

347.56  
F014

JESÚS ANTONIO ROMERO FERNÁNDEZ

**APROXIMACIÓN AL ESTUDIO  
DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL  
DE LOS ADMINISTRADORES  
CONCURSALES**



SECRETARIADO DE PUBLICACIONES  
UNIVERSIDAD DE SEVILLA

Biblioteca	
o.	12997134
i.	2609714X

SEVILLA 2009

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación y sistemas de recuperación, sin permiso escrito del Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla.

COMITÉ EDITORIAL:

Antonio Caballos Rufino (Director del Secretariado de Publicaciones)

Carlos Bordons Alba  
Julio Cabero Almenara  
Antonio José Durán Guardado  
Enrique Figueroa Clemente  
Antonio Genaro Leal Millán  
Begoña López Bueno  
Antonio Hevia Alonso  
Juan Luis Manfredi Mayoral  
Antonio Merchán Álvarez  
Francisco Núñez Roldán

1ª Edición, 2007  
2ª Edición, 2009

© SECRETARIADO DE PUBLICACIONES  
DE LA UNIVERSIDAD DE SEVILLA. 2007  
Porvenir, 27 - 41013 Sevilla  
Tifs.: 954 487 447 - 954 487 452; Fax: 954 487 443  
Correo electrónico: secpub4@us.es  
<http://www.publius.us.es>

© Jesús Antonio Romero Fernández, 2007

Impreso en España - Printed in Spain  
ISBN: 978-84-472-1167-8  
Depósito Legal: SE-508-2009  
Maquetación: BALAGUER VALDIVIA, S.L. - [gbalaguer@telefonica.net](mailto:gbalaguer@telefonica.net)  
Imprime: Publidisa

## ÍNDICE

ÍNDICE .....	7
I. INTRODUCCIÓN.....	11
II. LOS GENÉRICOS DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES CONCURSALES .....	23
1. El deber de actuar conforme con la regla de la “buena fe” .....	23
2. El deber de diligente administración .....	26
III. CARACTERES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES CONCURSALES .....	31
IV. LA FUNCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES CONCURSALES .....	39
1. Las concretas funciones de la responsabilidad civil de los administradores concursales en el proceso concursal.....	39
2. El régimen de responsabilidad civil de los administradores concursales como mecanismo de control de la gestión de los intereses del concurso .....	43
3. El enriquecimiento ilícito de los administradores concurales por infracción de sus deberes .....	45
V. FUNCIONES Y SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES CONCURSALES.....	47
1. Las funciones de los administradores concursales en relación con el patrimonio del concursado .....	47

2. Las funciones de los administradores concursales en relación con los terceros .....	49
3. Las funciones de los administradores concursales en relación con la determinación de la masa activa y pasiva ..	50
4. Las funciones de los administradores concursales en la fase de convenio y liquidación .....	51
5. Las funciones de los administradores concursales en la calificación, en la fase de conclusión y reapertura del concurso .....	53
<b>VI. LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS A LA MASA DEL CONCURSO.....</b>	<b>55</b>
1. Presupuestos materiales de la responsabilidad civil de los administradores concursales por daños a la masa .....	55
1.1. Consideraciones preliminares .....	55
1.2. La ilicitud en la conducta de los administradores concursales .....	58
1.2.1. Preliminar .....	58
1.2.2. El incumplimiento legal.....	59
1.2.3. El criterio de la “diligencia debida” como supuesto de imputación de la responsabilidad de los administradores concursales .....	65
1.2.3.1. El significado del término diligencia.....	65
1.2.3.2. La “debida diligencia” como modelo de conducta .....	73
1.2.3.2.1. Preliminar .....	73
1.2.3.2.2. El “ordenado administrador”.....	78
1.2.3.2.3. El “representante leal” ....	82
1.3. La culpa como criterio de imputación subjetiva de la responsabilidad de los administradores concursales .....	84

1.4. El daño: criterio distintivo de la acción civil por daños a la masa y por daños a intereses individuales .....	89
1.4.1. Ideas previas .....	89
1.4.2. El patrimonio dañado.....	91
1.5. El nexo causal.....	97
2. La responsabilidad solidaria en el resarcimiento del daño .....	103
2.1. Determinación de la culpabilidad.....	103
2.2. La carga de la prueba .....	107
2.3. Exoneración de responsabilidad: prueba requerida para la exculpa individual .....	109
3. El ejercicio de la acción de responsabilidad civil por daños a la masa. ....	115
3.1. Consideraciones generales .....	115
3.2. Legitimados activamente para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil contra los administradores concursales.....	118
3.3. La legitimación pasiva en el ejercicio de la acción de responsabilidad civil .....	120
3.3.1. Preliminar .....	120
3.3.2. Los administradores concursales de hecho..	122
3.3.3. La atribución judicial de competencias en favor de un administrador concursal .....	124
3.3.4. Los auxiliares delegados.....	126
3.4. Tramitación procesal .....	131
3.5. Ineficacia exoneratoria de la aprobación o desaprobación de las cuentas de la administración concursal. ....	135
3.6. Prescripción de la acción de responsabilidad.....	137
3.7. La sentencia condenatoria de responsabilidad de los administradores concursales .....	140

VII. LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS A INTERESES	
PARTICULARES .....	145
1. Preliminar .....	145
2. Presupuestos materiales de la acción individual de responsabilidad concursal .....	146
3. La responsabilidad por daños al deudor .....	146
4. La responsabilidad por daños a los acreedores .....	147
5. La responsabilidad por daños a terceros .....	148
5.1. Preliminar .....	148
5.2. Los titulares de créditos contra la masa .....	148
5.3. Los titulares de bienes y derechos separables de la masa .....	151
6. Legitimación activa .....	152
7. Prescripción .....	153
8. Acumulación de acciones .....	155
VIII. BIBLIOGRAFÍA .....	157

## I. INTRODUCCIÓN

La acreditada longevidad gestacional de nuestra vigente Ley Concursal (en adelante LC)<sup>1</sup>, que recoge en un cuerpo normativo

<sup>1</sup> Los intentos renovadores dentro de nuestro Derecho mercantil han sido: Anteproyecto de 1959 (este Anteproyecto fue elaborado por una Subsección de Justicia del Instituto de Estudios políticos presidida por Garrigues. Concluido en 1959, no fue publicado oficialmente. El texto ha sido publicado en el libro *La reforma del derecho concursal*, Cuadernos de Derecho Judicial, 1997, págs. 123-210), las bases para un Anteproyecto de Ley Concursal elaboradas por la Ponencia especial constituida en 1978 y publicado en 1983 [este documento fue redactado por una ponencia de la Comisión General de Codificación presidida por Olivencia Ruiz, M., en cumplimiento de las Órdenes Ministeriales de 17 de mayo de 1978, y fue publicado en su texto articulado por la Secretaria General Técnica del Ministerio de Justicia con fecha de 27 de 1983 (vid su texto en el libro *La reforma del derecho concursal*, Cuadernos de Derecho Judicial, 1997, págs. 123-210); este documento ha sido objeto de un amplio seguimiento doctrinal; vid., muy especialmente, OLIVENCIA, M., "Planteamiento de la reforma concursal en el derecho español y en el derecho comparado", *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley concursal*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, núm. 8, Madrid, 1985, págs. 29-45], los criterios básicos para la elaboración de una propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1994, la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995 (vid., muy especialmente esta Propuesta redactada por ROJO FERNÁNDEZ-RIO, A., en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Suplemento al nº 1768, de 15 de febrero de 1996), el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001 [este Anteproyecto de Ley Concursal fue elaborado por la Sección Especial para la Reforma Concursal, presidida, por Olivencia Ruiz, M., creada en el seno de la Comisión General de Codificación por Orden del Ministerio de Justicia de 23 de diciembre de 1996 (vid., para un estudio de este documento, GARCÍA VILLAVERDE, R./ALONSO UREBA, A./PULGAR EZQUERRA, J., *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley concursal de 2001*, Madrid, 2002, in extenso) y es el antecedente del Proyecto de Ley Concursal, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, con fecha de 22 de julio de 2001], el Proyecto de Ley Concursal de 2002 (vid., MORILLAS JARRILO, M. J., "La reforma del Derecho concursal español: el Proyecto de Ley Concursal de 5 de julio de 2002", *Derecho de los Negocios*, núm. 149, 2003, págs. 1-41), y, finalmente, la Ley Concursal.

sistemáticamente ordenado y presidido por un principio rector de unidad la completa regulación del procedimiento concursal, no ha impedido un fuerte seísmo en buena parte de las diversas instituciones que integran el tráfico patrimonial privado y, muy en particular, en las instituciones de carácter marcadamente mercantil. Posiblemente uno de esos sectores en que los efectos de esa convulsión provocada, por esta reforma concursal, se dejen sentir con mayor intensidad sea el de la administración concursal, llamada a sustituir a síndicos e interventores y a superar las imperfecciones del sistema anterior, levantado sobre esas dos figuras de cunas décimo y vigesimonónicas reguladas, respectivamente, por los Códigos de comercio del siglo XIX y la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, y por la Ley de Suspensión de Pagos de 1922.

Al decantarse nuestro legislador por un modelo organizativo de la administración concursal<sup>2</sup>, que no representa una mera delegación del juez del concurso<sup>3</sup>, sino un órgano del procedimiento dotado de autonomía para la realización de las funciones y consecución de los fines que le atribuye directamente la Ley en el procedimiento concursal<sup>4</sup>, ha

<sup>2</sup> Vid., una amplia exposición de los diferentes modelos en TIRADO MARTÍ, J.L., “La sindicatura concursal”, en AA.VV., *La reforma de la legislación concursal* (dir. Rojo, A.), Madrid-Barcelona, 2003, págs. 151-224; YANES YANES, P., “La administración concursal”, en AA.VV., *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal* (dirs. García Villaverde, R./Alonso Ureba, A./Pulgar Ezquerro, J.), Madrid, 2003, págs. 173-233; PORFIRIO CARPIO, L.J., *El acceso a la administración concursal (examen del artículo 27 de la Ley Concursal)*, Valencia, 2005, págs. 59-65; CORTADAS ARBAT, R./LLATJÓS SANUY, I./CAPDEVILA FRANCÀS, J./CAPDEVILA DALMAU, D. *La Administración concursal*, Barcelona, 2005, págs. 19-23.

<sup>3</sup> Sobre los Juzgados de lo mercantil, vid., entre otros, Díez-Picazo, L., “Los Juzgados de lo mercantil”, *La reforma de la legislación concursal* (dir. Rojo, A.) Madrid-Barcelona, 2003, págs. 131-149; RIESCO MILLA, J., “Los Juzgados de lo mercantil en la futura Ley concursal”, *Derecho de los Negocios*, núm. 141, junio 2002, págs. 1-5; RODRÍGUEZ SAN VICENTE, M. M., “Los Juzgados de lo mercantil”, *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la reforma concursal*, Madrid, 2003, págs. 161-171; PERDIGUERO BAUTISTA, E., “Especialización judicial mercantil. Avanzando hacia una justicia ágil, moderna y eficaz”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2004, págs. 191 y ss.

<sup>4</sup> YANES YANES, P., *op. cit.*, págs. 173-233; TIRADO MARTÍ, J.L., “La sindicatura concursal”, *cit.*, págs. 151-224 y “Síndicos y administradores. Reflexio-

instaurado, inevitablemente<sup>5</sup>, y junto a ello, un riguroso y endurecido régimen de responsabilidad civil de los administradores concursales que salga al paso de los defectos, la dispersión y falta de claridad normativa de la legislación anterior<sup>6</sup>, aspectos que la LC viene a mejorar,

nes en torno a la competencia del órgano de administración durante la quiebra de la sociedad de capital”, *RDM*, núm. 236, 2000, págs. 509 y ss.

<sup>5</sup> Decimos “inevitablemente” porque sin lugar a dudas la de administrador concursal puede convertirse en una profesión de “alto riesgo” que, quizá, pueda llegar a sugerir a algunos interesados la conveniencia de dotarse de un seguro de responsabilidad civil que venga a cubrir las posibles contingencias que acaezcan en el desempeño de su cargo.

<sup>6</sup> Hasta la promulgación de la LC de 2003 no existe prácticamente una norma jurídica que regule con carácter general la responsabilidad civil de las personas encargadas de la gestión y administración del patrimonio del deudor en las situaciones de insolvencia salvo las menciones que realizan los arts. 1.077 C. de c. de 1829 y 1.229 LEC de 1881. En concreto, el art. 1.077 C. de c. establece que “Los síndicos son responsables frente a la masa de cuantos daños y perjuicios le causaren por abusos en el desempeño de sus funciones, o por falta de cuidado y diligencia que usa un comerciante solícito en el manejo de sus negocios”. En caso de agravios contra las cuentas, la demanda se sustancia “por los trámites del juicio ordinario en esta misma pieza de autos si estuviere evacuado todo lo concerniente a la administración de la quiebra, o en ramo separado si no estuviere concluida la liquidación de ésta” (art. 1364 LEC 1881). Por su parte, el quebrado o cualquier acreedor particular puede presentar demanda sustanciada dentro de la quiebra, de juicio ordinario por los daños y perjuicios causados a la masa por fraude, negligencia culpable y malversación (arts. 1.365 LEC 1881). En relación al comisario, corresponde al Juzgado, con informe del comisario, aprobar la cuenta formal y justificada de su gestión o imponer la reparación de los cargos que resulten al depositario (art. 1.082 C. de c.); vid., sobre este particular, HERNÁNDEZ MARTÍ, J., “La quiebra: Primera Junta de acreedores. Los síndicos”, en *Quiebra, suspensión de pagos e insolvencias punibles*, Valencia, 2001, págs. 923-925; RAMÍREZ, J., *Derecho concursal español. La quiebra*, Barcelona, 1959, *in extenso*; GONZÁLEZ AGUADO, G., “La práctica concursal en el marco de la actual y futura normativa en función de los órganos del concurso”, *Crisis Económica y Derecho Concursal*, Madrid, 1989, págs. 184-188; URÍA, R./MENÉNDEZ, A./BELTRÁN, E., “Lecciones correspondientes al derecho concursal”, AA.VV., *Curso de derecho mercantil*, t. II, Madrid, 2001, pág. 914; TIRADO MARTÍ, J.L., “La sindicatura concursal”, *cit.*, págs. 151-224. En cambio, en la suspensión de pagos la regulación resulta más escueta, donde únicamente aparece una referencia a las sanciones que corresponden a los interventores que dejen de elaborar el informe (art. 8.4 LSP); más concretamente sobre este particular vid. GALLEGO SÁNCHEZ, E., *La intervención judicial en la suspensión de pagos*, Valencia, 1999, pág. 142. La otra mención que la LSP realiza a la responsabilidad se encuentra en el art. 20, que se refiere a la responsabilidad en que pueden incurrir el comerciante suspenso

obligándoles a realizar su trabajo con estricta pulcritud y profesionalidad, prevaleciendo la ética y la deontología profesional sobre cualquier otro valor, y a dejar constancia en sus papeles de trabajo de todas sus actuaciones (lo que por otro lado podría perjudicar a la agilidad del procedimiento), aunque sin pronunciarse sobre la responsabilidad penal<sup>7</sup>,

o los consejeros o gerentes de las compañías mercantiles que soliciten y obtengan la declaración de insolvencia definitiva. A su vez, esta norma remite al art. 894.I.II C. de c., cuando señala que los cómplices de los quebrados (art. 893 C.de c.) serán condenados a "reintegrar a la misma masa de los bienes, derechos y acciones sobre cuya sustracción hubiere recaído la declaración de su complicidad, con intereses e indemnizaciones de daños y perjuicios". A pesar del silencio legal la doctrina se ha preocupado de esbozar una descripción de la responsabilidad administrativa o disciplinaria, civil y penal de los interventores; *vid.*, entre otros, MARÍN LÓPEZ, E., "Responsabilidad de los interventores judiciales en la suspensión de pagos", *RJNot.*, julio-septiembre 1994, págs. 285-303; TORRES DE CRUELLS, J./MAS Y CALVET, R., *La suspensión de pagos*, 2ª ed., Barcelona, 1995, págs. 107-118 y RODRÍGUEZ SAN VICENTE, M.M., "La intervención judicial en la suspensión de pagos", *Derecho Concursal II, Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1996, págs. 77-82. En general sobre ésta y otras muchas cuestiones sobre la suspensión de pagos, *vid.*, muy especialmente, SAGRERA TIZÓN, J.M., *Comentarios a la ley de suspensión de pagos*, 2ª ed., Barcelona, 1989, *in extenso*.

<sup>7</sup> Pese al carácter neutro del sustantivo utilizado por nuestro legislador en el encabezamiento del precepto ("*responsabilidad*"), no resulta difícil afirmar que la responsabilidad que regula es la patrimonial o civil (en contraste con otros tipos de responsabilidad como la penal, laboral, administrativa, fiscal, etc.). A este respecto conviene advertir que la administración desleal de patrimonios ajenos, cuando puede causar un perjuicio patrimonial, representa un delito societario desde el Código penal de 1995, de acuerdo con lo establecido en su art. 295 C.P. Téngase en cuenta que el administrador concursal es un administrador de derecho, porque su nombramiento se produce por decisión judicial amparado en causa legal, y los acreedores con intereses en la masa pueden ser sujetos pasivos de este delito. La conducta típica tanto puede consistir en disponer de los bienes de la sociedad, como en contraer obligaciones a cargo de ésta. Representan elementos comunes: primero, el que los sujetos activos actúen "con abuso de las funciones propias del cargo"; segundo, que lo hagan "fraudulentamente"; y, tercero, que se origine un resultado "causando directamente un perjuicio económicamente evaluable" a los sujetos pasivos. Advierte de esta responsabilidad penal de los administradores concursales GÓMEZ MARTÍN, F., *Comentarios a la legislación concursal* (dirs. Sánchez-Calero Guilarte, J./Guilarte Gutiérrez, V.), Valladolid, 2004, págs. 661-663.

laboral<sup>8</sup>, administrativa o fiscal<sup>9</sup> que los administradores concursales puedan asumir durante el ejercicio de sus funciones. Quizás hubiese sido conveniente haber evidenciado que, en ningún caso, el ejercicio de acciones civiles de responsabilidad contra los administradores concursales por los perjuicios ocasionados por su conducta a deudores, acreedores o terceros cierra el paso al ejercicio de, al menos, la acción de responsabilidad penal cuando existan indicios de criminalidad en la actuación de aquéllos<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> El art. 230 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social dispone que son obligaciones de los empresarios: a) Cotizar por la aportación empresarial a la contingencia de desempleo. b) Ingresar las aportaciones propias y las de sus trabajadores en su totalidad, siendo responsables del cumplimiento de la obligación de cotización. c) Proporcionar la documentación e información que reglamentariamente se determinen a efectos del reconocimiento, suspensión, extinción o reanudación del derecho a las prestaciones. d) Entregar al trabajador el certificado de empresa, en el tiempo y forma que reglamentariamente se determinen. e) Abonar a la entidad gestora competente las prestaciones satisfechas por ésta a los trabajadores cuando la empresa hubiese sido declarada responsable de la prestación por haber incumplido sus obligaciones en materia de afiliación, alta o cotización. f) Proceder, en su caso, al pago delegado de las prestaciones por desempleo. g) Comunicar la readmisión del trabajador despedido en el plazo de cinco días desde que se produzca e ingresar en la Entidad Gestora competente las prestaciones satisfechas por ésta a los trabajadores en los supuestos regulados en el apartado 5 del artículo 209 de esta Ley.

<sup>9</sup> La Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (BOE núm. 302, de 18 de diciembre de 2003), vigente desde el 1 de julio de 2004, establece en su art. 43 lo siguiente: "Responsables subsidiarios. 1. Serán responsables subsidiarios de la deuda tributaria las siguientes personas o entidades: (...) c) Los integrantes de la administración concursal y los liquidadores de sociedades y entidades en general que no hubiesen realizado las gestiones necesarias para el íntegro cumplimiento de las obligaciones tributarias devengadas con anterioridad a dichas situaciones e imputables a los respectivos obligados tributarios. De las obligaciones tributarias y sanciones posteriores a dichas situaciones responderán como administradores cuando tengan atribuidas funciones de administración".

<sup>10</sup> Como veremos (*infra* apdo. V, 1.4) el fundamento de la responsabilidad civil es el daño; presupuesto sobre el que se asienta la responsabilidad de los administradores concursales. Nos referimos a la llamada responsabilidad extracontractual, regida por el Principio General del Derecho "*neminem laedere*" que incorpora y desarrolla el art. 1.902 C.c. Nuestra mejor doctrina defiende, a este respecto, que "la función de las normas de responsabilidad extracontractual no es preventiva-punitiva... sino compensatoria o resarcitoria; no se gradúa con arreglo a la gravedad de la conducta y reprochabilidad del dañante, sino conforme a la entidad del daño;

El legislador, consciente de que el éxito o el fracaso del procedimiento concursal depende, en buena medida, de la labor de los administradores concursales, establece un diseño completo y doble del régimen de responsabilidad civil del órgano de gestión concursal: por daños a la masa concursal, exigibles por el deudor y los acreedores (“acción de responsabilidad concursal” –art. 36.1 LC–), y por daños ocasionados directamente a intereses distintos, exigibles por el deudor, los acreedores y los terceros (art. 36.7 LC); dicho de otro modo, distingue entre la que podríamos llamar “responsabilidad concursal” (cuya exigencia persigue la indemnidad de la masa concursal lesionada como consecuencia de la infracción por los administradores concursales de sus obligaciones) y la “responsabilidad individual” (cuya exigibilidad pretende el logro del resarcimiento de los daños directos que los deudores, acreedores o terceros hayan podido sufrir)<sup>11</sup>.

es transmisible *mortis causa* a los herederos del responsable...; es asegurable (arts. 73-76 LCS); puede imponerse a las personas jurídicas; incluso cuando se solicita dentro del proceso penal, está sujeta al principio rogatorio... y no existe para ella un principio de irretroactividad de la ley más favorable al responsable, ni es materia reservada a Ley Orgánica..., el derecho a la presunción de inocencia no es aplicable... (y) es errónea la línea jurisprudencial que asigna a la indemnización de dichos daños, junto a la compensación, una función punitiva... No obstante, la conducta del causante del daño sí que se toma en cuenta para determinar la gravedad de la lesión efectivamente producida, y por la que debe recibir satisfacción el dañado”; *vid.*, en esta línea, PANTALEÓN PRIETO, F., “Responsabilidad extracontractual”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. IV, Madrid, 1995, págs. 5942-5948, y en “Comentario al art. 1.902 C.c.”, *Comentarios al Código civil*, t. II, Madrid, 1993, págs. 1971-2003; DE ÁNGEL YÁGUEZ, R., *Tratado de responsabilidad civil*, 1993, págs. 132 y ss.; IZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid, 2001, págs. 109 y ss. (sobre los elementos de la responsabilidad, también llamados “presupuestos”) y págs. 375 y ss. (sobre la reparación del daño causado).

