

## MADRID

Castellana, 216  
28046 Madrid  
Tel.: (34) 91 582 91 00

## BARCELONA

Diagonal, 640 bis  
08017 Barcelona  
Tel.: (34) 93 415 74 00

## BILBAO

Alameda Recalde, 36  
48009 Bilbao  
Tel.: (34) 94 415 70 15

## MÁLAGA

Marqués de Larios, 3  
29015 Málaga  
Tel.: (34) 952 12 00 51

## VALENCIA

Gran Vía Marqués  
del Turia, 49  
46005 Valencia  
Tel.: (34) 96 351 38 35

## VIGO

Colón, 36  
36201 Vigo  
Tel.: (34) 986 44 33 80

## BRUSELAS

Avenue Louise, 267  
1050 Bruselas  
Tel.: (322) 231 12 20

## LONDRES

Five Kings House  
1 Queen Street Place  
EC 4R 1QS Londres  
Tel.: +44 (0) 20 7329 5407

## LISBOA

Avenida da Liberdade, 131  
1250-140 Lisboa  
Tel.: (351) 213 408 600

## RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN EL CONCURSO, SEGÚN EL PROYECTO DE LEY DE REFORMA DE LA LC

**Javier Juste Mencía**

*Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Castilla-La Mancha  
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo*

### 1. Introducción

De acuerdo con la vigente LC, los administradores de la sociedad concursada pueden ser declarados responsables por cualquiera de las vías que son posibles antes de la declaración de concurso de la sociedad, a la que se añade la específica responsabilidad concursal. Concretamente:

- a) Los administradores pueden ser demandados por los daños causados, en el patrimonio social, como consecuencia de su actuación negligente en el desempeño del cargo (acción social). Conforme al régimen general, esta acción precisa el previo acuerdo de la junta general –aunque el tema no esté previsto en el orden del día–, puede ser ejercitada subsidiariamente por los socios que representen el cinco por ciento del capital social y, con una subsidiariedad de segundo grado, por los acreedores sociales si la sociedad no cuenta con bienes suficientes para la satisfacción de sus créditos. La LC añade, sin merma del régimen que acabamos de resumir, la legitimación concurrente de la administración concursal, además de establecer la competencia del juez del concurso para el conocimiento de la acción.
- b) Tampoco altera la ley el régimen de responsabilidad solidaria por las deudas sociales, en los casos de incumplimiento, por parte de los administradores,

de sus obligaciones respecto de la disolución obligatoria –básicamente por causa de pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cifra inferior a la mitad del capital social–. Mediante la reforma de las leyes societarias, la LC extiende esta responsabilidad –no sin dudas interpretativas– al caso en que, siendo exigible la solicitud de concurso voluntario, los administradores no la realicen. Ha de suponerse que el juez competente lo es el de lo mercantil (se aplican normas societarias) que corresponda para demandar personalmente a los administradores, y siempre al margen del concurso.

- c) Tampoco aparece mención alguna a la responsabilidad extracontractual de los administradores por daño directo al patrimonio de socios o terceros, por lo que el ejercicio de esta acción individual no se ve afectado por la situación de concurso.
- d) Si el concurso se califica como culpable, y se ha abierto la fase de liquidación, el juez puede condenar a los administradores de hecho o de derecho y a quienes tuvieran esa condición en los dos años anteriores, a satisfacer el pasivo no cobrado en el procedimiento. Para un sector, minoritario, de los tribunales –donde destaca la secc. 15ª de la AP de Barcelona– la reclamación lo es de daños. Conforme al sentir de la mayoría, sin embargo, el legislador ha pre-

visto aquí una responsabilidad sanción, en la que no es preciso probar el daño, una vez verificado el dolo o culpa grave, presupuesto de la declaración de la culpabilidad en el concurso.

Según indica la exposición de motivos del proyecto (apartado VIII), la normativa intenta armonizar los diferentes sistemas de responsabilidad que pueden tener lugar durante el concurso, sin bien sólo menciona la acción social y la propiamente concursal. Sin embargo, también se modifica muy significativamente la responsabilidad solidaria por deudas sociales, que queda paralizada por la declaración de concurso.

