la apreciación de una efectiva relación de causalidad entre conducta y daño. Sin perjuicio de que la redacción del precepto legal, y en concreto el uso de esa expresión, no sea precisamente feliz (lo que ha provocado que los operadores jurídicos hayan vertido ríos de tinta sobre lo que parece no ser otra cosa que una cierta imprecisión en la redacción del texto del precepto), tal expresión puede perfectamente hacer referencia, y así lo entendemos, 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, puesto que es necesaria la imputación subjetiva a cada administrador o liquidador de la conducta determinante de la calificación del concurso como culpable, y a que la imposición de tal responsabilidad puede ser por el todo o por parte del déficit concursal. Con la utilización de la expresión “podrá” se da cabida, sin necesidad de nuevas precisiones, a estas dos variables

(condena a todos o parte de los administradores o liquidadores, coetáneos o sucesivos, a cubrir todo o parte del déficit concursal).

Que el juez del concurso, en la sentencia, pueda graduar la responsabilidad, acordándola por la totalidad o por parte del déficit concursal, en atención a factores tales como la gravedad de la conducta determinante del carácter culpable del concurso, la intensidad de la participación de cada administrador o liquidador en la misma, etc., no puede considerarse que atribuya al mismo poderes arbitrarios, sino que supone la atribución de una facultad moderadora, que ha de ser ejercitada motivadamente, para impedir las consecuencias excesivamente severas que supondría un rígido automatismo en la imposición de tal responsabilidad por el total del déficit concursal a todos los administradores o liquidadores, siempre y en todo caso. Hemos de recordar que una facultad moderadora de esta naturaleza no resulta extravagante en nuestro ordenamiento jurídico (arts. 1103 y 1889 CC o art. 65.3 LC).

Undécimo.- Hechas las anteriores consideraciones, procede analizar la concreta impugnación que se realiza en el recurso en relación a este extremo. La parte recurrente impugna la condena que en la sentencia se le impone a cubrir el déficit concursal hasta la cantidad de 636.066,38 euros, en primer lugar por entender que esa cantidad se devengó durante la tramitación del concurso y por tanto no le es imputable. Estando legitimado uno de los recurrentes, el administrador social, para impugnar este pronunciamiento de la sentencia, que le supone un gravamen, no es necesario entrar en consideraciones sobre la falta de legitimación de la otra recurrente, la sociedad, no afectada directamente por tal pronunciamiento.

Con carácter previo ha de precisarse que la cantidad importe de la condena no corresponde a las deudas generadas por la tramitación del concurso, sino a la diferencia entre los fondos propios negativos que aparecían al cierre del ejercicio 2004, según los documentos contables presentados por la deudora, y el déficit patrimonial determinado por la administración concursal en los textos definitivos de la lista de acreedores y del inventario de la masa activa. Parte de esa diferencia la constituyen los créditos contra la masa, pero otra parte corresponde a créditos concursales aflorados durante el proceso concursal.

Por otra parte, siendo el concurso y los créditos contra la masa durante el mismo surgidos consecuencia ineludible de la situación de insolvencia, y estando determinada la generación o cuanto menos un notorio agravamiento de la misma por la conducta del administrador hoy recurrente (de ahí la calificación del concurso como culpable en base a la causa prevista en el art. 164.1 de la Ley Concursal), así como la comisión de inexactitud relevante para la comprensión de la situación patrimonial o financiera de la sociedad en la contabilidad de la misma que determina necesariamente la calificación del concurso como culpable (art. 164.2.1º LC), no existe obstáculo alguno en que el importe de la responsabilidad concursal sea fijado como se hace en la sentencia apelada, por ser un criterio razonable, teniendo en cuenta que, como se ha expresado en las consideraciones generales contenidas en los anteriores fundamentos de derecho, la responsabilidad concursal prevista en el artículo 172.3 de la Ley Concursal no es una responsabilidad resarcitoria y por tanto no es preciso acreditar un preciso enlace causal entre la conducta del administrador social, determinante de la calificación del concurso como culpable, y la cobertura del déficit que se le impone en base a la responsabilidad prevista en este precepto.

No es posible entrar siquiera a considerar otros criterios que, habida cuenta de la gravedad de la conducta del administrador social, serían razonables para fijar el importe de tal responsabilidad (por ejemplo, la totalidad del déficit que resulte en la liquidación de la masa activa o la diferencia entre el déficit patrimonial medio de los anteriores

ejercicios, de alrededor de 200.000 euros, y el déficit patrimonial fijado en los textos definitivos del inventario y la lista de acreedores, superior a 1.600.000 euros) por vedarlo la interdicción de *reformatio in peius* propia del recurso de apelación.

Tampoco podría entrarse en esta resolución a determinar, como parece pretender la parte recurrente, si la sociedad concursada, como empleador, tiene obligación de pagar una mayor o menor cantidad de los salarios de tramitación de los trabajadores, pues se trata de una cuestión introducida ex novo en el recurso de apelación, y por otra parte no es la sección de calificación el trámite del concurso en el que debe fijarse la cuantía exacta de los créditos de los que debe responder la masa activa del concurso.