<sup>11</sup> La similitud con la LSA al respecto es evidente, ya que ésta establece, igualmente, un doble régimen de responsabilidad civil de los administradores sociales (art. 133 a 135): primero, la denominada “responsabilidad social”, referida a los daños causados al patrimonio de la sociedad, exigible por la propia sociedad, previo acuerdo de la Junta General, pero también por los socios minoritarios y, en su caso, por los acreedores; y, segundo, la “responsabilidad individual”, existente cuando se trate de daños ocasionados directamente en el patrimonio de los socios o terceros, y exigible mediante la interposición de la acción individual de responsabilidad [*vid.*, ESTEBAN VELASCO, G., “Responsabilidad civil de los administradores”, *EJB*, 1995, pág. 5912; ALONSO UREBA, A., “La responsabilidad de los administradores

De ello, se deduce que el criterio de distinción de ambas categorías de acciones viene determinado por el patrimonio que resulta lesionado: la masa concursal o el patrimonio individual. El art. 36 LC supone, de este modo, el reconocimiento legal de la responsabilidad civil por daños de la administración concursal, ya que persigue el resarcimiento de la masa concursal o del patrimonio individual del deudor, de los acreedores o de los terceros<sup>12</sup>.

de una sociedad de capital en situación concursal (el art. 171.3 del Anteproyecto de Ley Concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad)”, *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001* (dir. García Villaverde, R./Alonso Ureba, A./Pulgar Ezquerro, J.), Madrid, 2002, págs. 265 y ss.; VICENT CHULIÁ, F., “Variaciones mercantiles sobre responsabilidad civil de los administradores y auditores, en vísperas de la unificación concursal”, *Derecho de los Negocios*, núm. 144, septiembre 2002, págs. 1 y ss.; RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., y HUERTA BISECA, M.ª I., “¿Más responsabilidad de los administradores en el Anteproyecto de Ley concursal de 2001?”, *Derecho de los Negocios*, núm. 139, abril 2002, págs. 1 y ss.; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, 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)”, *Actualidad Civil*, núm. 18, febrero 2004, págs. 15-34].

<sup>12</sup> En los diversos documentos elaborados a lo largo de estos últimos años con el objeto de llevar a cabo la reforma del Derecho concursal el régimen de responsabilidad de los administradores concursales se ha ido perfilando con modelos dispares, algunos de ellos rodeados de cierta polémica. El primero de los documentos lo constituye el Anteproyecto de Ley Concurso de Acreedores elaborado bajo la autoridad del profesor Garrigues, que vio la luz en 1959, refiriéndose muy brevemente a la responsabilidad de los síndicos en el art. 66 con los siguientes términos: “[...] Incurrirán en responsabilidad civil de carácter solidario, si en su actuación procedieran con dolo, negligencia o morosidad, pudiendo el deudor o cualquier acreedor exigirles la correspondiente indemnización de daños y perjuicios”. Por su parte el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983, redactado por la ponencia especial de la Comisión General de Codificación presidida por el profesor Olivencia [*vid.*, OLIVENCIA RUIZ, M. “El Derecho concursal: modernas orientaciones y perspectivas de reforma”, *La reforma de la legislación mercantil*, Madrid, 1979, págs. 315 y ss.; ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., “Las opciones del Anteproyecto de Ley Concursal”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 8, Madrid, 1985, págs. 88-131; GIRÓN TENA, J., “Introducción (temario para una encuesta)” y “Los institutos concursales en el Anteproyecto de Ley concursal: sus funciones y relaciones”, *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley concursal*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, núm. 8, Madrid, 1985, págs. 7-28 y 133-134, respectivamente<sup>1</sup>, regula también muy brevemente la responsabilidad civil de los

Consecuentemente, el art. 36 LC –como su antecesor, el art. 35 del Proyecto<sup>13</sup>– toma como base para la regulación del régimen de responsabilidad del órgano de gestión concursal el instaurado en nues-

síndicos en el art. 42: “Los síndicos responderán de cuantos daños y perjuicios causen a la masa por dolo, negligencia o abuso de facultades, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que puedan incurrir”. Por otro lado, la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1996, redactada por Rojo (*vid.*, *Boletín de Información del ministerio de Justicia*, año L, suplemento al nº 1768, de 15 de febrero de 1996, págs. 917 y ss.) establecía con mayor amplitud la responsabilidad civil de los síndicos e interventores en el art. 41, conforme al cual “1. Los síndicos, los interventores y los auxiliares cuyo nombramiento hubiera autorizado el Juez del concurso responderán frente al deudor y frente a los acreedores de los daños y perjuicios causados a la masa activa por los actos y omisiones contrarios a la Ley o por los realizados sin la debida diligencia. 2. Por los actos que no sean legalmente competencia específica de un concreto síndico o interventor, la responsabilidad de los síndicos, de los interventores y de los auxiliares cuyo nombramiento hubiera autorizado el Juez del concurso será solidaria, a menos que alguno de ellos pruebe que, antes de la realización del acto o inmediatamente después de conocer su existencia, había salvado expresamente su responsabilidad mediante escrito presentado ante el Juez del concurso. 3. La acción para exigir la reparación de los daños y perjuicios causados se ejercitará por el juicio declarativo que corresponda ante el Juez que conozca o haya conocido del concurso de acreedores. 4. El ejercicio de la acción contra los síndicos y los interventores prescribirá a los tres años a contar desde que, por cualquier causa, hubieran cesado en el cargo. 5. Si la sentencia contuviera condena a indemnizar daños y perjuicios, el acreedor que hubiera ejercitado la acción en interés de la masa activa, tendrá derecho a que, con cargo a esa indemnización, se le reembolsen los gastos y se le satisfaga la parte del crédito que no hubiera percibido” [*vid.*, para un estudio sobre este Anteproyecto, GARRIDO GARCÍA, J.M., “La reforma del derecho concursal español (reflexiones entorno a la Propuesta de Anteproyecto de la Ley concursal del Profesor Ángel Rojo)”, *RDBB*, núm. 64, 1996, págs. 889-943]. Por último, el art. 36 LC mantiene una redacción muy similar a la de su precedente normativo, el art. 35 del Proyecto de LC, con las únicas modificaciones introducidas sobre éste (a través del Informe de la Ponencia sobre el Proyecto de LC; *vid.*, *BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 24 de marzo de 2003, nº 101-17) consistentes en las siguientes: primero, se sustituye la denominación administradores judiciales por la de administradores concursales y, segundo, se amplía el plazo de prescripción extintiva de dos a cuatro años para exigir responsabilidad civil a la administración concursal.

<sup>13</sup> La opción del legislador en pos de la equiparación del régimen de responsabilidad de los administradores concursales con el de los administradores societarios estaba tan clara a lo largo del proceso gestacional de la LC que el art. 36 LC es uno de los preceptos que menos cambios ha sufrido desde su primitiva inclusión en el Proyecto de Ley.

tro Ordenamiento para los administradores de sociedades anónimas (arts. 133, 134 y 135 LSA)<sup>14</sup>, sobre la base de que en muchos casos los

<sup>14</sup> Podría afirmarse, incluso, que el legislador concursal ha copiado casi literalmente el contenido de algunos apartados de dichas normas societarias. Ello hace que para la comprensión del citado precepto sea imprescindible acudir a la interpretación que la doctrina [cfr. entre otros, ARROYO MARTÍNEZ, L., “Art. 133. Responsabilidad”, *Comentarios a la Ley de sociedades anónimas* (coord. Arroyo Martínez, I./Embid Irujo, J.M.), II, Madrid, 2001, págs. 1385 y ss.; ESTEBAN VELASCO, G., “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a socios y a terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución”, *RdS*, 1995, págs. 47 y ss.; PARRA LUCÁN, “Responsabilidad civil de los administradores de sociedades”, *Tratado de responsabilidad civil* (coord. Reglero Campos), 2ª ed., Navarra, 2003, págs. 1359 y ss.; SÁNCHEZ CALERO, F., *Administradores. Artículos 123 a 143*, en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, t. IV, Madrid, 1994, págs. 236-278; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/GARCÍA-PITA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Responsabilidad de los administradores de sociedades de capital en la esfera jurídico-societaria”, en *Responsabilidad de Consejeros y altos cargos de sociedades de capital*, Madrid, 1996, págs. 1 y ss.; QUIJANO GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, págs. 117 y ss.; ALFARO AGUILA-REAL, J., “La llamada acción individual de responsabilidad contra los administradores sociales”, *RdS*, núm. 18, 2002, págs. 45 y ss.; MORA MATEO, A., “Responsabilidad civil del administrador de la sociedad anónima”, *RGD*, nº 591, 1993, págs. 11849-11865; LORENTE AZNAR, C. J., *La responsabilidad legal de los administradores y directivos de empresas. Régimen jurídico del personal de alta dirección*, Zaragoza, 1994, *in extenso*; DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima*, Madrid, 1995, *in extenso*; GARRETA SUCH, J. M., “La responsabilidad de los administradores en la sociedad anónima”, *RJC*, 1981, págs. 581 y ss.; GIRÓN TENA, J., “La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima en el Derecho español”, *ADC*, 1959, págs. 419 y ss.; SUAREZ LLANOS, L., “Responsabilidad de los administradores de sociedad anónima (disciplina jurídica de la acción social)”, *ADC*, 1962, págs. 921 y ss.; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M., “La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima en la nueva normativa”, *RCDI*, nº 603, 1991, págs. 491 y ss.; ITURMENDI, G., “La responsabilidad de los administradores en la sociedad anónima”, *RES*, nº 64, 1990, págs. 37-93; BROSETA PONT, M., “La responsabilidad de los administradores”, *Estudios Barrera Graf*, I, México, 1989, págs. 247 y ss.] y la jurisprudencia [*vid.*, entre otras, SSTS de 03-02-1962 (RJ 1962/920), 13-10-1986 (RJ 1986/5782), 21-05-1992 (RJ 1992/4274), 25-05-1993 (RJ 1993/9481), 01-12-1993 (RJ 1993/9480), 26-7-1994 (RJ 1994/6781), 29-04-1999 (RJ 1999/8697), 02-07-1999 (RJ 1999/4900), 14-11-2002 (RJ 1093/9762)] han adoptado a propósito de la regulación de la LSA. Sobre el paralelismo entre las acciones de responsabilidad, a que se refiere el art. 36 LC, y la establecida en la LSA (arts. 133, 134, 135) y LSRL (art. 69), *vid.*, GONZÁLEZ POVEDA, P., *La administración*



administradores concursales son al fin, como los de las sociedades citadas, gestores de unos patrimonios ajenos insertos en una disposición orgánica, aunque no tenga de manera evidente los rasgos societarios, a través de la cual, como miembro del órgano, tienen legalmente encomendado determinado elenco de competencias.

Esa traslación del régimen de responsabilidad civil de los administradores societarios a los administradores concursales se ha efectuado, como veremos, con cierto mimetismo<sup>15</sup>. Nos encontramos ante una

*judicial de la masa*, Escuela de Verano del Consejo General del Poder Judicial, La Coruña, junio 2001, pág. 11.

<sup>15</sup> Téngase en cuenta, además, que este régimen de responsabilidad establecido en la LC atañe exclusivamente a los administradores concursales por los daños causados durante la tramitación del proceso concursal y que es, por consiguiente, independiente de cualesquiera otras responsabilidades que para otros sujetos pudieran derivarse de la incidencia en situaciones precontractuales. Nos referimos, en especial, a la rigurosa responsabilidad establecida para los administradores societarios en el art. 262.5 LSA (la disposición final vigésima de la LC modifica la redacción del art. 262.5 LSA y declara que responderán solidariamente de las obligaciones sociales los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución o al concurso). Dicha norma tiende a evitar la práctica, muy frecuente en el ámbito societario, consistente en el cese fáctico de las actividades sociales y en la desaparición formal en el tráfico, en lugar de proceder ordenadamente a la disolución y liquidación de la sociedad: *vid.*, en relación con estas prácticas, entre otros, SACRISTÁN BERGIA, F., "La naturaleza de la responsabilidad de los administradores por no promoción de la disolución", *RdS*, núm. 6, 1996, pág. 271; ARANGUREN URRIZA, F. J., "Disolución de la sociedad anónima", *Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación*, (dir. Garrido de Palma, V.M./Sánchez González, J.C./Aranguren Urriza, F.J./Martínez Fernández, T.A./Gardeazabal del Río, F.J.), Madrid, 1990, págs. 611 y ss.; BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *La disolución de la sociedad anónima*, Madrid, 1991, págs. 96 y ss.; DÍAZ MUYOR, M., *La reactivación de la sociedad anónima disuelta*, Madrid, 1994, págs. 36 y ss., 42 y ss., 93 y ss. y 114-115; MUÑOZ MARTÍN, N., *Disolución y derecho a la cuota de liquidación en la sociedad anónima*, Valladolid, 1991, págs. 206 y ss.; SÁNCHEZ CALERO, F., "Supuestos de responsabilidad de los administradores en las sociedades anónimas", *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea (Estudios en homenaje a José Girón Tena)*, Madrid, 1991, págs. 903 y ss.; SEQUEIRA MARTÍN, A., "La eficacia de las causas de disolución en la sociedad anónima según la Ley de reforma parcial y adaptación de la legislación

partitura escrita al compás del Derecho de sociedades<sup>16</sup>; ante un precepto que adopta el régimen de responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas aunque adornado tenuemente con los trazos propios del Derecho concursal. Es decir, nuestro legislador no ha optado por regular una disciplina pensada y elaborada *ex profeso* para el Derecho concursal, sino por la solución que resulta más cómoda y quizás segura para abordar el tratamiento de la posición jurídica de los administradores concursales y su responsabilidad como órgano gestor de intereses ajenos. De este modo, la LC hace responder a un patrón común la responsabilidad de administradores societarios y concursales, y ello en contra de las opiniones vertidas por algunos grupos políticos durante la tramitación parlamentaria de la LC<sup>17</sup>, en cuya virtud se defendía que los administradores del concurso no deberían responder de la misma forma que los administradores societarios.

Ello, aunque encuentra la ventaja de contar con un cuerpo doctrinal y jurisprudencial sobre responsabilidad civil de los administradores de las sociedades de capital que irradia claridad a los problemas que se vayan planteando, ha impedido que pudiéramos disponer de un régimen de responsabilidad civil para los administradores concursales plenamente conciliador con el Derecho concursal. De ahí que si bien en el examen del art. 36 LC no se puede cerrar los ojos a aquel *corpus*, nada desechable, hay que hacerlo pensado que se constituyó para otro tipo de órgano, por muchas similitudes que puedan encontrarse entre el órgano de administración concursal y el órgano de administración social de una sociedad de capital, por lo que esa tarea deberá hacerse con el rigor y el cuidado que merecen, sin dejar en el empeño de

mercantil a las Directivas de la CEE en materia de sociedades y su regulación en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas", *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid, 1991, págs. 401-402; VICENT CHULIÁ, F., "Responsabilidad de los administradores en sociedades no operativas", *Derecho de los Negocios*, nº 28, 1993, págs. 1 y ss. Esp. 4 y ss. *passim*; BRENES CORTÉS, "Comentario a la Sentencia de 26 de octubre de 2001", *CCJC*, núm. 58, enero-marzo 2002, pág. 383.

<sup>16</sup> MORRAL SOLDEVILLA, R., "Artículo 36", *Comentarios a la Ley Concursal* (coords. Sagrera Tizón, J.M<sup>a</sup>., Sala Reixachs, A. y Ferrer Barriendos, A.), Barcelona, 2004, pág. 399.

<sup>17</sup> *Vid.*, enmienda 266 del Grupo Parlamentario Socialista, *BOCG* de 10 de diciembre de 2002.

buscar el sentido y la coherencia jurídica necesaria de los preceptos aisladamente y con relación exclusiva al Derecho concursal.

Pese a la trascendencia con la que ha pretendido nuestro legislador regular el régimen de responsabilidad de los administradores concursales, la incriminación civil de sus conductas no es la panacea de los problemas de la administración concursal. De un lado, porque puede llegar a representar un freno a la aceptación del cargo de administrador y a mermar la capacidad de decisión, en algunos casos, ante el temor de incurrir en responsabilidad, sobre todo teniendo en cuenta la índole de las funciones que desempeñan los administradores concursales. De otro lado, porque las acciones de responsabilidad representan un instrumento costoso y excepcional ante las dificultades con que tropieza su ejercicio (muy especialmente, la prueba de los presupuestos y, entre ellos, del nexo de causalidad).

Los defectos y lagunas en la regulación legal del régimen de responsabilidad de los administradores concursales nos suscitan, como veremos en adelante, importantes controversias que latén sobre las tensiones propias de dos posicionamientos político-jurídicos sobre el ámbito y rigor de la responsabilidad exigible a aquéllos: un régimen moderado y flexible, proclive a interpretar las excepciones de forma amplia y las reglas de forma estricta; un régimen más enérgico, riguroso, impermeable a situaciones especiales o de excepción. A lo largo de este trabajo vamos a intentar huir de los peligros de ambos extremos e impedir tanto una interpretación que implique un privilegio el régimen de responsabilidad instaurado para los administradores concursales, como otra que haga nacer un privilegio, esta vez odioso, que desemboque en la responsabilidad por el desempeño (real o formal) del cargo.

## II. LOS GENÉRICOS DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES CONCURSALES

### 1. EL DEBER DE ACTUAR CONFORME CON LA REGLA DE LA "BUENA FE"

El art. 35.1 LC, que delimita, de forma desafortunada, el parámetro de conducta de los administradores concursales, no alude de forma expresa a la buena fe. Sin embargo, el art. 43 LC obliga a los administradores concursales, en el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa, a atender a su conservación del modo más conveniente para los intereses del concurso. Únicamente se comprende esta tarea si los administradores concursales actúan conforme a los parámetros de la "buena fe". Es decir, implícitamente en nuestra LC se exige que la actuación de aquéllos se enmarque dentro de los estándares de la buena fe, entendida como un módulo de conducta general y absoluto, un modelo ético-jurídico<sup>18</sup>, un parámetro objetivo de comportamiento, no como algo opuesto a la mala fe, sinónimo de estado personal de ignorancia de estar dañando un derecho ajeno<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> Sobre la "buena fe" entendida en este sentido *vid.*, entre otros, VEGA PÉREZ, F., "Régimen ético-jurídico en la gestión de entidades financieras", en AA.VV. *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al Profesor Justino Duque Domínguez*, vol. 1, Valladolid, 1998, pág. 690-692. Sobre el significado contractual de la buena fe, *vid.*, muy especialmente, GARCÍA AMIGO, M., "Consideraciones a la buena fe contractual", A.C., 2000-1, marg. 1-15.

<sup>19</sup> En relación al concepto de "buena fe" entendida como criterio de conducta leal y parámetro objetivo de conducta leal *vid.*, muy especialmente, JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987, pág. 138, 139 y 141, para quien "...si el nacimiento de una obligación, cualquiera que sea su fuente, determina entre las partes posiciones de sujeción y poder (a veces recíprocas), y determina, a su vez, una virtual posibilidad de injerencia dañosa en la esfera jurídica

Creemos que nuestro legislador debería haber aprovechado el art. 35 LC para obligar, de modo expreso, a los administradores concursales a actuar conforme a los parámetros de la “buena fe”<sup>20</sup>, en un sentido parecido al siguiente: “los administradores concursales y los auxiliares delegados desempeñaran su cargo con la diligencia y buena fe que corresponde a un ordenado administrador y a un representante leal”. Y ello, porque aunque la buena fe afecta a todos los individuos en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes y obligaciones, su acatamiento se impone de modo especial sobre quienes, como los administradores concursales, actúan en defensa de intereses ajenos, como son los intereses del concurso.

La falta de mención expresa a la “buena fe” en el art. 35 LC como parámetro de actuación de los administradores concursales puede ser debida, de un lado, porque buena parte de la doctrina la considera, simplemente, una manifestación más de conducta diligente<sup>21</sup> y, por

y personal de la contraparte, se comprende la necesidad de una especial tutela de la confianza que cada parte pone en la lealtad de la otra, la necesidad, en definitiva, de completar con una amplia gama de deberes accesorios el marco de la relación principal crédito-deuda” (pág. 139).

<sup>20</sup> Nuestros tribunales, en numerosas ocasiones, se han pronunciado acerca de supuestos típicos que contradicen el principio de la buena fe: en este sentido resultan especialmente elocuentes las SSTs de 29 de enero de 1965 (R.J. 262) y de 6 de junio de 1992 (R.J. 5165) conforme a las cuales “se falta a la buena fe cuando se va contra la resultancia de los actos propios, se realiza un acto equívoco para beneficiarse intencionadamente de su dudosa significación o se crea una apariencia jurídica para contradecirla después en perjuicio de quien puso su confianza en ella...”. En términos parecidos, *vid.*, entre otras, las SSTs de 16 de diciembre de 1995 (R.J. 9143), que considera la actuación de la sociedad recurrente “contraria al principio de la buena fe, como comportamiento justo, honrado y leal”.

<sup>21</sup> Así se han manifestado respecto de los deberes de los administradores sociales, entre otros, POLO SÁNCHEZ, E., *Los administradores y el consejo de Administración de la Sociedad Anónima (artículos 123 a 143 de la ley de Sociedades Anónimas)*, en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles* (dir. Uría, R./Menéndez, A./Olivencia, M.), t. VI, Madrid, 1992, págs. 136-141; ALONSO UREBA, A., “Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima”, *RDM*, núm. 198, octubre-diciembre 1990, pág. 670; VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de derecho mercantil*, 3ª ed., t. I, 1991, pág. 653; QUIJANO GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, pág. 230; LLEBOT MAJÓ, J.O., *Los deberes de los administradores en la S.A.*, Madrid, 1996, pág. 118; VEGA PÉREZ, F., *op. cit.*, pág. 693.

consiguiente, se encontraría recogida implícitamente en ese precepto; de otro lado, porque en el art. 35 LC, dentro de la diligencia, como grado que define uno de los tipos a los que recurre el legislador, se emplea el término “leal”, y el concepto de lealtad o fidelidad se suele identificar con el de buena fe; y, por último, por la dificultad que entraña delimitar el concepto y la función de la “buena fe” frente a otras figuras como “la razón” o “lo razonable”. Sin embargo, no compartimos estas posturas por los siguientes motivos.

En primer lugar, apostamos por los argumentos de quienes hacen una clara distinción entre diligencia y buena fe. Su diferencia se encuentra en el plano funcional. Así, mientras la diligencia se refiere sólo a la posición deudora y, respecto de ésta, en cuanto a la actividad de cumplimiento, la buena fe abarca toda la relación obligatoria<sup>22</sup>. Dicho de otro modo, si la diligencia se refiere a la medida del esfuerzo del deudor, a la conformidad de su comportamiento con aquél que es debido, la buena fe opera en un plano previo, el de la determinación de la prestación debida.

En segundo lugar, es cierto que cada vez más en nuestro Derecho de obligaciones se emplea expresiones como la del “hombre razonable”, el “profesional razonable” para disciplinar la conducta de deudor y acreedor, y proporcionar un módulo abstracto de referencia<sup>23</sup>, lo que

<sup>22</sup> Muy especialmente, JORDANO FRAGA, F., *op. cit.*, pág. 148-149. Respecto del contrato de comisión, también GARRIDO GARCÍA, J.M., *Las instrucciones en el contrato de comisión*, Madrid, 1995, págs. 101-104, diferencia entre deber de diligencia (que exige ejecutar el encargo de acuerdo con la naturaleza del negocio y las condiciones subjetivas del comisionista) y deber de buena fe (que incorpora al contrato un deber general de protección de los intereses del comitente).