## **2. Reforma de la acción social: legitimación exclusiva de la administración concursal**

La principal novedad en torno al ejercicio de la acción social consiste en la transformación de la legitimación de la administración concursal, concurrente con la de la sociedad, en una legitimación exclusiva: durante el concurso, ni la sociedad a través de la junta, ni la minoría cualificada podrán entablar acciones contra los administradores, tal y como se desprende del nuevo artículo 48 bis, que reconoce también esta facultad exclusiva a la administración concursal, respecto de la reclamación de los dividendos pasivos (al margen del plazo fijado en los estatutos) y la realización de prestaciones accesorias.

Esta disposición se enmarca en una normativa que prevé una más intensa ingerencia de los administración concursal en los órganos de la sociedad, como se manifiesta no sólo por la previsión de que sean convocados sus miembros, incluso en el supuesto de junta universal sino, sobre todo, de la privación de eficacia de los acuerdos de contenido patrimonial o "que tengan relevancia directa para el concurso", si no son autorizados o confirmados

por aquella. No es claro que la anterior norma suponga una novedad de relieve respecto del régimen general de intervención.

En cuanto al régimen de la acción social, es cierto que la legitimación concurrente, en el régimen todavía en vigor, planteaba algunas dudas técnicas, en particular respecto de la necesidad de autorización de la administración concursal en caso de intervención de facultades del deudor. Como acabamos de ver, el legislador pretende terminar con estas posibles incertidumbres respecto de otros acuerdos de contenido patrimonial que pudieran someterse a la voluntad del órgano de socios, y dotar de un régimen especial a la acción que consideramos.

Pero, aparte de que centralizar las decisiones sobre la acción de responsabilidad pueda resolver algunas de las cuestiones planteadas, debe repararse en que socios y administradores concursales pueden no gozar de los mismos incentivos para el planteamiento de una acción contra los administradores. Por lo demás, como la acción de responsabilidad social entraña la reclamación de un crédito del concursado contra un tercero (el administrador lo es), no se explica bien por qué, respecto de esta acción, se deroga el régimen del artículo 54.2 en el supuesto de intervención, que se limita a exigir la autorización de la administración concursal para la interposición de demandas que puedan afectar al patrimonio del concursado. Disposición que se consideraba por la mayor parte de los autores aplicable al ejercicio de la acción de responsabilidad. Si tenemos en cuenta que la acción social, cualquiera que sea quien la ejercite, es siempre la misma, cabe afirmar que el nuevo sistema, restrictivo respecto de las demás acciones del concursado, resulta excesivamente rígido: ¿por qué impedir que sea la sociedad quien reclame, aunque fuera con la

anuencia de la administración concursal, para evitar descoordinaciones o demandas temerarias?

En cuanto a los acreedores de la sociedad, tampoco parece haber motivo para impedir que puedan, en ejercicio de la legitimación subsidiaria de segundo grado que la ley societaria les concede, requerir a la administración concursal para que entable la acción y, en caso de inactividad de ésta, ejercerla al amparo del art. 54.4 LC. El tenor del artículo 48 bis, tal y como está proyectado, no debería blindar o privilegiar a los administradores, como deudores del concursado, en comparación con cualesquiera otros frente a los que éste pudiera ostentar alguna pretensión patrimonial.

Finalmente, en cuanto a las acciones de responsabilidad que ya estuvieran en curso en el momento de la declaración de concurso, el proyectado artículo 51.1 incluye una excepción a la regla general, en cuya virtud los juicios declarativos deben seguir tramitándose hasta la firmeza de la sentencia. Las acciones por daños y perjuicios contra los administradores, en cambio, siempre que no haya finalizado el acto de juicio o la vista, se acumularán al concurso y se tramitarán por los trámites del procedimiento que hubiera venidos sustanciándose.