Asimismo, la impugnación consistente en que no es la sección de calificación el trámite adecuado para exigir este tipo de responsabilidad al administrador social, sino que en todo caso se deberá deducir una demanda de procedimiento ordinario contra tal administrador, como se ha hecho contra D, es manifiestamente improcedente, remitiéndose la Sala a los extensos razonamientos precedentes relativos a la naturaleza de la responsabilidad concursal prevista en la regulación de la sección de calificación del concurso, siendo en todo caso suficiente la mera lectura del artículo 172.3 de la Ley Concursal para concluir que es la sentencia dictada en la sección de calificación donde ha de realizarse el pronunciamiento impugnado.

Por último, tampoco existe ningún problema de retroactividad en la imposición de esta responsabilidad concursal (por otra parte no planteado en momento alguno por el recurrente). Como ha declarado el Tribunal Supremo en relación a la responsabilidad social de los administradores sociales prevista en la disposición transitoria 3ª del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989.

*“Es al nacimiento de la responsabilidad solidaria de tales administradores donde puede ir referido el tema de la retroactividad, pero no a los derechos sociales de los que responden ni menos aún, a las deudas contraídas por el ente social. La deuda existe y puede ser preexistente a la entrada en vigor de una norma que lo único que pretende es la garantía de cumplimiento con tal solidaridad antes existente y encuentra su fundamento, además, en que ello pudo evitarse por los referidos administradores si hubieran adaptado la sociedad a los nuevos preceptos” (Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 670/2000, de 4 julio).”*

En el caso de autos, como ya se ha expuesto, la conducta determinante del nacimiento de la responsabilidad concursal del administrador se produjo de forma muy relevante también durante varios meses una vez entrada en vigor la normativa legal que la preveía, razón por la cual no es contrario a lo previsto en el artículo 2.3 del Código Civil la imposición de la responsabilidad concursal al demandado realizada en la sentencia apelada.

Duodécimo.- Las costas derivadas de esta alzada deben ser impuestas a la parte apelante al resultar desestimadas todas las pretensiones de su recurso, tal como se prevé en el número 1 del artículo 398 en relación al 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil [...].





## ANEXO IV

### ABREVIATURAS

AAJM	Autos de los Juzgados de lo Mercantil
AAP	Auto de la Audiencia Provincial
AA VV	Autores Varios
AC	Aranzadi Civil
Act. Civ.	Actualidad Civil
ADC	Anuario de Derecho Civil
ADCO	Anuario de Derecho Concursal
ADI	Actas de Derecho Industrial
adic.	adicional
AEDIP	Anuario Español de Derecho Internacional Privado
AJA	Actualidad Jurídica Aranzadi
AJM	Auto del Juzgado de lo Mercantil
AJPI	Auto del Juzgado de Primera Instancia
AJS	Auto del Juzgado de lo Social
ALC	Anteproyecto de Ley Concursal
Ap.	Apartado
art. (arts.)	artículo (artículos)
ATS (AATS)	Auto (Autos) del Tribunal Supremo
ATSJ	Auto del Tribunal Superior de Justicia
BEE	Boletín de Estudios Económicos
BIM	Boletín de Información Mercantil
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
BORME	Boletín Oficial del Registro Mercantil
CC	Código Civil
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CCom	Código de Comercio
CD	Congreso de los Diputados
CDC	Cuadernos de Derecho y Comercio
CE	Constitución Española
CEE	Comunidad Económica Europea
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
CP	Código Penal
DA	Documentación Administrativa
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
disp.(s)	Disposiciones
disp. Adic.	Disposición adicional
disp. Derog.	Disposición Derogatoria
disp. Final	Disposición Final
disp. Transit.	Disposición Transitoria
DLeg.	Decreto Legislativo
DLey	Decreto Ley
DN	Derecho de los Negocios
Doc.	Documento
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
ELCCS	Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros
EOMF	Estatuto Orgánico del Ministerios Fiscal
ET	Estatuto de los trabajadores
ICE	Información Comercial Española
JC	Jurisprudencia Civil