<sup>23</sup> Así, por ejemplo, los arts. 9.2, c), 11 y 30, b) de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia. Nuestro TS en alguna ocasión también habla de lo razonable; cfr. SSTs de 5 de diciembre de 1992 (R.J. 10395) que habla de “diligencia razonable”; de 16 de junio de 1992 (R.J. 5315) donde se considera que la de administrador, “atendidos los datos que constan en autos, parece una decisión razonable”; de 16 de diciembre de 1995 (R.J. 3476) que refleja la conclusión de la Audiencia acerca de que “se lleva una contabilidad razonable”; de 18 de mayo de 1999 (R.J. 3476) en la que se considera correctamente aplicado el artículo que permite exigir responsabilidad a los administradores por cuanto no hay “una justificación, medianamente racional” de su actuación que causa daño a la sociedad, etc. También los códigos de conducta de muchas sociedades aluden al concepto de lo razonable,

nos lleva a plantearnos la relación que existe entre buena fe, diligencia y la razón o lo razonable<sup>24</sup>. A nuestro juicio, mientras la diligencia y la buena fe representan parámetros objetivos generales, lo razonable se conecta no tanto con lo subjetivo cuanto con lo contemporáneo, con el caso concreto<sup>25</sup>, con la realidad determinada que hay que poner en conexión con otras circunstancias similares: circunstancias de las personas, tiempo, lugar, naturaleza de la obligación<sup>26</sup>

## 2. EL DEBER DE DILIGENTE ADMINISTRACIÓN

El art. 36.1 LC hace responsable a los administradores concursales de los daños y perjuicios causados a la masa por actos y omisiones realizados "sin la debida diligencia".

Este deber de actuación diligente representa, en primer lugar, una pauta de conducta que la LC señala a los administradores concursales; es decir, viene a indicar el comportamiento exigible a éstos en el ejercicio de su cargo, la forma en que deben cumplir sus funciones<sup>27</sup>.

*vid.*, a título ilustrativo, algunos ejemplos de normas de conductas de sociedades en MORILLAS JARRILLO, M.J., "Las normas de conducta...", cit., págs. 393-394.

<sup>24</sup> Para ILLESCAS ORTIZ, R., "La adaptación del Derecho español al Derecho comunitario europeo", en *L'adhésion de l'Espagne et du Portugal à la CEE. Bilan et perspectives, Actes du Colloque International de Tâleuse*, 29-30 de enero de 1993, Textos reunidos por F. Guichard y B. Lavallé, Bordeaux, 1993, pág. 176, la duda esencial es si la razón equivale a la diligencia y si negligencia e irrazonabilidad son lo mismo.

<sup>25</sup> En este mismo sentido, ESTEBAN VELASCO, G., en AA.VV., *Comentarios a la ley de Agrupaciones de interés Económico*, Madrid, 1992, pág. 238.

<sup>26</sup> MORILLAS JARRILLO, M.J., *Las normas de conducta de los administradores de las sociedades de capital*, Madrid, 2002, págs. 393.

<sup>27</sup> Con carácter general, la diligencia cumple las siguientes funciones en las relaciones obligatorias (DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, 5ª ed., -2ª en Civitas-, Madrid, 1996, pág. 95): primero, función de integración de la prestación debida; segunda, función promotora (la conducta diligente es la fuerza o energía que hace que la actividad futura y contingente, que es la obligación, pase del puro proyecto o esquema -prestación- a la categoría de conducta materialmente existente -cumplimiento-; en este sentido, *vid.*, BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, 1987, pág. 175); tercero, función de definición del título de imputación de la responsabilidad por negligencia; y cuarto,

El deber de actuación diligente constituye, en segundo lugar, además de una pauta de conducta de los administradores concursales, una fuente de obligaciones para ellos, porque éstas no se agotan con el cumplimiento de cuanto le ordenan la Ley o el juez del concurso, sino que, por el contrario, buena parte de sus obligaciones emanan de su deber de actuación diligente en defensa de los intereses del concurso. Es decir, los administradores concursales tienen el deber de defender esos intereses y deben realizar cuantos actos sean necesarios para ello, de tal modo que los deberes específicos exigidos por la LC son insuficientes para asegurar el comportamiento esforzado, cuidadoso y eficaz en la ejecución de la finalidad apuntada. Luego, la idea de diligencia es la cláusula general que envuelve una serie de deberes que dan contenido concreto a la posición jurídica de administrador concursal, como órgano de gestión del procedimiento concursal.

Dentro de esos deberes inherentes al modelo de actuación diligente del administrador concursal se encuentran el de paliar la deficiencia de capacitación que tuvieren al asumir el cargo, apreciar adecuadamente si la "complejidad del concurso" es idónea para solicitar al juez autorización para delegar determinadas funciones a favor de auxiliares delegados, instruirles e impartirles órdenes, informarse, investigar y adquirir conocimientos mínimos sobre la situación del concurso y sobre el patrimonio del deudor, comportarse razonablemente en el *iter* de formación de una decisión y tomar decisiones razonables, y, en definitiva, el deber de especial dedicación a sus funciones

Pero la idea de diligencia exige un parámetro o modelo al que ajustar su actuación el obligado por aquél deber<sup>28</sup>. Ese modelo de conducta al que debe referirse el deber de diligencia de los administradores concursales lo concreta el art. 35.1 LC en la de un "ordenado

módulo de construcción de los deberes accesorios de conducta y de las modalidades de ejercicio del derecho de crédito, así como de las cargas que lo acompañan.

<sup>28</sup> Con carácter general, esos modelos de conducta son: primero, el modelo abstracto no profesional de conducta (el buen padre de familia); segundo, el modelo de profesional o artífice (el perito); tercero, el modelo derivado en modo habitual de comportamiento de una persona respecto de sus propios intereses ("*quam sui iuris*"); cuarto, el modelo de conducta resultante de la obligación que se trata de regular (DÍEZ-PICAZO, L., "Fundamentos...", II, cit., pág. 96, quien sigue a BADOSA COLL, F., "La diligencia y la culpa...", cit. pág. 39).

administrador y de un representante leal". La principal ventaja de este deber de actuación conforme a los modelos de diligencia del "ordenado administrador" y "representante leal" se encuentra en su carácter ambiguo, abstracto, objetivo y general<sup>29</sup>, y su inconveniente fundamental estriba en su difícil concreción, con sus consecuencias perniciosas. La LC no incentiva a los administradores concursales para alcanzar el parámetro de diligencia exigible, lo que les lleva a asumir el riesgo de no lograrlo; es decir, el art. 35.1 LC consagra y extrema la responsabilidad, pero no indica de forma suficiente cómo evitarla.

Ese modelo de conducta es, en primer lugar, de carácter objetivo porque no se determina de acuerdo con las aptitudes o el comportamiento anterior del sujeto concreto que ocupa el cargo de administrador concursal, sino que se determina por referencia a una idea "ordenado administrador", que no toma en consideración aspecto alguno relativo a su persona.

El modelo legal de conducta es, en segundo lugar, abstracto en el sentido de que no se refiere a tal o cual administrador o representante. El nivel de abstracción del modelo legal es muy alto. Se le ha despojado de cualquier aspecto relativo a la complejidad del concurso, al número y naturaleza de los acreedores, etc., lo que acarrea la virtud de estar dotado de la elasticidad necesaria para su adaptación a cualesquiera circunstancias

Luego los jueces y tribunales deberán valorar si, atendidas las circunstancias, ha sido diligente el comportamiento del administrador concursal. Para ello, se pueden emplear varios métodos. En primer lugar, los criterios legales de determinación de la diligencia que proporciona el art. 1.104 C.c., la naturaleza de la obligación y las circunstancias de la obligación (personas tiempo y lugar)<sup>30</sup>. En

<sup>29</sup> QUIJANO GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, págs. 196 y 197, considera que los tipos del ordenado comerciante y del representante leal son tipos objetivos de diligencia que configuran una culpa *in abstracto*, por lo que deben ser objeto de concreción en cada supuesto específico.

<sup>30</sup> Admite expresamente su aplicación a la hora de determinar la diligencia exigible a los administradores de sociedades, OLIVENCIA RUIZ M., "Los deberes de los administradores: el deber de diligencia", conferencia pronunciada en el Curso

segundo lugar, el llamado método inductivo, que consiste en extraer de los casos judiciales en los que se aplican los modelos abstractos, los principios o elementos configuradores. Representa un modelo de apreciación o configuración judicial, ya que es el juez quien ha de valorar si la conducta del administrador concursal se ajusta al modelo abstracto legalmente formulado, al modelo de comportamiento aceptado por la colectividad que es la diligencia, para lo que tendremos que esperar a los futuros pronunciamientos judiciales. Este método, que deja abierta la puerta a la creación judicial del Derecho, presenta el riesgo de discrecionalidad a la hora de delimitar el deber de diligencia exigible. En tercer lugar, los usos del comercio; es decir, el parámetro de la diligencia vendría integrado por lo que en la conciencia social se consideran buenas prácticas de administración concursal<sup>31</sup>. En cuarto lugar, a modo de *lege ferenda*, la formulación legal de casos concretos de responsabilidad junto con una regla general, sirviendo de orientación al intérprete y al aplicador de la norma. De este modo, su carácter no exhaustivo impediría la fácil crítica de este tipo de medida, sustentada en la dificultad de abarcar la amplia y cambiante realidad.

Creemos que los jueces deben valorar, en cada caso concreto y atendiendo todas las circunstancias concurrentes, sin que resulte posible su concreción, con carácter general y previo, si, sobre la base de todas ellas, ha sido diligente el comportamiento del administrador concursal, por lo que, en definitiva, ha de proceder a aplicar el criterio de la razonabilidad.

El deber de diligencia dispuesto por el legislador para los administradores concursales reviste un carácter "deontológico" y no meramente "sociológico-estadístico". Ello significa que el comportamiento que se les exige no es el que *suele* desarrollar en la práctica la mayoría de los sujetos que ocupan estos cargos, sino el que, conforme

*El Gobierno de las compañías Mercantiles en España*, Barcelona, 8 de julio de 1997, texto monografiado, págs. 11 y 20.

<sup>31</sup> DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F., "Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de sociedades anónimas" en *Derecho de sociedades anónimas. La fundación*, t. I, Madrid, 1991, pág. 88, respecto de los administradores de las sociedades, mantiene que dentro del ordenamiento societario, la práctica usual en la comunidad societaria tiene valor especialmente como medio de interpretación

al ordenamiento jurídico y la conciencia social, *debe* desarrollar un administrador concursal ante las circunstancias del caso concreto.

Este deber de diligencia, es decir, de actuar bajo los parámetros de un “ordenado administrador” y de un “representante leal”, representa una fuente de obligaciones para los administradores concursales, y, como es evidente, de su incumplimiento pueden surgir responsabilidades para ellos, tal y como expresamente dispone el art. 36 LC, y constituye presupuesto de imputación de su responsabilidad civil por daños y perjuicios causados a la masa, lo que nos obliga a remitirnos a las consideraciones que dedicamos a este deber más adelante<sup>32</sup>.

### III. CARACTERES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES CONCURSALES

El régimen de responsabilidad civil de los administradores concursales instaurado en el art. 36 LC es consecuencia lógica del conjunto de deberes que les vienen impuestos y la diligencia que les es exigida en el ejercicio de su cargo (art. 35 LC). Si el legislador concursal ha instaurado todo un conjunto de deberes para los administradores concursales es evidente que pretende que cumplan, con la diligencia que les viene impuesta, los deberes que les señala el ordenamiento y que respondan de su incumplimiento, y con la diligencia a la que están obligados en su actuación, de tal modo que si la masa activa, el deudor, los acreedores o terceros se viesen dañados por la conducta del órgano de administración concursal vendrá obligado a reparar dicho daño. Se trata de un régimen de responsabilidad que pretende compensar el enorme poder que detentan los administradores concursales a lo largo de todo el procedimiento concursal, que no se ven afectados por el resultado de sus decisiones, restableciendo, de este modo, el equilibrio entre poder y responsabilidad. Ese enorme poder de actuación y decisión de los administradores concursales debe ser compensado con un riguroso régimen de responsabilidad para el supuesto de que hagan un mal uso de aquél poder.

La LC (art. 36) diseña una responsabilidad orgánica (lo que explica que no resulte aplicable a los supuestos de responsabilidad de quienes no integren la administración concursal, y que no incurran en este tipo de responsabilidad cuando causen daños a la masa activa por consecuencia de actos realizados fuera de esta condición), de aparente

<sup>32</sup> Vid. *infla*, apdo. V.1.2.3.

claridad<sup>33</sup>, y de carácter eminentemente civil (lo que la separa de otros supuestos como pueden ser los de la responsabilidad penal, fiscal o administrativa, que tienen su regulación en las normas que le son propias) esto es indemnizatoria o reparadora de daños, haciendo responsable a los administradores concursales de los daños y perjuicios causados a la masa (y de los ocasionados directamente a los intereses del deudor, acreedores o terceros<sup>34</sup> —art.36.7 LC—)<sup>35</sup>. Representa, por lo tanto y aplicando *mutatis mutandi* al ámbito concursal la terminología societaria, una suerte de responsabilidad concursal de carácter

<sup>33</sup> La técnica legislativa es, a nuestro juicio, únicamente aparente, porque sin lugar a dudas este precepto, en su aplicación, generará, con toda probabilidad, múltiples problemas interpretativos, como ocurrió con los arts. 134 y 135 LSA. Quizás nuestro legislador debiera haber tomado como punto de partida la legislación alemana que distingue dos hipótesis: la primera aparece en el § 60 InsO 1994, que obliga al administrador de la insolvencia a indemnizar por daños y perjuicios a todo interesado si ha incumplido culposamente las obligaciones derivadas de la InsO; la segunda se refiere al incumplimiento de obligaciones de la masa: el administrador de la insolvencia está obligado, en esta segunda hipótesis, a indemnizar los daños y perjuicios al acreedor de la masa, si la obligación no pudo cumplirse (excepciona el supuesto de que el administrador no hubiera podido saber que no podría cumplirse); *vid.*, SCHMIDT, K., “Estudio preliminar. Fundamentos del nuevo derecho concursal alemán. La Ley alemana de insolvencia de 1994 (*InsO*)”, (trad. al Español supervisada por Pulgar Ezquerro, J.) *Estudios sobre el anteproyecto de ley concursal de 2001* (García Villaverde, R./Alonso Ureba, A./Pulgar Ezquerro, J.), Madrid, 2002, págs. 35-37.

<sup>34</sup> En cuanto supuesto de responsabilidad civil por daños, los distintos aspectos derivados de dicha caracterización, tiene que resolverse, allí donde no hay especialidad concursal, en sede de Derecho civil patrimonial de daños, persiguiendo la acción el resarcimiento patrimonial de la masa por los perjuicios causados a la misma como consecuencia de la actuación de los administradores concursales.

<sup>35</sup> En otros preceptos de la LC se contempla la “responsabilidad disciplinaria en el concurso”, que permite sancionar a los administradores concursales con la pérdida del derecho a la retribución e incluso con la separación del cargo, cuando se incumplen determinadas obligaciones (arts. 74.3, 117.1 y 153.3 LC); y puede sancionarse con la inhabilitación para ser nombrado administrador concursal en otros concursos, cuando se produce la desaprobación de la cuentas (art. 181.4 LC) o cuando se infringe la prohibición de adquirir bienes y derechos de la masa activa (art. 151.2 LC).

orgánico<sup>36</sup> exigible en interés no solo de la masa<sup>37</sup>, sino también de los intereses particulares del deudor, de los acreedores y de los terceros<sup>38</sup>. Pero la responsabilidad civil de los administradores concursales también se ofrece como una forma de control de su actividad para evitar que se inhiban de sus funciones y cometidos; es decir, con ella se pretende controlar a aquellas personas (los administradores concursales) que, a la vista de sus facultades prácticamente omnímodas, tienen en sus manos la facultad de incidir sobre el rumbo o destino del patrimonio del concursado.

La vulneración de la Ley que exige el art. 36 LC, como presupuesto necesario para el nacimiento de la responsabilidad civil de los

<sup>36</sup> *Vid.*, entre otros, a modo ejemplificativo, ALONSO UREBA, A., “La responsabilidad de los administradores...”, *cit.*, págs. 264 y ss, esp. págs. 279 y ss., y en “Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima”, *RDM*, núm. 198, octubre-diciembre 1990, págs. 653 y ss.; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “El régimen de responsabilidad de los administradores en la Ley de Sociedades Anónimas: supuestos, principios y problemas”, *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, nº5, junio 197, págs. 10 y ss.; ESTEBAN VELASCO, G., “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores...”, *cit.*, págs. 50 y ss.

<sup>37</sup> Ello tiene su razón de ser si se tiene en cuenta que entre las funciones básicas de la administración concursal se encuentran las de conservación y administración de la masa activa.

<sup>38</sup> Ello confirma, sin lugar a dudas, el apdo. 6 del art. 36 LC, al declarar que si la sentencia contuviera condena a indemnizar daños y perjuicios el acreedor que hubiera ejercitado la acción en interés de la masa tendrá derecho a que, con cargo a la cantidad percibida, se le reembolsen los gastos que hubiere soportado. Téngase en cuenta que conforme al art. 43 LC en el ejercicio de estas facultades se atenderá a su conservación del modo más conveniente para los intereses del concurso, a cuyo fin podrán los administradores concursales solicitar del juzgado el auxilio que estimen necesario. Esta posibilidad de acudir al órgano jurisdiccional no representa un caso aislado dentro de la regulación de la LC. La actuación conjunta o asistida representa un supuesto habitual en el sistema legal, de modo que cabe afirmar que existe, en todo momento, una estrecha relación interorgánica entre el Juez del concurso y la administración concursal. En este sentido, cuando no se alcance la mayoría en la administración concursal resolverá el juez; éste podrá acordar de oficio o a instancias de la propia administración concursal la atribución específica de competencias a alguno de sus miembros; y, finalmente, la administración concursal estará sometida en todo momento a la supervisión del juez del concurso, que podrá requerir a todos o alguno de sus miembros una información específica o una memoria sobre el estado de la fase de concurso (cf. art. 35 LC).

administradores concursales requiere, a nuestro juicio, un incumplimiento del deber general de diligencia que la LC les impone respecto del ejercicio de las funciones o competencias inherentes a su cargo, que dan contenido a la posición jurídica de administrador y entre las que se incluyen las obligaciones expresamente relacionadas en la Ley, o del deber general de administrar diligentemente, concebido en sí mismo como fuente de otras obligaciones no especificadas, que se deduce de la obligación que se les impone de desempeñar su cargo “con la diligencia de un ordenado administrador y un representante legal” (arts. 35.1 y 36.1 LC). Es decir, para que surja la responsabilidad de los administradores concursales es preciso que vulneren la Ley mediante culpa o negligencia<sup>39</sup>, sin que la mera constatación de un daño (a la masa, al deudor, a los acreedores o a terceros) represente presupuesto suficiente para ello, siendo además necesario que esté originado por un acto o acuerdo que se encuadre en alguna de las categorías de culpa. No se contempla una responsabilidad objetiva de los administradores concursales. Ahora bien, la culpa requerida para que emane la responsabilidad de los administradores concursales ha de ser personal, de lo que se deduce que únicamente responden aquellos administradores concursales que hayan incurrido en culpa.

<sup>39</sup> A juicio de MORRAL SOLDEVILLA, R., “Artículo 36”, cit., pág. 402, considerar que la simple vulneración *per se* de la Ley, sin intervención de culpa, conlleva la responsabilidad de los administradores a que se refiere el art. 36 LC conduce a una concepción de la problemática de la responsabilidad civil excesivamente rigurosa y disonante con la letra y el espíritu de la Ley. En el ámbito del Derecho de sociedades, resultan muy ilustrativas las observaciones efectuadas por parte de la doctrina respecto a los actos y omisiones contrarios a la Ley. Así, BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil*, vol. I, 11ª ed., (revisión de Martínez Sanz, F.), Madrid, 2002, pág. 147, advierte que “en realidad, a nuestro juicio, resulta difícil poder hablar de un incumplimiento de una norma por parte del administrador que no implique simultáneamente un reproche culpabilístico aunque sea leve”. En esta misma línea se mantienen URÍA, R./MENÉNDEZ, A./GARCÍA DE ENTERRÍA, J., “La sociedad anónima: órganos sociales. Los administradores”, en Uría, R./Menéndez, A., *Curso de derecho mercantil*, I, Madrid, 1999, pág. 913, para quienes “(...) aunque en ocasiones se vea aquí una especie de responsabilidad profesional del administrador, que entraría en juego incluso en ausencia de culpa, cabe entender que el simple hecho de incumplir una ley o los estatutos implicará, de una u otra forma, mayor o menor grado de negligencia”. En el mismo sentido, negando la responsabilidad objetiva, ARROYO MARTÍNEZ, I., “Artículo 133. Responsabilidad”, cit., págs. 1407 y 1408, y SÁNCHEZ CALERO, F., “Administradores”, cit., págs. 251-252. En contra POLO SÁNCHEZ, E., *op. cit.*, pág. 289 y 290.

Ello no se contradice con la responsabilidad solidaria que establece el art. 36.2 LC<sup>40</sup> en caso de ejercicio mancomunado o colegiado de competencias por parte de los administradores concursales ya que este precepto permite que éstos se exoneren acreditando que han obrado con la diligencia debida.

Ese carácter marcadamente orgánico<sup>41</sup> de la responsabilidad de los administradores concursales<sup>42</sup> viene a restar eficacia práctica a su carácter contractual<sup>43</sup> o extracontractual<sup>44</sup>, entre otras razones por el

<sup>40</sup> *Vid. infra*, apdo. V.2.

<sup>41</sup> Muy interesante sobre el carácter orgánico de la responsabilidad, en este caso, ALONSO UREBA, A., “La responsabilidad de los administradores...”, cit., págs. 264 y ss, esp. 279-290.

<sup>42</sup> La consideración de órgano de la administración concursal se justifica en la circunstancia de que durante el concurso se necesita un órgano que lleve a cabo las funciones de administración y gestión de la masa concursal. Estas funciones se distribuyen, lógicamente, entre las personas físicas y/o jurídicas que ostentan la titularidad del determinado órgano.

<sup>43</sup> El carácter contractualista de la responsabilidad de la administración ha sido superada, resultando inaplicable el régimen de responsabilidad del mandatario: concibiéndose actualmente a la administración como un órgano. A este respecto resulta tradicional la postura de QUIJANO GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, pág. 114, respecto de la administración de sociedades anónimas, que es susceptible de trasladarse al ámbito de la responsabilidad civil de la administración concursal, conforme a la cual “La evolución histórica del tratamiento de la responsabilidad en los distintos países pone de manifiesto la existencia de una primera época, sustancialmente coincidente con la época de la Codificación, en que, con los oportunos matices, la responsabilidad civil de los administradores es enfocada desde la óptica del mandato que, al explicar la relación jurídica que vincula a éstos con la sociedad, proyecta una perspectiva contractualista sobre las diversas cuestiones que suscita la administración de sociedades. En este contexto, la diligencia exigida a los administradores, la estructura del supuesto de hecho de la responsabilidad y las acciones para exigirla aparecen también decisivamente influidas por esa perspectiva. [...] A la concepción de la administración social como órgano le corresponde ahora un régimen de responsabilidad que ya no puede ser una prolongación simple del previsto para el mandatario”. Nuestra doctrina más tradicional ha venido considerando a los interventores (*vid.*, TORRES DE CRUELLES, J./MAS Y CALVET, R., *op. cit.*, págs. 138 y ss.) y a los síndicos como representantes de la masa de acreedores. La evolución del régimen de responsabilidad de los administradores concursales ha superado la inicial visión contractualista de la relación del interventor/síndico con la masa de acreedores.