Esta última regla, al mencionar toda reclamación de daños y perjuicios, abarca tanto las acciones sociales como las individuales extracontractuales. No las relativas a deudas solidarias, que gozan ahora de otro régimen durante el concurso.

### **3. Reforma de la responsabilidad por deudas: imposibilidad de ejercicio**

El aspecto de mayor relieve para los administradores de sociedades que se encuentren en una situación preconcursal es el

del cierre de toda posibilidad de reclamación, por las deudas sociales, debida al incumplimiento de los deberes relacionados con la disolución obligatoria de la sociedad, mientras se sustancie el concurso

El artículo 51 bis ordena que estos procedimientos queden en suspenso hasta la conclusión del concurso, y el 50 prohíbe, bajo sanción de nulidad, su inicio.

En la práctica, estas disposiciones otorgan un respiro a los administradores durante ese periodo, en el que, además, se examinará la responsabilidad concursal por haber causado o agravado con dolo o negligencia grave el estado de insolvencia.

Sin embargo, no parece haber impedimento para que aquellas acciones puedan ejercitarse tras la conclusión del concurso, habida cuenta de que, por un lado, se interrumpe la prescripción de la acción; y, por otro, frecuentemente el concurso finalizará con el impago de créditos. En la práctica, estas acciones se están ejercitando, del modo que se indica, por los acreedores legitimados para ello, sólo aquellos cuyo crédito fuera posterior al acaecimiento de la causa de disolución. Probablemente, sería necesario reflexionar acerca de la pertinencia del mantenimiento de esta vía de resarcimiento, al menos cuando en el seno del concurso, como es habitual, se haya abierto la pieza de calificación y examinado, en consecuencia, la conducta de los administradores inmediatamente anterior a la declaración de concurso.

### **4. Responsabilidad concursal**

El proyecto incrementa, en términos generales, el riesgo de responsabilidad concursal, sin otorgar nuevos indicios que permitan avanzar en su calificación como indemnizatoria o sancionatoria. Algún matiz de la normativa proyectada permite

precisar algunos aspectos de su régimen jurídico y sólo en alguna medida mitigar su rigor.

El incremento del riesgo se deriva, en primer lugar, de que ahora serán aún menos los concursos en los que no se abra la sección de calificación. La reforma de los artículos 163 y 167 LC da lugar a que se elimine ese trámite, como hasta ahora, en los convenios no especialmente gravosos (espera inferior a tres años, quita de menos del treinta por ciento), pero sólo en el caso de que se trate de un convenio anticipado.

Se amplía también, al menos nominalmente, el número de las personas que pueden verse afectadas por la calificación –y ser condenadas a satisfacer el fallido concursal, cfr. arts. 164, 172 y 172 bis–, para dar entrada a los apoderados generales, de hecho o de derecho, junto con administradores y liquidadores, en el plazo de retroacción de dos años que ya prevé el ordenamiento en vigor. La referencia al apoderado general de hecho o de derecho causa cierta perplejidad, puesto que, en cualquiera de sus variantes, el apoderado no deja de ser una persona sometida

al poder del representado (la sociedad a través de los administradores). Hasta qué punto puede ser condenada una persona sin que se pruebe su condición real de administrador de hecho (y apoderado sólo aparente) resulta, desde luego, discutible.

Por lo demás, la normativa proyectada aclara que es posible condenar a las personas afectadas para cubrir total o parcialmente el déficit, aspecto éste que, según la norma vigente, resultaba discutible para algunos. En la misma línea, se aclara que las cantidades percibidas se integrarán en la masa activa del concurso, y no serán cobradas directamente por los acreedores.

Dejando de lado otros aspectos de la normativa proyectada (como la suma de los periodos de inhabilitaciones de distintas sentencias, o la autorización para continuar al frente de la sociedad si el convenio lo autoriza), tiene gran interés para la defensa de los administradores el mandato de que el juez deba individualizar la cantidad debida por cada uno de ellos, de forma que debe desaparecer de la práctica judicial la condena solidaria y escasamente motivada que con alguna frecuencia puede leerse en determinadas sentencias.