LA	.....	Ley de Arbitraje
LAC	.....	Ley de Auditoría de Cuentas
LAIE	.....	Ley de Agrupaciones de Interés Económico
LAJEIP	.....	Ley de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas
LAJG	.....	Ley de Asistencia Jurídica Gratuita
LAR	.....	Ley de Arrendamientos Rústicos
LAU	.....	Ley de Arrendamientos Urbanos
LC	.....	Ley Concursal
LCA	.....	Ley del Contrato de Agencia
LCC	.....	Ley de Crédito al Consumo
LCCh	.....	Ley Cambiaria y de Cheque
LCCr	.....	Ley de Cooperativas de Crédito
LCD	.....	Ley de Competencia Desleal
LCE	.....	Ley de Contratos del Estado
LCGC	.....	Ley de Condiciones Generales de Contratación
LCoop	.....	Ley de Cooperativas
LCoopCr	.....	Ley de Cooperativas de Crédito
LCS	.....	Ley del Contrato de Seguro
LDC	.....	Ley de Defensa de la Competencia
LDIEC	.....	Ley de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito
LDYPJ	.....	Ley de Demarcación y Planta Judicial
LEC	.....	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECR	.....	Ley de Entidades de Capital de Riesgo
LECRim	.....	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LF	.....	Ley de Fundaciones
LGC	.....	Ley de Cooperativas
LGDCU	.....	Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios
LGP	.....	Ley General Presupuestaria
LGPu	.....	Ley General de Publicidad
LGSS	.....	Ley General de Seguridad Social
LGTel	.....	Ley General de Telecomunicaciones
LGT	.....	Ley General Tributaria
LH	.....	Ley Hipotecaria
LHL	.....	Ley de Haciendas Locales
LHMPSD	.....	Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento
LIIC	.....	Ley de Instituciones de Inversión Colectiva
LJCA	.....	Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa
LMH	.....	Ley del Mercado Hipotecario
LMRFP	.....	Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública
LMS	.....	Ley de Mediación en Seguros y Reaseguros Privados
LMV	.....	Ley del Mercado de Valores
LN	.....	Ley Orgánica del Notario
LNA	.....	Ley de Navegación Aérea
LO	.....	Ley Orgánica
LOA	.....	Ley Orgánica del Derecho de Asociación
LOB	.....	Ley de Ordenación Bancaria
LOCM	.....	Ley de Ordenación del Comercio Minorista
LOLS	.....	Ley Orgánica de Libertad Sindical
LORC	.....	Ley Orgánica para la Reforma Concursal
LOE	.....	Ley de Ordenación de la Edificación
LOFAGE	.....	Ley de Organización y Funcionamiento de la Admón. Gnrl. del Estado
LOPD	.....	Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter personal
LOPJ	.....	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOSSP	.....	Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados
LOTC	.....	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

LOTT ..... Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres  
 LP ..... Ley de Patentes  
 LPA ..... Ley de Procedimiento Administrativo  
 LPH ..... Ley de Propiedad Horizontal  
 LPI ..... Ley de Propiedad Intelectual  
 LPL ..... Ley de Procedimiento Laboral  
 LRC ..... Ley del Registro Civil  
 LRJ-PAC ..... Ley de Régimen Jurídico de las Admnes. Públicas y del PAComún  
 LRJAE ..... Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado  
 LSA ..... Ley de Sociedades Anónimas  
 LSGR ..... Ley de Sociedades de Garantía Recíproca  
 LSL ..... Ley de Sociedades Laborales  
 LSRL ..... Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada  
 LVPBM ..... Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles  
 OM (OOMM) .. Orden Ministerial (Órdenes Ministeriales)  
 PJM ..... Providencia del Juzgado de lo Mercantil  
 RD (RR DD) ... Real Decreto (Reales Decretos)  
 RDCP o RCP . Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal  
 RDFHP ..... Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública  
 RDGRN ..... Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado  
 RDLeg ..... Real Decreto Legislativo  
 RDM ..... Revista de Derecho Mercantil  
 RDN ..... Revista de Derecho Notarial  
 RDP ..... Revista de Derecho Privado  
 RDPatr. .... Revista de Derecho Patrimonial  
 RDProc. .... Revista de Derecho Procesal  
 RDS ..... Revista de Derecho de Sociedades  
 REDI ..... Revista Española de Derecho Internacional Privado  
 REE ..... Revista de Estudios Europeos  
 Regl. .... Reglamento  
 RGD ..... Revista General de Derecho  
 RGLJ ..... Revista General de Legislación y Jurisprudencia  
 RGR ..... Reglamento General de Recaudación  
 RH ..... Reglamento Hipotecario  
 RHMPSD ..... Reglamento de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento  
 RJC ..... Revista Jurídica de Cataluña  
 RJNot. .... Revista Jurídica del Notariado  
 RN ..... Reglamento Notarial  
 RPJ ..... Revista del Poder Judicial  
 RRC ..... Reglamento del Registro Civil  
 RRM ..... Reglamento del Registro Mercantil  
 SAP ..... Sentencia de la Audiencia Provincial  
 SE ..... Sociedad Europea  
 SJM ..... Sentencia del Juzgado de lo Mercantil  
 SJPI ..... Sentencia del Juzgado de Primera Instancia  
 SRL ..... Sociedad de Responsabilidad Limitada  
 STCJ ..... Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción  
 STS ..... Sentencia del Tribunal Supremo  
 STSJ ..... Sentencia del Tribunal Superior de Justicia  
 T. Jus. .... Tribunales de Justicia  
 TR ..... Texto Refundido  
 TS ..... Tribunal Supremo  
 transit. .... Transitoria  
 UE ..... Unión Europea  
 VVAA ..... Varios Autores