<sup>44</sup> Desde la analogía entre la administración societaria y concursal, en cuanto al carácter orgánico de la responsabilidad, restan eficacia práctica, en sede societaria, a la cuestión de si la responsabilidad de la administración social es contractual o



establecimiento expreso de la LC de un plazo único de cuatro años de prescripción de la acción de responsabilidad, al margen de que la acción de responsabilidad civil ejercitada sea por daños a la masa o por daños directos a los intereses del deudor, acreedores o terceros<sup>45</sup>. Pero sobre la base de la identidad entre el art. 36.1 LC y el art. 133.1 LSA tenemos que reconducir el entendimiento auténtico del significado de las reglas de aquel precepto (diligencia y su negación –la culpa–; incumplimiento; las consecuencias jurídicas emanadas de considerar la obligación del administrador –concursal o societario– como una obligación de medios o de actividad) sobre la base de los presupuestos de la responsabilidad civil contractual<sup>46</sup>.

Esa responsabilidad civil, orgánica, subjetiva, contractual de los administradores concursales es además legal, en el sentido de que es la propia LC la que establece, con carácter imperativo, su régimen, y regula los presupuestos esenciales para su atribución: supuestos de exoneración de responsabilidad, plazo de prescripción de la acción, etc. Se trata de una responsabilidad emanada directamente de la Ley que se deriva del incumplimiento de los deberes que le vienen legalmente impuestos. La calificación de legal de la responsabilidad civil de los administradores concursales no choca con el hecho de

---

extracontractual, entre otros, GIRÓN TENA, J., “La responsabilidad de los administradores...”, cit., pág. 446; GARRIGUES, J., en Garrigues/Uría, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, vol. II, Madrid, 1976, pág. 157.

<sup>45</sup> Ello contrasta con lo dispuesto en la LSA que no contempla ningún plazo de prescripción para el ejercicio de cualquiera de las acciones de responsabilidad (social o individual). Ello ha dividido a la mejor doctrina que se ha posicionado en favor de alguna de las dos posturas defendidas que se asientan sobre la base del carácter contractual o extracontractual de la relación existente entre el administrador y el sujeto legitimado activamente para interponer la acción. De este modo cuando la acción de responsabilidad individual sea ejercitada por los terceros o por los mismos socios –cuando éstos actúen como terceros– se aplicará el plazo anual del art. 1.968.2 C.c., en conexión con los arts. 943 C. de c., y 1.902 C.c. Por el contrario, si estamos ante una relación entre socios y administradores, se aplicará el plazo de prescripción de cuatro años establecido en el art. 949 C. de c., tanto en el ámbito de la acción individual como en el de la acción social de responsabilidad, aunque el ejercicio de esta última presente escasa utilidad práctica, SÁNCHEZ CALERO, F., “Administradores”, cit., pág. 318.

<sup>46</sup> Ello es habitual entre la doctrina que ha estudiado el art. 133 LSA; así, entre otros, POLO SÁNCHEZ, E., *op. cit.*, págs. 287 y ss.

que ésta surja como consecuencia del incumplimiento de cualquiera de las obligaciones que le vienen impuestas y que pueden surgir de diferentes fuentes además de la Ley, porque al calificarla como legal, lo que se destaca es, de un lado, que se trata de una responsabilidad establecida *ex lege* y, de otra, que las obligaciones, cuyo incumplimiento da lugar a ésta, si bien pueden tener su origen próximo en fuentes diferentes de la Ley, su origen remoto se encuentra en aquélla. De ese carácter legal de la responsabilidad civil de los administradores concursales se deriva la imposibilidad de exonerarlos de responsabilidad o de establecer condicionantes para poder exigirla que no sean los señalados por la propia Ley.

Cabe añadir un nuevo adjetivo, o nota, a esa responsabilidad civil de la administración concursal del art. 36 LC: su carácter personal. Cuando el art. 36.1 LC establece que “l(L)os administradores concursales responderán (...)”, no utiliza la voz “administradores” como expresiva del órgano de administración concursal, sino que alude a cada uno de los sujetos que lo integran. Ese carácter personal de la responsabilidad implica que los titulares de la condición del órgano (personas físicas y/o jurídicas) son las que se encuentran ligadas a dicha responsabilidad y no el propio órgano concursal<sup>47</sup>; es decir, sólo responden aquellos administradores concursales que hayan incurrido en culpabilidad. No se puede afirmar que de los daños causados a la masa responde el órgano de administración concursal en cuanto tal. Es ilógico que la masa pueda responder frente a sí misma. No puede pensarse que el daño causado a la masa sea imputable a ella misma, en cuanto ha sido causado por un órgano del concurso. No debe confundirse el carácter orgánico de la responsabilidad de los administradores concursales con la responsabilidad del órgano de administración concursal. El carácter orgánico de la responsabilidad significa que el administrador concursal, la persona que ocupa ese cargo, responde de los daños causados en su desempeño; y que la responsabilidad cumple un papel relevante en el funcionamiento interno del proceso concursal. Pero no significa que responda el órgano que, en cuanto

---

<sup>47</sup> *Vid.*, en sede societaria ALONSO UREBA, A., “Presupuestos de la responsabilidad social...”, cit., pág. 655, y SÁNCHEZ CALERO, F., “Administradores”, cit., pág. 242.

tal, carece de personificación jurídica que permita imputar un daño y hacerlo sujeto pasivo de la obligación de reparar.

De otro lado, una persona, por el mero hecho de ser administrador concursal, no responde si el daño no le es imputable objetiva y subjetivamente. Debe individualizarse tanto la culpa como la relación de causalidad existente entre el daño y el comportamiento contrario a ley o sin la debida diligencia del administrador concursal o administradores concursales eventualmente responsables. Consecuentemente, la responsabilidad de los administradores concursales es de carácter personal, lo que apenas se distingue en el supuesto de que el juez haciendo uso de la facultad que le brinda el art. 35.2.II LC atribuya competencias específicas a alguno de sus miembros, pero alcanza mayor relieve en los supuestos de composición plural del órgano de administración concursal.

Cuando el cargo de administrador concursal corresponda a una persona jurídica, la LC prevé que se aplique a quien la represente el régimen de responsabilidad establecido para los administradores concursales (art. 30.3 LC); es decir, conforme con esta regla será al representante a quien haya de imputarse el acto u omisión del que derive la responsabilidad, pero las consecuencias patrimoniales se imputarán en todo caso al administrador concursal persona jurídica (sin perjuicio de la responsabilidad propia del representante frente a la representada, que podrá exigirse en vía de regreso)<sup>48</sup>.

<sup>48</sup> JUAN Y MATEO, F., "Artículo 36", *Comentario de la Ley Concursal* (dirs. Rojo, A. Y Beltrán, E.), Madrid, 2004, pág. 738.

#### IV. LA FUNCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES CONCURSALES

##### 1. LAS CONCRETAS FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES CONCURSALES EN EL PROCESO CONCURSAL

La responsabilidad de los administradores concursales hunde sus raíces en las normas generales del Derecho de daños. La doctrina ha escrutado las funciones que ha de cumplir el Derecho de daños, con carácter general<sup>49</sup>, algunas de las cuales son predicables del Derecho regulador de los daños causados a la masa por los administradores concursales. Al estudiar en este apartado las funciones que va a desempeñar la responsabilidad civil de los administradores concursales por los daños y perjuicios ocasionados a la masa o a los intereses particulares del deudor, de los acreedores o de los terceros, vamos a conocer, en suma, la tarea que corresponde realizar al régimen de la responsabilidad civil de los administradores concursales.

En primer lugar, la responsabilidad civil de los administradores concursales por los daños y perjuicios ocasionados a la masa o a los intereses particulares del deudor, de los acreedores o de los terceros va a desempeñar una función compensatoria. Cuando acaece

<sup>49</sup> *Vid.*, muy especialmente, sobre las funciones del Derecho de daños, DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, Madrid, 1999, págs. 41 a 63; SALVADOR CODERCH/CASTIÑEIRA PALOU, M.T., *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Madrid, 1997, págs. 101 a 124; ROCA TRÍAS, *Derecho de daños. Textos y materiales*, 3ª ed., Valencia, 2000, págs. 24-26.

un daño de esa naturaleza, debe, por principio, soportarse<sup>50</sup>. Sin embargo, ese daño puede ponerse a cargo de otro, en nuestro caso, del administrador concursal. Pero, para el traspaso o endoso del daño al administrador concursal, el Ordenamiento exige una serie de presupuestos<sup>51</sup>, que son una especificación de los generales del Derecho de daños: un comportamiento ilícito, la concurrencia de un criterio subjetivo de imputación, un daño o perjuicio efectivo y un nexo de causalidad entre este daño y aquel comportamiento. Cuando concurren esos presupuestos los administradores concursales deben compensar a la víctima como consecuencia de los daños y perjuicios que haya sufrido como consecuencia de aquel comportamiento<sup>52</sup>. De este modo, si los daños y perjuicios se han ocasionado a la masa, y los administradores concursales son condenados durante el concurso, la indemnización a la que vienen obligados consistirá en un crédito a favor de la masa, mientras que si en el momento en que recae sentencia condenatoria el concurso ha concluido, la indemnización será un crédito del deudor.

Ahora bien, esta finalidad compensatoria del régimen de la responsabilidad de los administradores concursales debe examinarse críticamente desde el punto de vista económico, porque no podemos perder de vista que el coste de esta naturaleza de la acción de responsabilidad puede desvirtuar la finalidad compensatoria de la responsabilidad de los administradores concursales, que siempre estará a expensas de la obtención de una sentencia favorable. Además, el factor económico del daño o perjuicio ocasionado a la masa, o a los intereses particulares del deudor, de los acreedores o de los terceros,

<sup>50</sup> DEUTSCH, E., *Unerlabte Handlungen, Schadenerstz und Schmerzensgeld*, 2 Afl., Köln, Berlin, München, 1993, pág. 1 (contenido en SALVADOR CODERCH, P./CASTIÑEIRA PALOU, M.T., *op. cit.*, pág. 104)

<sup>51</sup> *Vid. infla*, apdo. V.I.

<sup>52</sup> Esta función compensatoria ha sido reconocida por buena parte de la doctrina respecto del órgano de gestión y representación de la sociedad anónima; así, entre otros, SÁNCHEZ CALERO, F., "Administradores", *cit.*, pág. 240; LLEBOT MAJÓ, "El sistema de la responsabilidad de los administradores. Doctrina y jurisprudencia", *RdS*, núm. 7, 1996, pág. 49; ARROYO MARTÍNEZ, I., "Art. 133. Responsabilidad", *cit.*, pág. 1394.

es un factor que también repercute en la capacidad compensatoria del régimen de la responsabilidad, porque un daño de gran valor económico puede ser difícilmente compensable por el patrimonio del administrador concursal obligado a indemnizar. Consecuentemente, la masa o, en su caso, el deudor, los acreedores o los terceros habrán de resignarse, a pesar del comportamiento ilícito del administrador concursal, a soportar el daño que no alcance a compensarse por el patrimonio de éste.

En segundo lugar, la responsabilidad civil de los administradores concursales cumple una función de demarcación, en el sentido de que su libertad de actuación está delimitada por las facultades y deberes legales que tienen frente a la masa, frente al deudor, frente a los acreedores y frente a terceros y que encuentran una vía de definición al infringirse por aquéllos<sup>53</sup>. Esta infracción supone para los administradores concursales soportar el deber de indemnizar los daños y perjuicios que puedan haber causado, cuando les sea imputable. Luego, los administradores concursales sabrán, pues, en cada determinada circunstancia, cuál es la actividad que deben desplegar, si es que hay que desplegar alguna, el cuidado que deben poner en su ejecución y las medidas de prevención que han de adoptar para evitar que, una vez producido un daño, pueda imputársele su resarcimiento<sup>54</sup>.

En tercer lugar, el régimen de responsabilidad civil de los administradores concursales desarrolla una función preventiva<sup>55</sup>. Esta fun-

<sup>53</sup> La función de demarcación del derecho de daños la ha expresado DÍEZ-PICAZO, L., "Derecho de daños", *cit.*, pág. 43, como "una delimitación de fronteras entre los ámbitos de libertad de actuación y aquellos otros en que se otorga una cierta dosis de protección a determinados bienes e intereses, que, por esta misma razón, entrañan límites a la libertad o autolimitaciones de la misma en la medida en que determinadas actuaciones libres puedan imponer un grado de responsabilidad".

<sup>54</sup> *Vid.*, sobre esta función de demarcación, muy especialmente, entre otros, SALVADOR CODERCH, P./CASTIÑEIRA PALOU, M.T., *op. cit.*, pág. 115.

<sup>55</sup> Buena parte de la doctrina ha venido a reconocer la función preventiva del Derecho de daños (entre otros, SALVADOR CODERCH, P./CASTIÑEIRA PALOU, M.T., *op. cit.*, págs. 110 y 113-124; DÍEZ-PICAZO, L., "Derecho de daños", *cit.*, págs. 47 y 48 y ROCA TRÍAS, *op. cit.*, pág. 24; sin embargo, la niegan desde una perspectiva normativa PANTALEÓN PRIETO, F., "Comentario al art. 1.902 C.c.", *cit.*, pág. 1971). Conforme con el sector doctrinal que reconoce la función preventiva del Derecho de daños, éste debe ser utilizado como instrumento para reducir el

ción, en el marco específico concursal, se manifiesta en la capacidad del régimen de responsabilidad para minimizar los daños y perjuicios que los administradores concursales, en el ejercicio de su cargo, pueden ocasionar a la masa, al deudor, a los acreedores o a los terceros. Desde otra perspectiva, con el régimen de responsabilidad de los administradores concursales se pretende asegurar el regular desempeño de su cargo, el cumplimiento de los deberes que le son inherentes; señaladamente, el desempeño de su cargo con la diligencia de un "ordenado administrador y de un representante leal" (art. 35 LC). Se pretende que la perspectiva de los administradores concursales de ser condenados a indemnizar los daños y perjuicios causados les genere un impulso psicológico que los lleve a comportarse con el cuidado y celo debido para evitar la causación de aquéllos. Esta disuasión opera en los administradores concursales con anterioridad a la toma de sus decisiones de gestión, potencialmente perjudiciales, en la defensa de los intereses del concurso.

número y gravedad de los accidentes, y no sólo como instrumento de compensación de los efectivamente producidos. Para servir a aquella finalidad, el legislador debe operar sobre el régimen de responsabilidad, mediante el establecimiento de normas y reglas que influyan psicológicamente en los causantes potenciales con la finalidad de que éstos se comporten de modo precavido, diligente. En esta línea, SALVADOR CODERCH, P./CASTIÑEIRA PALOU, M.T., *op. cit.*, pág. 113, mantienen que un derecho de responsabilidad civil económicamente eficiente debe tener por finalidad: de un lado, el establecimiento de reglas que permitan "la condena al demandado a pagar al actor una indemnización tal que a éste último le hubiera resultado indiferente sufrir el daño y cobrar la indemnización o no sufrir aquél ni cobrar ésta (compensación perfecta); y, de otro, el establecimiento de reglas que contribuyan a minimizar eficientemente el número y gravedad de los accidentes".

Desde una perspectiva económica, la función preventiva no trata de producir un efecto psicológico sino de promover una actividad racional del potencial causante del daño. La reducción en la mayor medida posible de los daños estaría en relación directa con la capacidad que el Derecho de la responsabilidad civil tiene de reducir los costes que causan aquellos daños, que, en esencia, son: el valor de todos los daños causados a la víctima del perjuicio, los costes de prevención de la existencia de daños y los costes de liquidación y distribución del daño producido, *vid.*, muy especialmente, sobre estos costes SCHÄFER, H.B./OTT, C. *Manual de análisis económico del derecho civil* (trad. Española), Madrid, 1991, págs. 99 y ss. y DÍEZ-PICAZO, L., "Derecho de daños", *cit.*, págs. 208 a 210.

La función preventiva de la responsabilidad de los administradores concursales exige por parte de nuestro legislador el establecimiento de normas que minimicen los daños y perjuicios que los administradores concursales puedan causar en el desempeño de su cargo. Aquella función se revela así como un contrapeso de su poder y del ámbito de autonomía en el desempeño de sus funciones. En cambio, creemos que el régimen vigente de la responsabilidad de los administradores concursales dista mucho de ser disuasorio. El criterio de imputación previsto en el art. 36.1 LC es excesivamente benevolente con los administradores concursales, lo que, a nuestro juicio, provoca que el vigente régimen de la responsabilidad civil de éstos sea un instrumento ineficaz para evitar o reducir los daños que puedan causar en el desempeño de su cargo.

## 2. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES CONCURSALES COMO MECANISMO DE CONTROL DE LA GESTIÓN DE LOS INTERESES DEL CONCURSO

Pero junto a todas esas funciones apuntadas, el régimen de responsabilidad de los administradores concursales representa, además, un mecanismo de control de la gestión de los intereses del concurso, un contrapeso de su poder y, en suma, uno de los pilares básicos del procedimiento concursal. El procedimiento concursal, que puede ser complejo, exige decisiones en la gestión de los intereses del concurso que, en muchos casos, no pueden ser adoptadas por el órgano judicial, y, en otros, quedan al libre arbitrio de los administradores concursales. Ante esas circunstancias el poder de éstos se encuentra necesitado de un régimen de responsabilidad eficaz.

El poder de los administradores concursales recibe su configuración más acabada con el reconocimiento legal de su responsabilidad por los daños y perjuicios causados en el desempeño de su cargo, en el ejercicio de ese poder que tiene atribuido. El sistema de responsabilidad civil previsto para los administradores concursales en el art. 36 LC opera de contrapeso a su autonomía competencial y representa

el último resorte, de carácter resarcitorio, una vez producido el daño. No obstante, no se puede olvidar la función preventiva que también tiene aquél régimen de responsabilidad. Antes de acometer cualquier decisión, los administradores concursales tienen en mente la posibilidad de responder por los daños y perjuicios causados.

Este último control de la gestión de los administradores concursales que representa su régimen de responsabilidad no siempre es operativo. En algunos supuestos, la infracción de los deberes de los administradores concursales puede no llegar a producir daños. En esos casos, no se les puede exigir responsabilidad. Ahora bien, a pesar de no haberse causado daños o perjuicios a la masa del concurso (art. 36.1 LC) o a los intereses particulares del deudor, de los acreedores o de terceros (art. 36.7 LC), aquella infracción puede repercutir negativamente en el proceso concursal. En esos casos, deben entrar en funcionamiento otros mecanismos de control de la gestión de los intereses del concurso encomendada a los administradores concursales, como la separación del cargo si a juicio del Juez del concurso la infracción de sus deberes constituye justa causa para ello (art. 37 LC). Y ello, aunque la única medida que tendría, a nuestro juicio, un mayor efecto disuasorio sería condenar a los administradores concursales a integrar a favor de la masa o del deudor, acreedor o tercero el valor en que se hubieran enriquecido como consecuencia de la infracción de alguno de sus deberes sin ocasionar daños o perjuicios directos.

El sistema de controles específico del poder de gestión de los administradores concursales se encuentra recogido a lo largo de toda la LC a través de las diversas funciones que les vienen encomendadas en relación con el patrimonio del concursado (arts. 40.1º, 2º, 4º, 7º; 42.1º; 44.2º y 3º; 46.2º; 47.1º; 48.2º LC), los terceros (arts. 51; 61.2º; 64.2º; 65.1º y 4º; 68; 69; 70 LC), la determinación de la masa activa (arts. 71; 72; 78; 79; 80; 82.1º; 82.4º; 83 LC), la determinación de la masa pasiva (arts. 86; 95.1º; 96 LC), la fase de convenio (arts. 107.2º y 115; 105.2º; 116.2º; 117; 126.4º; 128 LC), la fase de liquidación (arts. 145.3º; 148; 149.1º, 1ª; 150; 152; 154.1º; 155.2º, 3º, 4º; 157.1º; 161.2º LC), la calificación del concurso (arts. 169 LC), la fase de conclusión y reapertura del concurso (arts. 176.2º; 176.4º; 179; 180; 181; 182 LC). El cierre de este sistema lo representa el régimen de responsabi-

lidad de los administradores concursales, aplicable únicamente en el caso de que con su comportamiento ilícito hayan causado un daño a la masa del concurso o a los intereses particulares del deudor, de los acreedores o de terceros.

### 3. EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE LOS ADMINISTRADORES CONCURSALES POR INFRACCIÓN DE SUS DEBERES

Hemos apuntado que no toda infracción por los administradores concursales de sus deberes causa un daño o perjuicio, de tal modo, que existen supuestos en los que aquella infracción no causa daño alguno, en el sentido técnico de la palabra, entendido como presupuesto de la responsabilidad<sup>56</sup>. En ese caso, no se genera supuesto alguno de responsabilidad civil de los administradores concursales, porque su régimen tiene función indemnizatoria: los administradores concursales sólo responden de los daños y perjuicios que causen; si éstos no concurren no existe obligación de indemnizar<sup>57</sup>. Sin embargo, la infracción por parte de los administradores concursales de alguno de sus deberes puede acarrearles un enriquecimiento, es decir, un provecho, una ventaja o utilidad. Además puede suceder, que a consecuencia de aquella infracción se hubiese causado un perjuicio a la masa, al deudor, a los acreedores o a terceros y, además, los administradores concursales se hubieren enriquecido obteniendo una ventaja de cuantía económica superior al perjuicio sufrido por la masa, por el deudor, por los acreedores o por los terceros<sup>58</sup>.

Corresponde preguntarse, en todos esos casos de enriquecimiento ilícito de los administradores concursales por infracción de alguno de sus deberes, cuál es la sanción que les corresponden por esa conducta. Más específicamente cabe preguntarse si existe título jurídico alguno

<sup>56</sup> *Infra*, apdo. V.1.

<sup>57</sup> Respecto del Derecho de daños en general PANTALEÓN PRIETO, F., "Comentario al art. 1.902 Cc.c.", cit., pág. 1972, mantiene que no es función de la responsabilidad por daños evitar que el dañante obtenga un beneficio de la actividad ilícita dañosa.

<sup>58</sup> En general, sobre el concepto de enriquecimiento, *vid.*, entre otros, DÍEZ-PICAZO, L., "Fundamentos...", I, cit., págs. 100-101.

en el que fundar una pretensión dirigida a que los administradores concursales integren a la masa o, en su caso, al deudor, a los acreedores o a los terceros el enriquecimiento ilícito obtenido como consecuencia de aquella infracción. Una sanción de esta naturaleza tendría el necesario efecto disuasorio que garantiza el cumplimiento efectivo por los administradores concursales de todos sus deberes, dado que en estos supuestos o no es posible exigir a los administradores concursales responsabilidad o, si es posible, la menor cuantía de los daños, comparado con la ventaja obtenida por aquéllos, hace que el régimen de responsabilidad sea escasamente disuasorio. Desde la perspectiva de los intereses del concurso, la posibilidad de una sanción de aquél tipo desempeñaría en estos supuestos una función de control homóloga a la propia de la responsabilidad.

No obstante, la LC es muy deficiente en la regulación de esta materia. No se establece sanción específica alguna para la infracción de los deberes de los administradores del tipo de aportación a la masa, al deudor, a los acreedores o a los terceros de las cantidades con que se hubiere enriquecido ilícitamente. Se trataría de una sanción, que tendría un verdadero efecto disuasorio y representaría un eficaz contrapeso al poder en la gestión de los intereses del concurso de los administradores concursales<sup>59</sup>.

<sup>59</sup> Además, en estos casos, tenemos que tener presente que constituye regla generalmente aceptada por los tribunales que las leyes prohibitivas y las sancionadoras no admiten la analogía y deben ser interpretadas de una manera restrictiva (DÍEZ-PICAZO, L./GULLÓN BALLESTEROS, A., "Sistema...", I, 2003, cit., pág. 182). Esta regla tiene acogida en el art. 4.2 C.c. que proscribía la aplicación analógica de las "leyes penales", entre las que se incluirían las sanciones civiles; en este sentido, GULLÓN BALLESTEROS, A., "Comentario al art. 4 C.c.", en *Comentarios al Código civil* (dirs. Paz-Ares/Díez-Picazo, Bercovitz Rodríguez-Cano, Salvador Coderch), I, Madrid, 1991, pág. 30; ROCA TRÍAS, "Comentario al art. 4 C.c.", en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. XXI, vol. 2º, Madrid, 1986, págs. 611-612.

## V. FUNCIONES Y SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES CONCURSALES

### 1. LAS FUNCIONES DE LOS ADMINISTRADORES CONCURSALES EN RELACIÓN CON EL PATRIMONIO DEL CONCURSADO

Cuando se declara un concurso se inicia un procedimiento en el que, al margen de cualquiera que sea su resultado, resulta esencial la conservación y la administración del patrimonio del deudor concursado (art. 43.1 LC). A tal efecto se procede a una limitación de su capacidad de obrar patrimonial, de mayor o menor intensidad según se trate de un concurso necesario o de un concurso voluntario (art. 22.1 LC), y, en última instancia, según lo que el juez considere más adecuado al caso.

En el caso de concurso voluntario los administradores concursales deben conceder su autorización o conformidad a los actos de administración y disposición que el deudor realice sobre su patrimonio (art. 40.1 LC). En el supuesto de concurso necesario, en cambio, los administradores concursales quedan obligados a realizar los actos de administración y disposición sobre el patrimonio del deudor (art. 40.2 LC). Corresponde también a los administradores concursales solicitar al juez del concurso el cambio de las situaciones de intervención o de suspensión de las facultades del deudor sobre su patrimonio (art. 40.7 LC), y ejercitar la acción de anulación sobre aquéllos actos del deudor que hayan podido infringir las limitaciones a que se refiere el art. 40 LC (art. 40.7 LC).

El art. 42.1 LC intenta evitar que el concursado pueda eludir el deber de suministrar información, amparándose en un supuesto desconocimiento de determinados asuntos de la sociedad que pudiesen

haber desarrollado otros apoderados de la sociedad. Para ello, la administración concursal asume el deber de llamar a su presencia incluso a las personas que aun no siendo parte formal de los órganos de administración (gerentes, apoderados, jefes de administración, etc.) hayan dispuesto de poderes suficientes para desarrollar actividades de relevancia económica en la vida de la sociedad.

La LC intenta que la actividad profesional o empresarial del deudor sufra las menores alteraciones posibles, permitiéndole continuar su actividad normal, de ahí que, en el caso de intervención, la administración concursal pueda determinar los actos u operaciones propios del giro o tráfico de aquella actividad que, por razón de su naturaleza o cuantía, quedan autorizados con carácter general (art. 44.2 LC), y, en caso de suspensión aquella deba adoptar las medidas necesarias para la continuación de la actividad profesional o empresarial (art. 44.3 LC).

La declaración de concurso no exime al deudor de la obligación de formular las cuentas anuales, y es que resulta muy frecuente que en los procesos concursales el deudor extienda su inhabilitación a más de lo que la propia inhabilitación exige, llegando incluso a desentenderse de la marcha de la empresa. De ahí que la LC obligue a los administradores concursales, en caso de intervención, a supervisar la formulación de las cuentas anuales, y a formularlas caso de suspensión (art. 46.2 LC).

La limitación de las facultades patrimoniales del deudor concursado no significa que se olviden sus necesidades vitales y las de su familia, a cargo de su patrimonio, durante la tramitación del concurso. El deudor que lo precise puede solicitar que, mientras se sustancie el concurso, se le proporcionen fondos de su propio patrimonio (los que se consideren necesarios y se adecuen a las circunstancias del caso) para cubrir esas necesidades vitales. Pues bien, los administradores concursales tienen la obligación de acordar, en caso de intervención, su cuantía y periodicidad (art. 47.1 LC)

Por último, los administradores concursales están legitimados para ejercitar acciones de responsabilidad contra los administradores, auditores o liquidadores, cuando lo estimen adecuado para el interés del concurso, sin necesidad de previo acuerdo de la Junta o asamblea de socios (art. 48.2 LC)

## 2. LAS FUNCIONES DE LOS ADMINISTRADORES CONCURSALES EN RELACIÓN CON LOS TERCEROS

El art. 51 LC es uno de los preceptos dedicados a disciplinar los efectos del concurso sobre las acciones individuales y concede a los administradores concursales la facultad para solicitar la acumulación de aquellos juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso. Ahora bien, el precepto diferencia claramente, la situación de suspensión y la de intervención. En el primer caso, los administradores concursales tienen la obligación de sustituir al deudor en los procedimientos judiciales en trámite, mientras que en el segundo los administradores concursales están facultados para conceder la autorización al deudor, que conserva la capacidad para actuar en juicio, que quiera desistir, allanarse, total o parcialmente, o transigir litigios cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio.

La declaración de concurso no afecta a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Ahora bien, la administración concursal puede solicitar la resolución del contrato si lo estima conveniente al interés del concurso, en el caso de suspensión (art. 61.2 LC), la modificación sustancial de las condiciones de trabajo en el supuesto de que se trate de contratos de trabajo, su extinción o suspensión colectivas en aquellos en los que sea empleador el concursado (art. 64.2 LC) y cuando se trate de contratos del deudor con el personal de alta dirección (art. 65.2 LC).

Por último, los administradores concursales tienen el deber de favorecer la continuidad de la actividad del concursado, tal como se

deduce, entre otros, de los arts. 68 69 y 70 LC, respondiendo de su actuación en caso contrario.

### 3. LAS FUNCIONES DE LOS ADMINISTRADORES CONCURSALES EN RELACIÓN CON LA DETERMINACIÓN DE LA MASA ACTIVA Y PASIVA

Los administradores concursales pueden incurrir en responsabilidad en la determinación de la masa activa. Son ellos los que poseen la legitimación activa para el ejercicio de las acciones rescisorias y demás de impugnación (arts. 71, 72, 78, 79, 80 LC), los encargados de la formación del inventario de la masa activa (arts. 82.1º, 82.4º LC), y tienen el deber de proponer al Juez del concurso, si lo estiman conveniente, el nombramiento de expertos independientes para la estimación de los valores de bienes y derechos o de la viabilidad de las acciones a que se refiere el art. 82 LC (art.83 LC).

También puede proceder la responsabilidad de los administradores concursales de su tarea en la determinación de la masa pasiva. El informe que, de conformidad con lo establecido en el art. 74 LC, elabore la administración concursal debe ser presentado al juez del concurso en el plazo establecido en el art. 74 LC. De forma simultánea a su presentación, la administración concursal deberá dirigir comunicación individual, por cualquier medio que acredite su recibo, a cada uno de los acreedores del concursado que hayan sido excluidos, incluidos sin comunicación previa del crédito o por cuantía inferior o con calificación distinta a las pretendidas (art. 95 LC). El inventario y la lista de acreedores puede ser impugnada y corresponde a la administración concursal el deber de introducir en el inventario, en la lista de acreedores y en la exposición motivada de su informe las modificaciones que procedan, debiendo presentar el juez del concurso los textos definitivos y una relación actualizada de los créditos contra la masa devengados y pendientes de pago (art. 96 LC).

### 4. LAS FUNCIONES DE LOS ADMINISTRADORES CONCURSALES EN LA FASE DE CONVENIO Y LIQUIDACIÓN

La administración concursal tiene el deber de evaluar la propuesta anticipada de convenio una vez haya sido admitida a trámite (art. 107 LC) y de vigilar si el concursado ha incurrido en alguna causa de prohibición a que se refiere el art. 105 LC, en cuyo caso debe informar al juez, quien puede, una vez oído el deudor, declarar sin efecto la propuesta y poner fin a su tramitación (art. 105.2 LC). También en esta fase de convenio la administración concursal debe asistir a la junta de acreedores (art. 117 LC) y puede solicitar, si lo estima conveniente para garantizar una mayor diligencia en su tarea, testimonio del acta (art. 126.4 LC), y, en su caso, ejercitar oposición a la aprobación judicial del convenio en defensa de los intereses del concurso (art. 128 LC).

En caso de liquidación, si el concursado fuese persona jurídica la resolución judicial que abra esta fase contendrá, en todo caso, el cese de los administradores y liquidadores que serán sustituidos por la administración concursal (art. 145.3 LC). Una vez notificada la apertura de la fase de liquidación a aquélla deberá presentar al juez un plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 148 LC. Si no se aprueba un plan de liquidación el conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios pertenecientes al deudor se enajenará como un todo, salvo que, previo informe de la administración concursal, el juez estime más conveniente para los intereses del concurso su previa división o la realización aislada de todos los elementos componentes o sólo de algunos de ellos (art. 149.1º.1ª LC). Además cada tres meses, a contar de la apertura de la fase de liquidación, la administración concursal debe presentar al juez del concurso un informe sobre el estado de las operaciones, que quedará de manifiesto en la secretaría del juzgado (art. 152 LC).



Antes de proceder al pago de los créditos concursales, la administración concursal tiene la obligación de deducir de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra ésta (art. 154.1 LC). En el caso de pago de créditos con privilegio especial la administración concursal puede comunicar a los titulares de estos créditos que opta por atender su pago con cargo a la masa y sin realización de los bienes y derechos afectos. Una vez la administración concursal haya comunicado esta opción, deberá satisfacer de inmediato la totalidad de los plazos de amortización e intereses vencidos y asumirá la obligación de atender los sucesivos como créditos contra la masa (art. 155.2 LC). Además, cuando haya de procederse dentro del concurso a la enajenación de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial, la administración concursal puede solicitarla al juez que autorice con subsistencia del gravamen y con subrogación del adquirente en la obligación del deudor, que quedará excluida de la masa pasiva (art. 155.3 LC). La realización en cualquier estado del concurso de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se hará en subasta, salvo que la administración concursal solicite al juez del concurso y éste autorice la venta directa al oferente de un precio superior al mínimo que se hubiese pactado y con pago al contado (art. 155.4 LC).

El pago de los créditos ordinarios se efectuará con cargo a los bienes y derechos de la masa activa que resten una vez satisfechos los créditos contra la masa y los privilegiados. No obstante la administración judicial puede solicitar al juez del concurso y éste autorizar la realización de pagos de créditos ordinarios con antelación cuando estime suficientemente cubierto el pago de los créditos contra la masa y de los privilegiados (art. 157.1 LC).

Por último, en el caso de que el crédito hubiera sido reconocido en dos o más concursos de deudores solidarios, la suma de lo percibido en todos los concursos no podrá exceder del importe del crédito (art. 161.1 LC). No obstante, la administración concursal puede retener el pago hasta que el acreedor presente certificación acreditativa de lo percibido en los concursos de los demás deudores solidarios (art. 161.2 LC).

## 5. LAS FUNCIONES DE LOS ADMINISTRADORES CONCURSALES EN LA CALIFICACIÓN, EN LA FASE DE CONCLUSIÓN Y REAPERTURA DEL CONCURSO

La administración concursal, dentro de los quince días siguientes al de expiración de los plazos para personación de los interesados, debe presentar al juez un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, con propuesta de resolución (art. 169 LC).

La conclusión del concurso se produce, entre otras causas, en cualquier estado del procedimiento, cuando se produzca o compruebe el pago o la consignación de la totalidad de los créditos reconocidos o la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio (art. 176.1º.3ª LC), cuando se compruebe la inexistencia de bienes y derechos del concursado ni de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores y una vez terminada la fase común del concurso (art. 176.1º.4ª LC) y cuando quede firme la resolución que acepte el desistimiento o la renuncia de la totalidad de los acreedores reconocidos (art. 176.1º.4ª LC). En todos ellos la conclusión se acuerda mediante auto previo informe de la administración concursal (art. 176.2º LC), y en el segundo supuesto la administración concursal en su informe debe afirmar y razonar inexcusablemente inexcusablemente que no existen acciones viables de reintegración de la masa activa ni de responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas.

En el caso de reapertura, los textos definitivos del inventario y de la lista de acreedores formados en el procedimiento anterior habrán de actualizarse por la administración concursal en el plazo de dos meses a partir de la incorporación de aquellas actuaciones al nuevo concurso en el modo a que se refiere el art. 180.1º LC. En este informe la administración concursal se limitará, en cuanto al inventario, a suprimir de la relación los bienes y derechos que hubiesen salido del patrimonio del deudor, a corregir la valoración de los subsistentes y a incorporar y valorar los que hubiesen aparecido con posterioridad; en cuanto a la lista de acreedores, a indicar la cuantía actual y demás modificaciones acaecidas respecto de los créditos subsistentes y a incorporar a la relación los acreedores posteriores.

Por último, la muerte o declaración de fallecimiento del concursado no provoca la conclusión del concurso, que continuará su tramitación como concurso de la herencia, correspondiendo a la administración concursal el ejercicio de las facultades patrimoniales de administración y disposición del caudal relict (art. 182 LC).

## VI. LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS A LA MASA DEL CONCURSO

### 1. PRESUPUESTOS MATERIALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES CONCURSALES POR DAÑOS A LA MASA

#### 1.1. Consideraciones preliminares

La LC establece un diseño completo y doble del régimen de responsabilidad civil del órgano de gestión concursal: por daños a la masa concursal, exigibles por el deudor y los acreedores (art. 36.1 LC), y por daños ocasionados directamente a intereses distintos, exigibles por el deudor, los acreedores y los terceros (art. 36.7 LC).

La responsabilidad civil de los administradores concursales no queda al margen de los principios tradicionales del instituto de la responsabilidad civil. De ahí que, en primer lugar, para la atribución de la responsabilidad civil de los administradores concursales tengamos que detenernos en examinar los presupuestos esenciales que necesariamente tienen que concurrir en un supuesto de daño a la masa del concurso; concretamente, la realización de un daño, la culpa o el incumplimiento y la relación de causalidad entre ambos<sup>60</sup>. Es decir, para

<sup>60</sup> Cuando el cumplimiento de las prestaciones debidas en la relación jurídica de administrar ha devenido imposible, se han producido daños, y existe una relación causal entre éstos y el incumplimiento antijurídico, culpable e imputable a los administradores concursales, surge por imperio de la ley la obligación jurídica de resarcir (*vid.*, ampliamente, sobre los conceptos de débito o deuda –*Schuld*– de responsabilidad o garantía –*Haftung*–, que tienen su reflejo en nuestro Código civil, respectivamente, en los arts. 1.088 y 1.911, las obras de CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, t. III, *Derecho de obligaciones, la obligación y el contrato en*

general, 13ª ed., Madrid, 1983, págs. 259 y 26, y de CRISTÓBAL MONTES, A. *El incumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1977, págs. 206 y ss). Esta nueva relación jurídica supone una transformación en el vínculo original: es decir, ante la verificación de la producción de daños derivados de un incumplimiento del administrador concursal, o, cuando la obligación de administrar diligentemente deviene imposible por razones imputables al deudor administrador concursal, como consecuencia de tal motivo se producen daños (*vid.* sobre este particular CRISTÓBAL MONTES, A., *op. cit.*, pág. 208), surge *ex lege* una nueva relación obligatoria (CASTAN TOBEÑAS, A., *op. cit.*, pág. 240) que tiene su origen remoto en el incumplimiento anterior y como consecuencia de la cual los administradores concursales han de resarcir al sujeto dañado por los daños y perjuicios causados. La Ley impone una prestación resarcitoria al sujeto que causa daños [LARENZ, *Derecho de obligaciones* (trad. Santos Briz), t. I, Madrid, 1958, pág. 195]. Sobre el fundamento de la obligación de resarcir resultan interesantes las consideraciones que efectúa nuestra doctrina sobre el régimen de responsabilidad de los administradores sociales, muchas de las cuales resultan trasladables al régimen de responsabilidad de los administradores concursales; en concreto, puede verse, muy especialmente, QUIJANO GONZÁLEZ, J. *op. cit.*, págs. 228 y ss.; ALONSO UREBA, A., "Presupuestos de la responsabilidad social...", *cit.*, págs. 647 y ss.; SÁNCHEZ CALERO, F., "Supuestos de responsabilidad de los administradores...", *cit.*, págs. 906 y ss.; DÍAZ ECHEGARAY, J. L., "La responsabilidad civil de los administradores...", *cit.*, págs. 275 y ss. Por último, conviene resaltar que el contenido de la prestación debida de la relación obligatoria de resarcir o indemnizar consiste en la deuda de resarcir que se cuantifica en base a los daños producidos en el incumplimiento de las prestaciones incluidas en la obligación de administrar, y según las normas comunes de derecho sustantivo y procesal, teniendo en cuenta la valoración de los presupuestos concurrentes: culpabilidad en grado de culpa o dolo, grado de antijuridicidad, causalidad eficiente, etc. Esa cuantificación se realizará atendiendo a cada caso concreto, a través de las propuestas de las partes, y eventualmente, en su caso, por los tribunales (a este respecto será de aplicación el art. 1.103 C.c.; sobre la cuantificación habrá que atenderse a los arts. 1.105 y 1.107 C.c.). Sobre un enfoque alternativo del Derecho de daños que pudiera suponer la importación en Derecho europeo de la indemnización punitiva o sanción civil ("*punitive damages*") *vid.* SALVADOR CODERCH, P./CASTIÑEIRA PALOU, M.T., *op. cit.*, págs. 163-176, quienes, tras preguntarse si es deseable importar en nuestra cultura los *punitive damages*, mantienen que "... La respuesta normativa, al menos la ofrecida en este trabajo, es claramente negativa: una cosa es llamar la atención sobre la necesidad de tener en cuenta que la tutela de los derechos en conflicto y, en especial, la reparación integral del daño causado exigen, jurídica y económicamente, tener en cuenta las potencialidades preventivas del Derecho de la responsabilidad civil

que surja la responsabilidad civil de los administradores concursales es necesario que se dé una actuación ilícita de estos (es decir, contraria a la ley o realizada sin la diligencia debida inherente al desempeño de su cargo) que origine un daño a la masa, y que entre la actuación lesiva de los administradores concursales y el daño exista una relación de causalidad. Esos tres requisitos, anudados entre sí, se ofrecen como los condicionantes de la imputación de la responsabilidad civil de los administradores concursales<sup>61</sup>, sin que sea suficiente que se dé alguno o algunos de ellos para que nazca esa responsabilidad, siendo necesario que concurren todos a la vez. Únicamente de este modo los administradores concursales devienen responsables. No nace esa responsabilidad ni por el daño sin culpa, ni por la culpa sin daño, ni tampoco si no existe el nexo causal entre ellos.

Este régimen de responsabilidad impuesto por nuestro legislador a los administradores concursales en el art. 36 LC, que les obliga a responder no sólo ante el incumplimiento de las leyes, sino también por la manera de realizar sus funciones, si no han alcanzado el parámetro de diligencia establecido y ocasionan un daño, cumple, además de las funciones preventiva y reparadora del daño y sancionadora de la conducta, una función de control de la gestión de los intereses del concurso<sup>62</sup>. Para que esos objetivos se puedan alcanzar se requiere

y otra muy distinta sugerir la recepción en nuestro país de una figura muy discutida y ajena a nuestra tradición jurídica...", *cit.*, pág. 163.

<sup>61</sup> De estos tres presupuestos es el daño irrogado por la administración concursal el que variará dependiendo de si se trata del supuesto de responsabilidad civil por daños a la masa (art. 36.1 LC) o por daños a los intereses individuales del deudor, acreedores o terceros (art. 36.7 LC)

<sup>62</sup> En el ámbito societario, la doctrina se ha mostrado partidaria de considerar el régimen de responsabilidad impuesto por los arts. 127 y 133.1 LSA como instrumento de control de la actividad de los administradores, así, entre otros, SÁNCHEZ CALERO, F., "Administradores", *cit.*, págs. 224-241, y en "Supuestos de responsabilidad de los administradores...", *cit.*, pág. 906; ALONSO UREBA, A., "Presupuestos de la responsabilidad social...", *cit.*, pág. 652; ESTEBAN VELASCO, G., "Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores...", *cit.*, pág. 1681, y en "Comentarios a la Ley de Agrupaciones...", *cit.*, págs. 234 y 235; QUIJANO GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, págs. 27-36 y 156-189; SALELLES CLIMENT, J.C., *El funcionamiento del Consejo de Administración*, Madrid, 1995, págs. 120 y 121; DÍAZ ECHEGARAY, J.L., "La responsabilidad civil de los administradores...", *cit.*, págs. 275-276.

que la norma que establece las conductas y las consecuencias de su contravención sea cierta y clara, de tal modo que los destinatarios puedan trazar su actuación en el sentido reglado, sin quedar al albur de la interpretación de los aplicadores del Derecho. Sin embargo, como veremos a continuación, nuestro legislador concursal parece no haber conseguido totalmente ese propósito.

## 1.2. La ilicitud en la conducta de los administradores concursales

### 1.2.1. Preliminar

Conforme con el art. 36.1 LC los administradores concursales responderán personalmente por los actos y omisiones “contrarios a la ley”, así como de los “realizados sin la debida diligencia”. De este modo, el art. 36.1 LC hace referencia a las dos fuentes tradicionales de responsabilidad: de un lado, la conducta ilícita<sup>63</sup>, la violación de las normas legales cuyo incumplimiento ocasiona un daño a la masa concursal; de otro, la conducta culposa, el incumplimiento o cumpli-

<sup>63</sup> Algunos autores optan por emplear el término “antijuricidad” en lugar de “ilicitud” –con ocasión del análisis de estas mismas consideraciones pero en sede de LSA, en concreto en el comentario al art. 133– y comprenden dentro del mismo tanto los actos contrarios a la Ley, como los realizados sin la diligencia debida; así, entre otros, ARROYO MARTÍNEZ, I., “Art. 133. Responsabilidad”, págs. 1403-1408; POLO SÁNCHEZ, E., *op. cit.*, págs. 288-291. Otros autores (SÁNCHEZ CALERO, F. “Administradores”, cit., págs. 248 y ss. y ESTEBAN VELASCO, G., “Responsabilidad civil de los administradores”, cit., pág. 5912), utilizan, en cambio, la expresión “incumplimiento de las obligaciones inherentes a las funciones de administrador” dentro de la que engloban tanto los actos contrarios a la Ley, como los realizados sin la diligencia debida. El empleo de un término u otro no debe afectar a las consecuencias jurídicas que se pudieran derivar de la interpretación del precepto, a pesar de existir fuertes críticas por algunos civilistas respecto del significado de la “antijuricidad” en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual (*vid.*, muy especialmente, sobre este particular, DÍEZ PICAZO, I., “Derecho de daños”, cit., págs. 290 y ss. al relacionar el término con el juicio de desvalor del resultado propio del Derecho penal, y PANTALEÓN PRIETO, F., “Comentario al art. 1.902 C.c.”, cit., págs. 1993-1995, que niega que la antijuricidad actúe como requisito de la responsabilidad civil extracontractual).

miento defectuoso de las obligaciones no estrictamente legales que se derivan del cargo de administrador concursal y que atañen fundamentalmente al mantenimiento de la masa concursal. Dicho de otro modo, dentro del término ilicitud incluimos a todos los actos y omisiones de los administradores concursales que suponen una inobservancia de las obligaciones que les incumben como tales en el ejercicio de sus funciones<sup>64</sup>, tanto si aquéllas derivan de una norma legal o, por el contrario, se trate de una obligación conforme a la diligencia que les sea exigible en el desarrollo de su conducta.

En la valoración de los “actos y omisiones” contrarios a la Ley o realizados sin la “debida diligencia” imputables a los administradores concursales, habrá que atender muy especialmente al momento del proceso en el que actúan, ya que puede suceder que una determinada acción u omisión al poco de asumir el cargo no deba considerarse negligente (porque todavía no hayan podido conocer suficientemente la situación o funcionamiento de la empresa), pero que, en cambio, deba considerarse como culpable si se produce en un momento posterior, cuando llevan un cierto tiempo velando por los intereses del concurso.

### 1.2.2. El incumplimiento legal

La LC hace responsable a los administradores concursales, en primer lugar, de “los actos y omisiones contrarios a la ley”. Es decir, los administradores concursales responderán frente al deudor y frente a los acreedores de los daños y perjuicios causados a la masa por actos y omisiones contrarios a la ley. Dicho de otro modo, si por actos y

<sup>64</sup> Hay que tener en cuenta, como advierten DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C./UREÑA MARTÍNEZ, M., en *Comentarios a la Ley Concursal*, (coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), vol. I, (artículos 1 a 115), “Artículo 36”, Madrid, 2004, que si el ilícito en que incurrir los hipotéticos sujetos responsables se halla fuera de su condición de administradores concursales, el régimen de responsabilidad aplicable no sería el establecido en el art. 36 LC, sino el correspondiente a la responsabilidad civil extracontractual del art. 1.902 C.c.; y ello al margen de que el daño lo sufra la masa concursal o directamente el patrimonio particular del deudor, acreedores o terceros.

omisiones contrarios a la ley se produce un daño a la masa, aquéllos incurrir en responsabilidad, o lo que es lo mismo, están obligados a reparar el daño causado.

Los administradores concursales son responsables de sus “actos y omisiones”; es decir, para que se genere su responsabilidad se exige un comportamiento humano, no un mero acontecimiento casual. Es indiferente a los efectos de responsabilidad que el daño se haya causado por una acción u omisión de los administradores concursales<sup>65</sup>. No existe un concepto especial de “acción” u “omisión” específico de la responsabilidad de los administradores concursales<sup>66</sup>, pero tienen perfiles diversos según cual sea la composición de la administración concursal. El comportamiento puede ser individual, cuando lo lleve a cabo un solo administrador al que el Juez le ha atribuido competencias específicas (art. 35.2.2º LC) y cuando se aplique el procedimiento abreviado previsto en los arts. 190 y 191 LC (art. 27.2.3º LC), co-

<sup>65</sup> El presupuesto consistente en la producción de un “acto u omisión” para que surja la responsabilidad de los administradores concursales no es exclusivo del régimen de responsabilidad previsto por la Ley Concursal para éstos, sino que resulta extensible a cualquier supuesto de responsabilidad, tal y como viene reconocido expresamente, y con carácter general, por los arts. 1.089, 1.093 y 1.902 C.c. Respecto de la responsabilidad contractual, el art. 1.101 C.c. no alude expresamente a la “acción u omisión”; pero, no hay duda de que el incumplimiento contractual o, si se quiere, obligacional, generador de daños indemnizables, puede generarse por un comportamiento activo u omisivo del agente del daño; en este sentido, aunque referido específicamente a las omisiones, SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, 1, 7ª ed., Madrid, 1993, pág. 28; IZQUIERDO TOLSADA, “Responsabilidad civil...”, cit., pág. 130.

<sup>66</sup> Se trata de conceptos comunes en cualquier ámbito de la responsabilidad. A estos efectos la “acción” se ha considerado como productora “de un resultado mediante un movimiento corporal o inconsciente, en tanto se dé la posibilidad de un control de la conciencia junto a la dirección de la voluntad” (SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y derecho procesal*, I, Madrid, 1993, pág. 26), y la “omisión”, como productora de “sucesos cuya realización le fue posible impedir al agente cuando estaba obligado a intervenir” (SANTOS BRIZ, J., “La responsabilidad civil...”, I, cit., pág. 27). Esta consideración nos muestra la relación que existe entre el comportamiento omisivo y los deberes legales de actuación. Incluso, se ha mantenido que el comportamiento omisivo enlaza indeclinablemente con la idea de culpa o negligencia: “el comportamiento negativo debe ser entendido al mismo tiempo como causa y como negligencia” (DÍEZ-PICAZO, L., “Derecho de daños”, cit., pág. 288).

legiado, cuando la administración concursal esté integrada por tres miembros (art. 35.2.1º LC), o mancomunado, cuando la compongan dos de los tres miembros de aquélla (art. 35.3 LC)

Con todo el art. 36.1 LC tendría que haber sido más explícito ya que de su texto surgen una serie de dudas que deben ser resueltas en tarea interpretativa.

El primer lugar surgen las dudas sobre si la Ley que debe ser vulnerada por el acto u omisión es la propia Ley Concursal o cualquier otra norma con rango de ley; si la expresión “Ley” tiene que interpretarse como ley en sentido formal, en sentido material o viene referida a alguna “Ley” en concreto; y, en suma, si el término “Ley” debe circunscribirse a ese rango legal o bien basta con vulnerar una norma, sea o no con rango de ley. Se trata de una interpretación de enorme transcendencia porque fuera de la LC hay todo un mundo de disposiciones legales que pueden afectar a las concretas obligaciones de los administradores concursales. La transcendencia del incumplimiento de esas disposiciones normativas en punto a la responsabilidad civil de quienes debían acatarlas, depende del concepto, estricto o amplio, que barajemos.

Creemos que la expresión “Ley”, en este caso, debe interpretarse en un sentido amplio porque la tarea de los administradores concursales no se desenvuelve en un universo jurídico integrado únicamente por disposiciones normativas con rango de Ley, ni, entre éstas, cabe reducir el ámbito de incumplimiento generador de responsabilidad a la LC. Por consiguiente, la violación, a que se refiere el art. 36 LC, por parte de los administradores concursales puede ir dirigida a toda clase de norma jurídica, cualquiera que sea su rango<sup>67</sup>, a todas

<sup>67</sup> Téngase presente que existen ciertas normas con rango de reglamento (por ejemplo, el Reglamento del Registro Mercantil) que, por su contenido y peso, resultaría ilógico que quedasen fuera de la expresión “Ley” del art. 36 LC. Luego, somos partidarios de aquella corriente doctrinal que en sede societaria defiende una interpretación amplia de la locución “actos contrarios a la ley” del art. 133 LSA (ALONSO UREBA, A., “Presupuestos de la responsabilidad social...”, cit., págs. 653 y ss.; ARROYO MARTÍNEZ, I., “Art. 133. Responsabilidad”, cit., págs. 1404; DÍAZ ECHEGARAY, J. L., “La responsabilidad civil de los administradores...”, cit., págs. 303 y 304; POLO SÁNCHEZ, E., *op. cit.*, pág. 289), frente aquella otra, encabezada por SÁNCHEZ CALERO, F., “Administradores”, cit., págs. 250, que

las que resulten de obligado cumplimiento en cada relación jurídica obligatoria de administrar cada masa concursal concretamente considerada<sup>68</sup>, y no solamente de la LC<sup>69</sup>, porque lo contrario sería dejar sin responsabilidad actuaciones de los administradores concursales contrarias al Ordenamiento jurídico, lo que no parece lógico, ya que no creemos que pueda quedar sin sanción el incumplimiento por los administradores concursales de una norma legal sea cual sea su rango, cuando además han causado daño a la masa concursal.

En segundo lugar, la expresión “actos y omisiones contrarios a la ley” puede interpretarse en el sentido de que se refiere exclusivamente a aquéllos que son contrarios a las obligaciones concretas que la ley impone a los administradores concursales<sup>70</sup>, o bien a aquellos comportamientos en que se produce una violación de la ley por cualquier causa que no sea la anterior, como puede ser actuar más allá de la competencia del órgano en cuestión<sup>71</sup>. Creemos que la segunda

---

incluye dentro del término “ley” los deberes y obligaciones que establece una norma fundamental con rango de ley y no cualquier otra de rango inferior, puesto que la violación de otras disposiciones darán lugar en su caso a la responsabilidad prevista en ellas específicamente (*vid.*, igualmente, de este mismo autor, “Supuestos de responsabilidad de los administradores...”, *cit.*, págs. 912 y ss.). En sede concursal se mantiene en esta línea, entre otros, JUAN Y MATEO, F., *op. cit.*, pág. 729. A juicio de GONZÁLEZ POVEDA, P., *op. cit.*, pág. 11, el término “Ley”, en este caso, debe entenderse en el sentido de “Ley Concursal”.

<sup>68</sup> Por un lado, se encontrarían las normas societarias, concursales y sectoriales aplicables en función de la actividad, y por otro, las normas de Derecho civil común aplicables al deber de resarcir los daños causados, normas administrativas, sociales, fiscales, etc., y ello, sobre todo si se tiene presente que además la propia Ley Concursal aglutina aspectos, laborales, procesales, civiles y mercantiles, y contempla un buen número de obligaciones con trascendencia patrimonial para el deudor y, con ellas, la posible reclamación de responsabilidad civil a los administradores concursales por no haber sido diligentes en el cumplimiento de tales obligaciones, sea por el propio deudor o por la propia administración concursal en su caso.

<sup>69</sup> En este último supuesto (acto contrario a la LC), al encontrarse tipificado por la propia LC los comportamientos que pueden llegar a ser inobservados por los administradores concursales se aleja cualquier duda acerca de su licitud o ilicitud.

<sup>70</sup> Esta es la postura que mantiene SÁNCHEZ CALERO, F., “Supuestos de responsabilidad de los administradores...”, *cit.*, págs. 912 y 913, y en “Administradores”, *cit.*, pág. 250, en la interpretación del art. 133 LSA.

<sup>71</sup> A favor de esta postura en la interpretación del art. 133 LSA se mantiene DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de*

postura resulta más acorde con el espíritu del precepto, que no es otro que evitar que queden impunes actuaciones de los administradores concursales que producen un daño a la masa al actuar extralimitándose de su propia competencia.

Nuestro legislador no ha elaborado una lista de supuestos de responsabilidad de los administradores concursales ante la dificultad que entraña agotar en un catálogo todas las hipótesis imaginables. Ahora bien, creemos que debiera haber acompañado la cláusula general “actos y omisiones contrarios a la ley o realizados sin la debida diligencia” con la mención de concretos supuestos de responsabilidad, con un carácter ejemplificador, enunciativo y no limitador, cumpliendo, de este modo, esa lista abierta una finalidad orientadora de la aplicación de la cláusula general en materia de responsabilidad. Así, a título ejemplificativo, nuestro legislador podría haber especificado, si no en el texto del articulado, en la propia Exposición de Motivos, que esos actos y omisiones ilegales de los administradores concursales pueden consistir en un cumplimiento defectuoso, en un acto realizado sin la debida autorización, en la vulneración de una prohibición legal, en el incumplimiento de un deber legal, etc., o, al menos, debiera haber concretado, con mayor claridad, algunos actos jurídicos que tienen la consideración de fuente de obligaciones del administrador concursal como paso previo para acotar el supuesto de hecho de la responsabilidad. Con ello, no sólo clarificaría el contenido de los deberes de los administradores concursales, sino también frenaría, al mismo tiempo, posibles abusos en el ejercicio de las acciones.

De la lectura del art. 36 LC parece que podría cuestionarse si la simple vulneración de la ley debe dar lugar a responsabilidad, como si una suerte de responsabilidad objetiva se tratara, o se precisa, además, la concurrencia de la culpa. A nuestro juicio, la vulneración de la ley a que se refiere el art. 36 LC exige además la ausencia de la “debida diligencia”, es decir, la concurrencia de culpa. Luego, creemos que habría que interpretar el art. 36.1 LC en el sentido de establecer una presunción de responsabilidad cuando el acto realizado por los administradores concursales es contrario a la ley. Se trataría de una responsabilidad irrefragable cuando el acto sea manifiestamente contrario a la

ley. No obstante, en los casos en que se planteen dudas fundamentales sobre el alcance de la ley con la que se pretende establecer la contradicción del acto de los administradores concursales, debería admitirse que la presunción fuera rebatible probando que los administradores concursales actuaron con la diligencia con la que deben desempeñar el cargo<sup>72</sup>. Ahora bien, el administrador concursal no puede pretender demostrar que no existía culpa en su actuación porque ignoraba que el acto era contrario a la ley, ya que dentro de su deber de actuación diligente se encuentra incluido el de conocer suficientemente sus deberes legales. Por tanto, no cabe admitir la excusa del administrador concursal basada en el desconocimiento de la norma, por cuanto que dicho desconocimiento es ya culpable.

Aunque en un principio pudiera pensarse que la responsabilidad derivada por una actuación contraria a ley resulta independiente de la mayor o menor diligencia utilizada por el administrador concursal, y que se diera la paradoja o contradictoria hipótesis de un incumplimiento no culpable de sus obligaciones legales, el daño derivado de tal acto u omisión<sup>73</sup> contrario a la ley sería resarcible por tratarse de una responsabilidad tipificada, profesional<sup>74</sup>, al margen de si viene legal e implícitamente apoyada o no en una presunción de culpa, ya que la culpa en este supuesto consistiría en el incumplimiento<sup>75</sup>.

<sup>72</sup> En sentido similar respecto de la interpretación del art. 133.1 LSA se mantiene BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., "Régimen general de la responsabilidad civil de los administradores de las sociedades de capital", *Responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital* (coords. Galán Corona, E. y García Cruces, J.A.), Madrid, 1999, págs. 19 y ss.

<sup>73</sup> La omisión es, pura y simplemente, lo que no se hace que debió ser hecho en una situación normal y corriente del giro comercial que sea propia de la actividad productiva del deudor y que causa detrimento al patrimonio concursal, así, VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Comentarios a la Ley Concursal. Ley 22/2003, de 9 de julio*, Madrid, 2003, pág. 400. Como actos de omisión se pueden citar, entre otros, no solicitar al juez el cese de la actividad profesional o empresarial del deudor (art. 44.4 LC), no ejercitar acciones del concursado (art. 54.2 LC) o de reintegración de la masa (arts. 71 y 72 LC).

<sup>74</sup> URÍA, R., *Derecho mercantil*, 28ª ed. revisada en colaboración con Aparicio, M.L., Madrid-Barcelona, 2004, pág. 323.

<sup>75</sup> BÉRGAMO, A., *Sociedades Anónimas (Las acciones)*, III, Madrid, 1970, pág. 141.

Por último, estos actos y omisiones contrarios a la ley deben ser acreditados en un proceso declarativo específicamente tramitado al efecto. Ha de tratarse de una conducta contraria a la ley, a toda ley, estar manifestada como acto u omisión, sin que quepan disculpas, porque el error de derecho no es admisible en el ámbito civil en virtud de que la ley se supone conocida por todos desde su publicación en el BOE, y ha de estar teñida de intencionalidad, porque de lo contrario podría existir negligencia en el caso de omisión.

### 1.2.3. El criterio de la "diligencia debida" como supuesto de imputación de la responsabilidad de los administradores concursales

#### 1.2.3.1. El significado del término diligencia

Junto con la responsabilidad que deriva para los administradores concursales por los actos y omisiones contrarios a la ley, existe otra que dimana de los daños que puedan causar como consecuencia de actos que sin suponer una violación directa de la ley, se realicen "sin la debida diligencia", lo que se ofrece, en cierto modo, como una cláusula de cierre para todos aquellos supuestos en que los administradores concursales no vulneran con sus actos y omisiones una disposición legal expresamente prevista, pero en su comportamiento se puede leer una conducta reprochable<sup>76</sup>. Este criterio no está exento de problemas de interpretación relacionados con la necesaria aplicación a esta sede de conceptos básicos de la responsabilidad civil contractual, a lo que tenemos que añadir la circunstancia de que la LC es bastante parca a

<sup>76</sup> A este respecto, aunque en sede societaria, resultan muy ilustrativas las consideraciones efectuadas por ALONSO UREBA, A., "Presupuestos de la responsabilidad social...", cit., pág. 675, para comprender que no estamos ante una doble fuente de obligaciones de la administración concursal cuando afirma que "Sin perjuicio de fines didácticos o sistematizadores, no cabe, por tanto, diferenciar como fuentes distintas de las obligaciones de los administradores, la Ley (...) y el deber general de administrar diligentemente, pues lo que hay es una única fuente, el deber u obligación general de administrar, y un marco para el desarrollo de ese deber (Ley...) del que se derivan obligaciones específicas".

la hora de precisar las concretas obligaciones de los administradores concursales, su contenido, y la manera de cumplir, en muchos, casos, estas obligaciones que son inherentes al cargo de administrador concursal. Todos estos inconvenientes se ven acrecentados por la naturaleza de las decisiones de la administración concursal, que pueden ser individuales, mancomunadas o colegiadas<sup>77</sup>.

La LC no tipifica las conductas diligentes y no diligentes de la administración concursal. El art. 35.1 LC simplemente exige que los administradores concursales actúen “*con la diligencia de un ordenado administrador y de un representante leal*”. Representa una cláusula general de la que se derivan deberes y cuyo incumplimiento es susceptible de sanción (a través de las acciones de responsabilidad del art. 36 LC), pero que no va acompañada de otras que concreten o definan, en supuestos de hechos particulares, las condiciones que deben reunir las conductas diligentes o las no diligentes.

Los arts. 35.1 y 36.1 LC aluden a la diligencia, aunque de forma opuesta: mientras que en el primero es una formulación positiva, en el segundo es negativa. Este cambio, conseguido con la variación de una simple preposición (“*con la diligencia*”, “*sin la(...)diligencia*”), consigue que un mismo concepto cumpla dos funciones completamente diversas. De este modo, cuando el término “diligencia” es formulado de manera positiva sirve para integrar la prestación debida y cuando es enunciada de forma negativa para fundar la responsabilidad<sup>78</sup>. Esa doble función de la diligencia de los administradores concursales<sup>79</sup> permite valorar el cumplimiento de la prestación de servicios del administrador concursal<sup>80</sup>, delimitar los supuestos o casos de responsabi-

<sup>77</sup> Cfr. art. 35 LC.

<sup>78</sup> Vid., sobre las dos funciones apuntadas del concepto diligencia, BADOSA COLL, F., “La diligencia y la culpa...”, cit., págs. 506 y ss.

<sup>79</sup> A juicio de DÍEZ-PICAZO, L., “Fundamentos...”, cit., II, págs. 98 y 99, las funciones de la figura de la diligencia en las relaciones obligatorias son cuatro: función de integración de la prestación debida; función promotora de la diligencia; función de definición del título de imputación de la responsabilidad por negligencia; y servir de módulo de construcción de los deberes accesorios de conducta y de las cargas.

<sup>80</sup> En este sentido, JORDANO FRAGA, F., *op. cit.*, pág. 460, mantiene que “la diligencia como modelo de conducta se convierte, pues, respecto de las obligaciones de actividad, en criterio delimitador del exacto cumplimiento”.

lidad<sup>81</sup> y completar la relación de deberes y obligaciones diseminados a lo largo de la LC<sup>82</sup>.

El legislador opta por un tipo abstracto de “diligencia” debida a los administradores concursales. La conducta diligente que se les exige no se define en la LC con una serie de reglas sino por remisión a un modelo de conducta “el ordenado administrador” y “el representante leal”<sup>83</sup>; es decir, a través de un modelo abstracto, por referencia a un sujeto (administrador, representante), y, en consecuencia, a una actividad, a un nivel de dedicación o esfuerzo (ordenado, leal), a una persona ideal, a un modelo externo a la persona del administrador<sup>84</sup>.

<sup>81</sup> Para JORDANO FRAGA, F., *op. cit.*, págs. 460 y 461, el juicio de diligencia, la prueba de la diligencia permite eludir la responsabilidad no tanto porque acredita la ausencia de culpa cuanto por acreditar el cumplimiento de la obligación. Para este autor (*op. cit.*, pág. 148), la diligencia es un módulo de conducta de la posición deudora y sólo en lo relativo a la actividad de cumplimiento; se refiere al cómo de la prestación, su papel se explica en el terreno de la responsabilidad por incumplimiento, como criterio de la misma, instrumento de control de la actividad de cumplimiento

<sup>82</sup> Sobre esta función integradora, aunque referida a los administradores de la sociedad anónima, *vid.*, las aportaciones de SÁNCHEZ CALERO, F., “Administradores”, cit., págs. 102, 107 y 108; ALONSO UREBA, A., “Presupuestos de la responsabilidad social...”, cit., págs. 677-678; ALFARO AGUILA-REAL, J., *Interés social y derecho de suscripción preferente. Una aproximación económica*, Madrid, 1995, pág. 89; PORTELLANO DÍEZ, P., *El deber de fidelidad de los administradores mercantiles y oportunidades de negocio*, Madrid, 1996, pág. 22.

<sup>83</sup> No se hace referencia a otros deberes como los de fidelidad, secreto o información, propios de las sociedades de capital (el art. 127 LSA fue modificado por la Ley 26/2003, de 17 de julio, lo que representó la incorporación de los arts. 127 bis, 127 ter, 127 quáter, para recoger los deberes de diligente administración –art. 127–, informarse diligentemente de la marcha de la sociedad –art. 127.2 LSA–, de fidelidad al interés social –art. 127 bis–, de lealtad –art. 127 ter–, y de secreto –art. 127 quáter–), aunque esos deberes pueden extraerse de otros preceptos de la LC (por ejemplo, art. 53, que prohíbe a los administradores que adquieran por sí bienes o derechos de la masa activa, con sanción, en caso de incumplimiento, de inhabilitación para el ejercicio del cargo y reintegración del bien o derecho adquirido y pérdida del crédito del que fuera titular).

<sup>84</sup> Muy interesante, a este respecto, las consideraciones de JORDANO FRAGA, F. *op. cit.*, pág. 119-122.



Ahora bien, nuestro legislador no desvela con claridad el alcance del término "diligencia"<sup>85</sup>; seguimos sin conocer el significado que, para este caso, presenta dicho término, sin identificar a una conducta como "diligente", sin saber en qué consiste. Se trata de un concepto del que se puede predicar dos significados<sup>86</sup>; uno objetivo: diligencia como esquema, guía, propuesta de conducta respecto de una actividad debida; otro subjetivo: diligencia como concepto equivalente a dedicación, esfuerzo, interés, atención. Para conocer qué tipo de diligencia es exigible al administrador concursal, hay que partir de las concretas funciones encomendadas para exigirle responsabilidad por el incumplimiento de su deber de diligencia y tener presente que las prestaciones inherentes a ese cargo goza de fuertes dosis de discrecionalidad.

Las funciones y actividades encomendadas a los administradores concursales a lo largo de toda la LC nos lleva a inclinarnos por el primero de los conceptos apuntados, porque se trata de un "cargo" que lleva consigo una forma de actuar que debe ser apropiada para el cumplimiento razonable de unas funciones que se enmarcan en un contexto, el del procedimiento concursal, donde la racionalidad y la capacidad resolutoria objetiva a la hora de afrontar los diversos problemas que emanen de aquél representen pautas inequívocas a seguir. Luego, creemos que la "diligencia" exigible al cargo de administrador concursal debe ser valorada atendiendo a las aptitudes y conocimientos exigidos objetivamente por las funciones legalmente atribuidas y conforme con el tipo de relación que en este caso se trata (la de "administrador concursal"), sin tener en cuenta sus circunstancias personales o sus concretas aptitudes, ni otras circunstancias subjetivas sobre su capacidad o pericia personal<sup>87</sup>. La diligencia que se exige no

<sup>85</sup> GARRIGUES, J., en Garrigues, J./Uría, R., "Comentario...", cit., II, págs. 159 y 161, advierte que el carácter aleatorio de la actividad empresarial impide elaborar reglas concretas de diligencia.

<sup>86</sup> BADOSA COLL, F., en AA.VV., "Comentario a los artículos 1904 a 1105 del C.c.", en AA.VV., *Comentario del Código Civil*, t. II, Madrid, 1991, págs. 21.

<sup>87</sup> Para DÍEZ-PICAZO, L., "Derecho de daños", cit., pág. 390, el debate sobre si el modelo de diligencia debe adecuarse a las características de la persona implicada, "tiene sentido toda vez que la relación jurídica se establece con una persona concreta cuya personalidad y características pueden y deben ser conocidas para la otra parte". A este respecto, resultan muy ilustrativas las consideraciones de PÉREZ CARRILLO,

es la propia del sujeto en cuestión, la que desarrolla en sus propios asuntos (diligencia subjetiva o en concreto, *quam in suis*); no se les exige el grado de diligencia que permiten las singulares capacidades y conocimientos que poseen, sino el que desplegaría un administrador concursal prototípico.

La objetividad que hemos atribuido a la diligencia debida del administrador concursal es compatible con un carácter elástico. Esa elasticidad conlleva que en la valoración de la conducta debida se atienda a cada caso concreto, en el sentido indicado por el art. 1104 C.c., en sede de responsabilidad contractual, y se tenga en cuenta que representa una prestación técnica o profesional<sup>88</sup>, una norma de conducta que viene guiada por el buen hacer de una profesión u oficio, por sus reglas técnicas<sup>89</sup>, y será la intensidad o la índole de las tareas encomendadas en cada procedimiento concursal la que marcará la pauta de diligencia exigible: debe existir una correspondencia o equilibrio entre las facultades (poderes) y los deberes (responsabilidades). Luego, en la valoración de la diligencia de la conducta debida hay que tener presente circunstancias tales como la clase de actividad profesional o empresarial que desarrolle el deudor, las características del concurso, la dimensión de la empresa, el número de acreedores, el estado en que se encuentren la contabilidad y la documentación, etc.

E., "El deber de diligencia de los administradores de sociedades", *RdS*, n° 14, 2000, págs. 288-310. Para DE PEDRO MORO, J.L. y MARROQUÍN PARRA, F., "La diligencia y la lealtad de los administradores en las sociedades anónimas", *La Ley*, n° 4836, de 9 de julio de 1999, pág. 3, el estándar de diligencia ha de valorarse conforme a las aptitudes y conocimientos exigidos objetivamente a la función atribuida, sin que se refiera sólo a las circunstancias personales del sujeto.

<sup>88</sup> En este mismo sentido, aunque respecto de la actuación de los administradores de sociedades, se pronuncian, entre otros, FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, L., "La responsabilidad jurídica del Consejo de Administración", *Revista Dirección y Progreso*, n° 159, mayo-junio, 1998, 124, y en "El régimen de responsabilidad de los administradores en la Ley de Sociedades Anónimas: supuestos, principios y problemas", *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, n°5, junio, 1997, pág. 22, y ESTEBAN VELASCO, G., "Comentarios a la Ley de Agrupaciones...", cit., págs. 237.

<sup>89</sup> *Vid.*, muy especialmente, JORDANO FRAGA, F., *op.cit.*, págs. 125 a 127.

Los actos y omisiones de los administradores concursales que sean contrarios al genérico deber de diligencia, esto es, al deber de actuar como un “ordenado administrador” y un “representante leal” representan también un incumplimiento de la ley, al igual que los examinados anteriormente<sup>90</sup>. Ahora bien, el supuesto de la antijuridicidad, en este caso, se encuentra en el incumplimiento del deber general de diligencia que la ley impone a los administradores concursales respecto del ejercicio de las funciones o competencias inherentes a su cargo, que son las que dan contenido a la posición jurídica de administrador concursal, y entre las que, en su virtud, hay que incluir las obligaciones expresamente relacionadas en la ley, así como el deber general de administrar diligentemente concebido en sí mismo como fuente de otras obligaciones no especificadas, que hay que deducir de la obligación que se les impone de desempeñar su cargo “con la diligencia de un ordenado administrador y un representante leal” (art. 35.1 y 36.1 LC)<sup>91</sup>.

Al margen del nivel de la diligencia exigible al administrador concursal para que actúe como un ordenado administrador y un representante leal, este supuesto es encuadrable también en el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de sus obligaciones a que se refiere el art. 1.101 C.c.<sup>92</sup>, por cuanto los administradores concu-

<sup>90</sup> Entre otros casos, la doctrina (JUAN Y MATEO, F., *op. cit.*, pág. 730), incluye en este supuesto de actuación negligente de los administradores concursales aquellas situaciones que se provocan como consecuencia de que éstos no tomen las medidas adecuadas para conservar el patrimonio concursal (art. 43) o para evitar la prescripción de acciones que pertenezcan a la masa del concurso (arg. *ex art.* 1932-2 C.c.); cuando no soliciten al juez el cambio de la situación de “intervención” a la de “sustitución” para evitar un perjuicio a la masa (art. 40.4) o el cese de la actividad profesional o empresarial del deudor que no resulte rentable (art. 44.4); cuando dejen de cobrar créditos a favor de la masa o de ejercitar las acciones para reintegrar bienes o derechos a la masa (arts. 71 y ss.); o cuando contraigan indebidamente nuevas obligaciones de la masa, como puede suceder cuando no soliciten la resolución de contratos pendientes cuya ejecución resulte contraria al interés del concurso (art. 61.2).

<sup>91</sup> Muy aclaratorias a este respecto resultan las consideraciones de ALONSO UREBA, A., “La responsabilidad de los administradores...”, *cit.*, págs. 264 y ss.

<sup>92</sup> Cfr. SSTS 2-4-1986 (RJ 1986/1789), 10-10-1990 (RJ 1990/7592), 29-9-1994 (RJ 1994/7026), 7-11-1995 (RJ 1995/8357), 22-10-1996 (1996/7510), 30-6-1999 (RJ 1999/4896).

sales, como encargados de la gestión y defensa de la integridad de la masa concursal, asumen una serie de obligaciones derivadas de la relación de administración que les une con ella<sup>93</sup>. En este sentido, la LC inaugura un sistema de responsabilidad civil basado en la culpa, con carácter general y sin graduaciones, en el que no es admisible la ponderación de la culpa entre leve o grave, y ensaya, de este modo, una especie de franquicia de la responsabilidad civil para los casos de culpa leve o, si se quiere, levísima. Así se subraya el criterio genérico de la responsabilidad por culpa o negligencia, sin posibilidad de eximir a los administradores concursales de la responsabilidad derivada de la culpa leve o levísima, y esa responsabilidad se hace girar hacia el más amplio campo de la responsabilidad civil, en el que serán los Tribunales los que podrán moderar, según los supuestos planteados, esta responsabilidad procedente de negligencia (art. 1.103 C.c.).

El criterio de la “debida diligencia”, como supuesto de imputación de la responsabilidad de los administradores concursales a que se refiere el art. 36.1 LC, no les hace responsables por no lograr en todo caso un resultado positivo y concreto tras su actuación; dicho de otro modo, más en términos propios de la responsabilidad civil contractual, la obligación general del administrador concursal es de medios y no de resultado<sup>94</sup>. Las obligaciones de medios representan

<sup>93</sup> Esta fórmula genérica de actuación no es muy diferente de la empleada en otros Ordenamientos de nuestro entorno. Así, Ley de Sociedades por Acciones de 1965, parágrafo 93 dispone “...proceder con el cuidado de un director de negocios ordenado y leal”. En cambio, en el *Codice Civile* italiano, art. 2.393 se dispone que “... con la diligencia del mandatario”, es decir, mantiene la equiparación al mandatario, o lo es lo mismo exige un grado diferente de diligencia (“el del buen padre de familia”); sobre este particular, CANDELARIO MACÍAS, M. I., “El nuevo régimen italiano sobre la administración extraordinaria de la gran empresa en situación de insolvencia –nuevo régimen italiano, viejo régimen español–”, *Derecho de los Negocios*, núm. 117, 2000, págs. 11-22; LANFRANCHINI, L. C., *Amministrazione controllata e diritto vigente*, Milán, 1996, págs. 154-178.

<sup>94</sup> Ahora bien, ello no impide, como advierten DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ C./UREÑA MARTÍNEZ, M. *op.cit.*, pág. 331, que a lo largo de toda la LC no existan algunas obligaciones o deberes de los administradores concursales que se enmarquen más bien en la cualificación de obligaciones de resultado –configurándose, en todo caso, como “actos y omisiones contrarios a la ley”–, como ocurre a título ejemplificativo con la obligación *ex artículo* 74 LC de presentar el informe de la administración concursal en el plazo previsto legalmente. Más ampliamente,

el núcleo fundamental dentro de las debidas por el administrador concursal, quien debe desarrollarlas en el marco de la ley, orientando su actividad hacia la conservación de la masa concursal<sup>95</sup>.

La diligencia tiene una gran relevancia en la apreciación de la conducta y la actividad de los administradores concursales. En la LC la "diligencia" se perfila como un concepto poliforme<sup>96</sup>, una cláusula

sobre los presupuestos de las obligaciones de medios o de resultado, *vid.*, entre otros, JORDANO FRAGA, F., *op. cit.*, en especial págs. 172 y ss., 197 y ss. y 456 y ss.; CARRASCO PERERA, A., "Comentarios al art. 1.101 del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. Alvadalejo, M.), t. XV, 1º, Madrid, 1989, págs. 591 y ss. Hubiera sido posible haber regulado el contenido de las obligaciones de los administradores utilizando en todos los supuestos el molde de la consecución de un resultado positivo concreto para valorar si dichos sujetos han cumplido o no su función –o, en otros, términos, para observar si su comportamiento es o no lícito o antijurídico– (*vid.*, en relación con este aspecto, las consideraciones a las que llega, en el ámbito del art. 133 LSA, ARROYO MARTÍNEZ, I., "Art. 133. Responsabilidad", *cit.*, págs. 1403 y ss). En ese caso la "obligación" sería calificada "de resultado". Pero no ha sido esa la tendencia de nuestro legislador, ya que únicamente las hipótesis que encajan en el tipo de incumplimiento material "*actos y omisiones contrarios a la ley*", pueden calificarse como "obligaciones de resultado", ya que la prueba de la ilicitud objetiva –la contraria a la ley– supone en sí misma un resultado antijurídico, un incumplimiento legal.

<sup>95</sup> Algún sector doctrinal, en sede societaria, llega a considerar que la única fuente de responsabilidad de los administradores, es decir, de obligación de resarcir es la derivada del incumplimiento de la obligación general de administrar diligentemente, y que la ley y los estatutos, más que fuentes constituyen el marco en el que se desarrolla tal actividad; *vid.* ALONSO UREBA, A., "Presupuestos de la responsabilidad social...", *cit.*, pág. 675.

Algunos autores (entre otros DÍAZ-REGAÑON GARCÍA-ALCALÁ, C./UREÑA MARTÍNEZ, M., *op. cit.*, pág. 332) consideran posible que, dentro de los ilícitos "*actos y omisiones contrarios a la ley*", queden incluidos tanto los supuestos calificados como obligaciones de resultados como hipótesis consideradas obligaciones de medios. En el supuesto de que así fuera, entienden estos autores que se produciría un solapamiento innecesario entre ambos tipos de ilicitud, puesto que, en último término, la diligencia siempre actuaría como patrón de comportamiento correcto, con independencia de que la conducta en cuestión aparezca o no tipificada legalmente como ilícita ("contrario a la ley"). En todo caso para estos autores, en esos supuestos, faltaría aún la intervención de la culpa como criterio de imputación de la responsabilidad.

<sup>96</sup> Sobre el carácter de cláusula general del término "*diligencia*", *vid.*, entre otros, DÍAZ ECHEGARAY, J. L., "La responsabilidad civil de los administradores...", *cit.*, pág. 234; ALONSO UREBA, A., "Presupuestos de la responsabilidad

general que permite incorporar a los deberes estrictamente orgánicos derivados del elenco institucional de la posición de administrador concursal, otras prestaciones específicas de cada masa concursal concreta que varía según sus características. La diligencia representa el criterio para valorar la exactitud o no del cumplimiento de la obligación debida. Ahora bien, en el supuesto de que un determinado comportamiento de los administradores concursales no se ajuste al modelo de diligencia exigible, el "incumplimiento" no es todavía, por ello, definitivo, en el sentido de ser considerado "imputable"; para ello, resulta necesario que ese "incumplimiento material" o inexactitud "objetiva" sea sometido al juicio de responsabilidad, donde la culpa vuelve a actuar, en este caso, como criterio de imputación (subjetiva) de la responsabilidad<sup>97</sup>.

### 1.2.3.2. La "debida diligencia" como modelo de conducta

#### 1.2.3.2.1. Preliminar

La inclusión de la diligencia en el art. 36 LC le ha conferido un carácter legal-contractual: legal porque se trata de una imposición a través de una ley formal (la LC); y contractual porque el administrador concursal aceptante de su cargo se compromete a actuar diligentemente<sup>98</sup>. Ahora bien, cuál es el grado o nivel de diligencia

social...", *cit.*, pág. 677, y en "La responsabilidad de los administradores...", *cit.*, págs. 279-290.

<sup>97</sup> Dicho de otro modo, resulta posible que el administrador concursal que no ha cumplido (por no adecuar su conducta al modelo de diligencia exigible en el cumplimiento), quede exonerado de responsabilidad aportando la prueba de la imprevisibilidad o inevitabilidad del daño producido por el incumplimiento (material); *cfr.* art. 36.3 *in fine* LC, y los arts. 1.101, 1.104 y 1.105 C.c.

<sup>98</sup> Las fuentes de las obligaciones en Derecho español común son las establecidas en el art. 1.089 C.c., [cfr. muy especialmente, SSTS. de 16-7-1991 (RJ 1991/5393) y 7-6-1999 (RJ 1999/4730)] que incluye los actos realizados con negligencia, es decir, con falta de diligencia. En este sentido, la aplicación del art. 35 LC viene a establecer un módulo específico en el ejercicio diligente más riguroso que el aplicable en Derecho común. La diligencia exigible adecuada representa una fuente específica de obligaciones muy relevante para la actividad de la administración

debida exigible<sup>99</sup>. Esta cuestión parece que viene, en buena medida, solucionada por el art. 35 LC que adjetiviza y, por tanto, completa, concreta y define la diligencia con la que deben actuar los administradores concursales en el ejercicio de su cargo: “con la diligencia de un ordenado administrador y de un representante leal”. Luego, las dudas acerca del grado de “diligencia exigible” se trasladan ahora a la interpretación de las locuciones “ordenado (empresario)<sup>100</sup>- ‘administrador’” y “representante leal”<sup>101</sup>.

concurzal, porque la ley no llega a enumerar todas y cada una de las prestaciones debidas en el marco de la relación obligatoria de administración en sede concursal, derivándose muchas del módulo de diligencia exigible. Hay que tener en cuenta, por consiguiente, las circunstancias de cada caso para determinar las prestaciones que tienen su origen en la “diligencia exigible”. En este sentido GARRIGUES, J., en Garrigues, J./Uría, R., “Comentario...”, cit., II, pág. 161, mantiene que la “... diligencia media no tiene carácter rígido, sino elástico, es decir, es adaptable a las circunstancias de la sociedad en cuestión...”; *vid.*, en una misma línea, QUIJANO GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, pág. 199.

<sup>99</sup> *Vid.*, sobre estas consideraciones, recientemente, SEQUEROS SAZATORNIL, F., “La responsabilidad civil y penal de los administradores en Derecho concursal”, *Diario La Ley*, 1 de febrero de 2006, núm. 6412, págs. 3-4.

En Derecho civil común la medida estándar de la diligencia debida en la ejecución o desarrollo de las obligaciones es “aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas del tiempo y del lugar”. En el supuesto de que la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que corresponda a un “buen padre de familia” [art. 1.104 C.c. –cfr. SSTS. 26-5-1995 (RJ 1995/4130) y 20-12-1999 (RJ 1999/9356)].

<sup>100</sup> Sobre el término “ordenado empresario”, en sede societaria, puede verse, entre otros, QUIJANO GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, págs. 196 y ss.; ALONSO UREBA, A., “La responsabilidad de los administradores...”, cit., págs. 279-290; DÍAZ ECHEGARAY, J. L., “La responsabilidad civil de los administradores...”, cit., pág. 243 y ss.; DE LOS MOZOS, J.L., *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho civil español*, Barcelona, 1965, págs. 54 y ss.; POLO SÁNCHEZ, E., *op. cit.*, pág. 134 y ss.; PÉREZ CARRILLO, E. F., *La administración de la Sociedad Anónima. Obligaciones, responsabilidad, aseguramiento*, Madrid, 1999, págs. 85-99.

<sup>101</sup> El deber de lealtad que se exige a los administradores concursales tiene cierta fundamentación en el deber de buena fe implícito en todos los contratos en virtud de lo dispuesto en el art. 1.258 C.c. La lealtad representa una pauta de actuación en la promoción de los intereses de la masa concursal (e indirectamente del deudor, acreedores y tercero), y constituye un elemento generador de comportamientos para el administrador cuya no observancia implica la comisión de infracciones de su deber. Sobre el término “representante leal”, resultan muy interesantes las consi-

Estos parámetros representan la medida concreta de diligencia o el modelo de comportamiento al que deben adaptar su actividad los administradores concursales. Esos modelos a los que recurre el legislador (el administrador y el representante) presuponen una preparación y unos conocimientos (teóricos y académicos; o prácticos, proporcionados por la experiencia o habitualidad de la actividad), integrantes de una moral o ética (deontología) determinada<sup>102</sup>.

La medida de la diligencia exigible conforme con los tipos del “ordenado administrador” y el “representante leal” resulta más fácil cuando se trata de cumplir las obligaciones que les vienen impuestas a los administradores concursales por la Ley o por decisión del juez del concurso, ya que en esos supuestos se conoce, al menos, sin ningún género de dudas, en qué consiste la obligación del administrador concursal, y cuándo se produce un incumplimiento de sus deberes. Más difícil deviene esta medida de la diligencia debida conforme con los parámetros del “ordenado administrador” y del “representante leal” en los supuestos en los que la actuación de los administradores concursales no viene impuesta explícitamente por la Ley ni por acuerdo del juez del concurso, pero emana implícitamente de una actuación diligente con arreglo al cargo para el que han sido nombrados. Puede resultar complicado, en muchos casos, distinguir entre una actuación diligente del administrador concursal de la que no lo es y no representa más que una imprudente y hábil maniobra. Hay que recordar que el administrador concursal está obligado a una actuación diligente, no a un resultado favorable, de ahí que no se deba confundir el éxito en el negocio con actuar con la diligencia debida.

deraciones planteadas, entre otros, por GARRIGUES, J., en Garrigues, J./Uría, R., “Comentario...”, cit., II, págs. 446 y ss. y en *Negocios fiduciarios en el Derecho Mercantil*, Madrid, reimpresión 1991, págs. 45 y ss.; QUIJANO GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, págs. 201 y ss.; ESTEBAN VELASCO, G., “Comentarios a la Ley de Agrupaciones...”, cit., pág. 238 y ss.; ALONSO UREBA, A., “La responsabilidad de los administradores...”, cit., págs. 279-290; LLEBOT MAJÓ, J. O., *op. cit.*, págs. 91 y ss.; PORTELLANO DÍEZ, P., *op. cit.*, págs. 30 y ss.

<sup>102</sup> En términos parecidos, aunque respecto de los gestores de entidades financieras, *vid.*, VEGA PÉREZ, F., *op. cit.*, págs. 689-707, quien diferencia entre conocimientos y experiencia y equipara los primeros a ideas y saberes adquiridos a través de estudios académicos, y la segunda a enseñanza adquirida a través de la práctica, aunque destaca su íntima conexión.

El juicio de valor que debe realizarse para estimar si una actuación determinada de los administradores concursales se ajusta o no al prototipo de un “ordenado administrador” y “representante leal” a que se refiere la LC, únicamente puede llevarse a cabo de forma casuística; es decir, hay que realizarlo atendiendo cada caso concreto, sin que se deba establecer reglas genéricas que permitan decidir, toda vez que se trata de valorar sobre la correcta oportunidad de su actuación, teniendo presente las múltiples circunstancias concurrentes en el supuesto concreto de que se trata. La simple idea del “administrador” y del “representante” presupone la asunción de unos riesgos, lo que lleva parejo un elemento de aleatoriedad y discrecionalidad que resulta incompatible con el establecimiento de normas apriorísticas para su actuación.

Respecto a la calificación, dentro de las posibles graduaciones, niveles o intensidades de aplicación del tipo, el grado de diligencia del “ordenado administrador” y el “representante leal” supone un grado de diligencia media, un nivel intermedio entre lo que sería una diligencia mínima y una elevada<sup>103</sup>.

Ahora bien, se nos plantea la duda de si aplicar o no al caso la noción de diligencia emanada del Derecho civil; dicho de otro modo, nos compete determinar si la diligencia exigible por aplicación de las locuciones “ordenado administrador” o “representante leal” es identificable con la diligencia del “buen padre de familia” *ex* art. 1.104 C.c., o varía en alguna medida<sup>104</sup>. Pues bien, creemos que en el Derecho concursal el modelo del art. 1.104 C.c. es el único aplicable,

<sup>103</sup> Esta es la opinión que se mantiene respecto de los administradores de las sociedades anónimas en las SSTs de 23 de febrero de 1990 (RJ 681) y de 21 de septiembre de 1999 (RJ 7230) para las que la diligencia del ordenado comerciante es la exigible al comerciante normal; la Ley les está exigiendo la diligencia normal en el desempeño de su cargo.

<sup>104</sup> Así lo entienden también, entre otros, ARROYO MARTÍNEZ, I., “Art. 133. Responsabilidad”, cit., pág. 1405, para quien “la diligencia de un ordenado empresario no es la exigible a una persona media o normal, sino a un empresario medio. La expresión ‘ordenado empresario’ cualifica aquí la diligencia, elevando el nivel y equiparándola a la exigible a un buen profesional; es decir, a una persona que se dedica habitualmente y económicamente a esa actividad. La referencia del Derecho civil, heredada del Derecho romano, del *bonus pater familias* no tiene aplicación, porque es la media de un hombre medio. La referencia sería, si se permite la expres-

ante la innecesidad de acudir a otros parámetros, supuestamente distintos, como el del “buen profesional”<sup>105</sup>. A nuestro juicio, la pauta establecida en el art. 1.104 C.c. responde a un modelo de conducta objetivo (el del “buen padre de familia”), que se aleja enormemente de las aptitudes subjetivas del deudor, además de que el patrón de comportamiento ha de modalizarse o adecuarse a las diversas circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, lo que añade a esa misma pauta de conducta el carácter de “elástico”<sup>106</sup>. Además el art. 35 LC ha facilitado su interpretación, eludiendo la conexión que

sión, a un *bonus mercatorum*”; *vid.*, en una línea similar, SÁNCHEZ CALERO, F., “Administradores”, cit., pág. 103; PARRA LUCÁN, *op. cit.*, pág. 1283.

<sup>105</sup> Unas frases, muy elocuentes, de JORDANO FRAGA, F., *op. cit.*, págs. 124-125, nos van a servir para demostrar que la “diligencia profesional” (“pericia”) no diverge del modelo de conducta a que se refiere el art. 1.104 C.c., y cómo ese mismo precepto sigue siendo el único exponente que actúa como modelo de conducta para cualquier actividad —a no ser que en el ámbito contractual, se pacte uno que eleve el nivel de diligencia en principio exigible conforme al precepto—: “Como consecuencia de la noción de diligencia que resulta acogida en el Código civil..., se habla de diligencia como observancia, también de reglas técnicas, esto es, diligencia como pericia. De forma que la impericia no es sino una forma de culpa, que, a su vez, consiste siempre en la violación (objetiva) de una norma de conducta. Cuando se trata de impericia, la particularidad reside en que tratándose de prestaciones técnicas, aquella norma de conducta en vez de venir dada por la experiencia común, viene dada por el buen hacer de un arte, profesión u oficio, es decir, por sus reglas técnicas. La impericia (que es una forma de manifestarse la culpa) es una noción objetiva como la culpa misma, porque la violación de la norma de conducta (técnica en este caso) se produce con independencia de la buena o mala voluntad del sujeto obligado y al margen de cuáles sean sus concretas aptitudes.”

<sup>106</sup> Este es el adjetivo empleado por buena parte de la doctrina más autorizada, cuando interpreta la diligencia de los administradores sociales; *vid.*, entre otros, ESTEBAN VELASCO, G., “Responsabilidad civil de los administradores”, cit., pág. 5913; JORDANO FRAGA, F., *op. cit.*, págs. 118 y ss. En este sentido lo consideró, igualmente GARRIGUES, J., en Garrigues/Uría, “Comentario...”, cit., II, pág. 159, quien mantuvo que “administrar bien una sociedad quiere decir apreciar en cada caso la conveniencia de resolver en un sentido o en otro un determinado asunto, o de adoptar iniciativas oportunas, o de llevar a cabo proyectos que de antemano es difícil calificar de prudentes o temerarios. Las operaciones de una sociedad tienen siempre carácter aleatorio y este carácter es justamente el que impide formular reglas concretas de diligencia...”; pág. 161 “...diligencia media no tiene carácter rígido, sino elástico, es decir, es adaptable a las circunstancias de la sociedad en cuestión...”. En esta misma línea se mantienen, entre otros, DÍAZ ECHEGARAY, J. L., “La responsabilidad civil de los administradores...”, cit., pág. 245. Muy relevante, en la

el art. 127 LSA establecía entre los regímenes correspondientes a dos figuras formalmente distintas (“administrador” –figura a la que iba destinada la regulación normativa– y “empresario” –figura utilizada por la doctrina para alterar, al alza, la diligencia exigible al administrador–), al utilizar una sola figura jurídica (y no dos como la LSA) para regular su régimen jurídico, en concreto la diligencia exigible en su comportamiento a efectos de responsabilidad civil. Luego no vemos ningún impedimento teórico-jurídico en aplicar como parámetro de conducta el criterio del art. 1.104 C.c. con el propósito de observar si el administrador concursal se ha comportado como un “buen administrador”, sin que sea necesario aplicar figuras distintas, ni exigir al administrador concursal un nivel de diligencia superior al que corresponde a un buen padre de familia, según la previsión legal del art. 1.104 C.c.

#### 1.2.3.2.2. El “ordenado administrador”

El legislador a la hora de señalar la diligencia con que debe actuar los administradores concursales ha elegido el modelo del “ordenado administrador”. Se trata de una expresión altamente equívoca, que parece estar refiriéndose a los administradores de las sociedades mercantiles. Los arts. 127.1 LSA y 61 LSRL señalan, respecto a ellos, que “desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario”. Luego, la equiparación al “ordenado empresario” parece suponer que el tipo de diligencia exigible a los administradores concursales es el del empresario y que tienen que cumplir con las normas que se imponen en general a éste; en suma, deben actuar como si fueran aquél, en su labor diaria, en defensa de los intereses del concurso, al margen de que legalmente no lo sean. Sin embargo, a nuestro juicio, hay que tener presente dos consideraciones.

En primer lugar, que nuestro legislador no ha mostrado duda acerca del modelo legal de conducta a seguir por el administrador concursal. Si el legislador hubiese pretendido equiparar al administrador

doctrina extranjera, ROSCOE POUND, *An introduction to the philosophy of law*, New York, 1945, pág. 118.

concursal con un empresario, en cuanto modelo de conducta, lo habría conseguido simplemente utilizando la expresión “ordenado empresario” en lugar de “ordenado administrador”. En nuestra opinión, la opción legislativa ha sido acertada porque el modelo del “ordenado empresario” no se adapta a las características de las funciones que desarrollan los administradores concursales, mientras que el modelo de “administrador ordenado” refleja mejor la ajeneidad de la gestión en la defensa de los intereses del concurso.

En segundo lugar, y enlazada con la anterior, que el administrador concursal, a parte de actuar como un empresario, tiene que colaborar con el juez, sustituir al deudor, en algunos casos, en la administración de la masa del concurso, e intervenir, en otras ocasiones, las operaciones de éste (art. 40 LC). Además, a diferencia del empresario, el administrador concursal tiene encomendadas unas tareas que, más que relacionadas con la administración de bienes ajenos –tarea propia de los administradores de sociedades–, lo están con el desarrollo del proceso (tal y como ocurre con el reconocimiento y la clasificación de los créditos –arts. 86 LC y ss.–, con la presentación de determinados informes –arts. 74, 107.2, 115, 169 y 176.2 LC–, con la elaboración de determinados planes –art. 148–, o con el deber de facilitar aclaraciones o información –arts. 35.6 y 120 LC–). Luego, la referencia a un “administrador” debe ser entendida hecha a un “administrador concursal”, esto es a un sujeto cuyo estatuto jurídico viene definido por la LC, y no a un “empresario”, porque aunque nuestro legislador se haya inspirado en el modelo de diligencia del “ordenado empresario” previsto para las sociedades anónimas y limitadas (arts. 127 LSA y 61 LSRL), resultaría excesivo e inadecuado imponer a los administradores concursales el mismo nivel de diligencia que a los directivos empresariales, porque aquéllos tienen limitada la discrecionalidad de sus actuaciones por la supervisión del juez del concurso.

En suma, el empleo del modelo legal de conducta del “administrador” ha sido acertado porque refleja que la tarea encomendada es la de un gestor, que debe actuar guiado por la buena fe y por su juicio crítico, discreción y sabio discernimiento, libre de conflicto de intereses.

El grado de diligencia inherente al calificativo de “ordenado” que se añade al sustantivo “administrador” comprende cualidades como la capacidad de iniciativa y de previsión, la preparación y muy especialmente la prudencia<sup>107</sup>. Esta prudencia impide al administrador concursal embarcarse en actuaciones que puedan poner en peligro los intereses del concurso, a la vista de las circunstancias que concurren, sin una adecuada planificación y estudio; es decir, debe actuar con una prudencia similar con la que lo haría un ordenado empresario cuando pone en riesgo su propio patrimonio. Ahora bien, ello no significa que la prudencia deba ser llevada a extremos tales que le impida una actuación libre y con ciertas dosis de discrecionalidad, dentro de los parámetros legales y de las decisiones del juez del concurso. La asunción de riesgos es consustancial a la actividad empresarial y el administrador concursal, que conforme a la LC debe actuar como un ordenado “administrador”, tiene que asumirlos, aunque con profesionalidad y prudencia, porque no es sinónimo de gestión diligente la de quien los rehúye sistemáticamente<sup>108</sup>.

<sup>107</sup> GARRIGUES, en Garrigues, J./Urfa, R., “Comentario...”, cit., II, págs. 125, 159, 161, mantiene que el ordenado comerciante es “comerciante prudente que no suele arriesgar el capital de la empresa en asuntos impremeditados o aventurados”. OLIVENCIA RUIZ, M., “Los deberes de los administradores...”, cit., págs. 12, considera que del buen empresario “pueden predicarse las virtudes de prudencia, competencia, dedicación y atención de su actividad”. Para VEGA PÉREZ, F., *op. cit.*, págs. 697-698, un ordenado empresario es actuar con profesionalidad y prudencia, profesionalidad que se acentúa con la incorporación del término “empresario”; profesionalidad ligada a conocimientos, experiencia, actitud crítica y prudencia (págs. 704-705). Por su parte GARRIDO GARCÍA, J.M., *Las instrucciones en el contrato de comisión*, Madrid, 1995, pág. 117, identifica prudencia y diligencia.

<sup>108</sup> De ahí que la doctrina (FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L./GARCÍA-PITA y LASTRES, J.L./FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Responsabilidad de los administradores...”, cit., 18; QUIJANO GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, págs. 199-200; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “El régimen de responsabilidad de los administradores...”, cit., pág. 25; MORILLAS JARILLO, M<sup>a</sup>.J *Las normas de conducta de los administradores de las sociedades de capital*, Madrid, 2002, págs. 367-368) considere que el juicio de la diligencia no pueda realizarse sobre el resultado de la decisión o actuación (evaluación a posteriori), sino sobre la oportunidad o razonabilidad de su adopción en ese momento determinado (evaluación coetánea o contemporánea).

En línea con la argumentación anterior, a nuestro juicio, más que “ordenado” el administrador concursal debiera ser “responsable”, de ahí que creamos conveniente redefinir el modelo de conducta revisando la referencia a la actitud “ordenada”, más propia de un empresario individual o, en todo caso, del que goza de posición de monopolio, y que nos parece se aviene mal con la necesaria asunción de una actitud de buena fe que debe iluminar la actuación del administrador concursal. De ahí, que en una futura reforma de la Ley Concursal convendría sustituir la referencia a la actitud ordenada por la de “responsable”, “juicioso” o “discreto”. Téngase en cuenta que del administrador concursal deriva el deber de llevar a cabo ciertos comportamientos con los que encaja mejor el modelo de conducta propuesto; correcta intervención en las facultades de administración y disposición del deudor respecto de su patrimonio, en caso de concurso voluntario (art. 40.1 LC), conservar el caudal relicto, en caso de concurso de la herencia (art. 40.5 LC), efectuar las reintegraciones de la masa activa (acciones rescisorias y demás de impugnación *ex arts.* 71 y 72), elaborar el informe a que se refiere los arts. 74 y 75 LC, formar el inventario a que hacen referencia el art. 82 LC, evaluar la propuesta de convenio en atención al plan de pagos y, en su caso, al plan de viabilidad que la acompañen (arts. 107.2 y 115 LC), sustituir a los administradores o liquidadores de la persona jurídica concursada (art. 145.3), etc<sup>109</sup>.

Respecto a la forma de transgresión del deber de los administradores concursales de actuar de forma “ordenada” creemos, a diferencia de lo que ocurre, como veremos<sup>110</sup>, con la infracción del modelo de conducta del “representante” leal, que puede ser tanto de forma dolosa como culposa.

<sup>109</sup> Estos comportamientos resultan incompatibles con ciertas conductas como la prodigalidad. Para SÁNCHEZ CALERO, F., “Administradores”, cit., pág. 48, “difícilmente puede conciliarse la idea de la prodigalidad con la del ordenado empresario”. Aunque técnicamente la prodigalidad no es causa de incapacidad (art. 28 LC), la sentencia que la declare debería establecer la imposibilidad de que el pródigo sea administrador concursal.

<sup>110</sup> *Vid. infra*, apdo. V.1.2.3.2.3.

### 1.2.3.2.3. El "representante leal"

El art. 35 LC obliga a los administradores concursales a desempeñar su cargo con la diligencia no sólo de un ordenado administrador sino también de un "representante leal"<sup>111</sup>. Nuestro legislador, al consagrar que la diligencia de los administradores concursales en el ejercicio de sus funciones de representación es la de un "representante", es consciente de que aquéllos aún cuando no son mandatarios, actúan en forma similar a éstos (arts. 281 y 283 C.c.), al actuar en defensa de intereses ajenos, en concreto de los intereses del concurso<sup>112</sup>.

Este modelo de conducta se hace patente cuando contemplamos la función de los administradores concursales desde una perspectiva externa, mientras que la interna corresponde, en cuando a su deber de diligencia, al propio del "ordenado administrador"

El estándar del "representante leal" hace referencia sobre todo a la obligación del administrador concursal de actuar con lealtad<sup>113</sup> y fidelidad en la gestión encomendada, y, sobre todo, de perseguir el interés del concurso, hasta tal punto que en caso de conflicto de intereses entre los suyos propios y los del concurso, éstos deben prevalecer

<sup>111</sup> Una manifestación evidente del deber de los administradores concursales de actuar con la diligencia de un "representante leal" se contiene en el art. 43 LC, que dispone que las facultades de administración y disposición sobre la masa activa atenderán a la conservación de la masa activa "del modo más conveniente para los intereses del concurso".

<sup>112</sup> El término "leal" se emplea en otros muchos sectores del ordenamiento mercantil, y ha venido quedando reservado a la esfera de las relaciones extracontractuales hasta la promulgación de la LCD (*vid.*, art. 5). Se trata de un concepto distinto de la "lealtad", que como sinónimo de buena fe, se exige en la contratación (cfr. arts. 9.1 y 10.1 L12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia). ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "Interés social...", cit., pág. 39 considera que el deber de actuar como un representante leal "es un estándar más estricto que el del 'contratante leal'. La diferencia consiste en que el representante leal sólo puede tener en cuenta los intereses del principal y ha de subordinar el propio al del principal (*vid.*, por ejemplo, art. 255 C. de co.)"; *vid.*, las consideraciones mantenidas por este mismo autor en las págs. 39 y 40, sobre la distinción entre deber de actuar como representante leal o como contratante leal.

<sup>113</sup> Por ello, creemos que la expresión "representante leal" es pleonástica, porque, de suyo, todo representante debe ser leal.

sobre aquéllos<sup>114</sup>. Dicho de otro modo, la diligencia del representante leal lleva implícito el deber de lealtad o fidelidad que se traduce en la obligación de abstenerse de obtener cualquier beneficio personal a expensas de los intereses del concurso. Las infracciones del modelo de conducta del "representante leal" constituirán siempre infracciones del deber de lealtad constitutivas, por tanto, de una conducta desleal de los administradores concursales. Sobre la forma de atentado a la lealtad, creemos que únicamente cabe de forma dolosa

El deber de los administradores concursales de actuar como un "representante leal" representa un patrón que debe ser tenido en cuenta con menor casuismo que el del "ordenado administrador", ya que la lealtad exigible resulta más uniforme y es, además, más independiente del procedimiento concursal concreto de que se trate.

<sup>114</sup> En este mismo sentido se pronuncia la doctrina respecto de la obligación de fidelidad que recae sobre los administradores de las sociedades anónimas; *vid.*, entre otros, GARRIGUES, en Garrigues, J./Uría, R., "Comentario...", cit., II, pág. 159, para quien la alusión al "representante leal" hace referencia al "deber de fidelidad que impone al administrador la defensa de los intereses de la sociedad que él representa anteponiendo esos intereses a los suyos propios"; GIRÓN TENA, J., "Derecho de Sociedades Anónimas", cit., pág. 376, quien mantiene que "la noción de representante leal exige, en cada caso, la observación, con doctrina semejante a la del mandato mercantil en nuestro Derecho, el cuidado primordial -con sacrificio de los propios- de los intereses de la sociedad"; SÁNCHEZ CALERO, F., "Administradores", cit., pág. 224, al comentar el art. 132 LSA sostiene que este precepto "se justifica en cuanto que refuerza los criterios sobre la conducta de los administradores, en cuya actuación han de estar presentes el deber de lealtad hacia la sociedad y la defensa de los intereses sociales, que se han de sobreponer sobre los propios de los administradores o los de terceras personas"; LLEBOT MAJÓ, J.O., *op. cit.*, págs. 46, 91 y 92, quien defiende que la actuación en interés de terceros es lo que caracteriza la relación de los administradores sociales que debe preordenar en todo momento el interés social sobre el propio; PUIG BRUTAU, J., "La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima", *RDP*, XLV, enero-diciembre 1961, pág. 364, para el que al administrador se le "impone el deber de atender a lo ajeno con preferencia a lo propio".



### 1.3. La culpa como criterio de imputación subjetiva de la responsabilidad de los administradores concursales

Tradicionalmente la razón suficiente para hacer responsable a un sujeto de ciertos daños y perjuicios ocasionados ha sido la culpa. De este modo para que surgiera una obligación de indemnizar, no sólo era necesario que con su conducta se hubiese causado un daño, sino que, además, debía concurrir determinados elementos relacionados con la conciencia del causante: un juicio de reproche, descuido o ligereza<sup>115</sup>. A este requisito de la culpa se dirigía la práctica de un juicio de valor, mediante la comparación entre lo que era una “conducta adecuada” ante determinadas situaciones de riesgo o peligro y la conducta efectivamente tenida por el agente al causar el daño. En la actualidad, tras un proceso evolutivo<sup>116</sup>, se ha cambiado la perspectiva: el juicio de valor se dirige no tanto al comportamiento del agente del daño, cuanto a las razones por la que la víctima haya de soportar el daño<sup>117</sup>.

El C.c., con carácter general, y sin perjuicio de algunos supuestos, exige un criterio subjetivo de imputación como presupuesto de la responsabilidad (arts. 1.902 y 1.101 C.c.). Tras estas consideraciones cabe plantearse si es necesario la concurrencia de un criterio subjetivo

<sup>115</sup> REGLERO CAMPOS, “Los sistemas de responsabilidad civil”, en *Tratado de responsabilidad civil* (coord. Reglero Campos), Navarra, 2003, pág. 181.

<sup>116</sup> A este proceso evolutivo se refiere expresamente la STS de 3 de diciembre de 1997 (RJ 1997/8722), y se analiza por DE ÁNGEL YAGÜEZ, “Artículo 1.902 Código civil”, en *Comentario del Código civil*, (coord. Sierra Gil de la Cuesta), t. 8, Madrid, 2000, págs. 339 y ss., y en “Tratado de responsabilidad civil”, cit., págs. 126 y ss.

<sup>117</sup> Existe una cierta relativización del criterio subjetivo de imputación en el derecho de daños. La doctrina a la vista de las decisiones jurisprudenciales sobre la materia no ha dudado en afirmar que la cuestión de la culpa es y ha sido irrelevante. “O bien se utiliza la expresión *culpa* para describir la “razón” por la que se responde, o bien se utiliza la cobertura de la culpa (o del caso) para justificar una decisión que se tomó en base a otro cualquier fundamento. En ningún caso la decisión sobre el fondo ha estado seriamente condicionada por una determinada concepción de los criterios de imputación”; así lo entiende CARRASCO PERERA, A., “Comentario al art. 1.101 del Código civil”, cit., pág. 587; en similar sentido, REGLERO CAMPOS, *op. cit.*, pág. 206.

para imputar a los administradores concursales la responsabilidad por el daño causado a la masa.

El art. 36 LC establece los supuestos de imputación de la responsabilidad con arreglo a las normas que rigen la responsabilidad civil, sin formular una responsabilidad especialmente adecuada –y más benigna que la ordinaria–. Luego, uno de los elementos o presupuestos que integran o desencadenan la responsabilidad de los administradores concursales es la culpa<sup>118</sup>; dicho de otro modo, el incumplimiento como presupuesto de la obligación de resarcir ha de contar además con la característica de culpabilidad<sup>119</sup>, representando

<sup>118</sup> Sobre el concepto de culpa y, en particular, sobre la concepción clásica de este término, *vid.*, SANTOS BRIZ, J., “La culpa en Derecho civil, ampliación actual de su concepto”, *RDP*, 1967, págs. 615 y ss., y DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Madrid, 1995, págs. 35 y ss.

<sup>119</sup> La conceptualización de la culpa puede abordarse desde distintos ángulos, adoptados por distintas corrientes doctrinales (sobre un estudio de la culpa en sus distintas acepciones *vid.*, muy especialmente, SANTOS BRIZ, J., “La culpa en Derecho civil”, cit., págs. 614 y ss.) hasta el punto de que se refleja de modo poco unitario en nuestro C.c. [cfr., a simple título ejemplificativo, los arts. 1.101 (donde se opone dolo y negligencia), 1.902 (que diferencia entre la culpa y la negligencia), 1.107 (en el que se opone dolo y buena fe)]. Tradicionalmente se han mantenido diferencias entre la llamada culpa extracontractual y culpa contractual. Pues bien, en el ámbito de la responsabilidad de los administradores societarios la doctrina unánimemente ha rechazado la responsabilidad objetiva de los administradores (así, entre otros, GIRÓN TENA, J., “La responsabilidad de los administradores...”, cit., pág. 209; GARRIGUES, J., en Garrigues, J./Uría, R., “Comentario...”, cit., II, pág. 189; QUIJANO GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, pág. 229). A juicio de la mejor doctrina la administración social es un órgano necesario para la existencia y continuidad de la sociedad, y sus titulares tienen una posición jurídica orgánica-contractual, por cuanto para llegar a serlo han de aceptar no sólo un cargo genérico sino los estatutos, objeto y circunstancias de la sociedad. Estas consideraciones en sede societaria son trasladables, al ámbito de la administración concursal (sobre las consideraciones expuestas, *vid.*, entre otros, CASTÁN TOBEÑAS, J., *op. cit.*, pág. 223; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil*, I-2, Barcelona, 1976, págs. 502; ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, II-1, Barcelona, 1980, págs. 170-171; SANTAMARÍA PASTOR, J., *Comentarios al Código Civil*, II, Madrid, 1958, págs. 130-131). A nuestro juicio, desde el momento de la aceptación del cargo de administrador concursal existe entre éste y la sociedad incurso en un procedimiento concursal una relación jurídica, por lo que el incumplimiento imputable y culpable lo será con culpa extracontractual.

ésta un presupuesto necesario tanto respecto de los actos ilegales como de los negligentes.

La exigencia de culpabilidad del administrador concursal para el surgimiento de su responsabilidad implica la voluntariedad de su conducta, de tal modo que quedarán excluidos tanto los supuestos en que falte tal voluntariedad, o se encuentre gravemente viciada, como los casos en que concurra acción, error sustancial, violencia, etc.<sup>120</sup>. Sin voluntariedad no hay culpabilidad y sin culpabilidad no hay responsabilidad. Consecuentemente para que nazca la responsabilidad de los administradores concursales no es suficiente que sus actos resulten lesivos para la masa, antes al contrario, pueden producirse pérdidas cuantiosas para ella por consecuencia de la gestión de aquéllos sin que resulten responsables<sup>121</sup>. Los administradores concursales únicamente serán responsables 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 los demás supuestos no surge su responsabilidad aunque se produzca un daño a la masa activa.

Partiendo de que la consideración doctrinal y jurisprudencial de la culpa no ha sido uniforme, creemos que la acción u omisión culposa de los titulares del órgano de administración concursal será aquella en la que se ha omitido la diligencia exigida en virtud de lo dispuesto en el art. 35.1 LC (es decir, la culpa de los administradores concursales consiste en la omisión de la diligencia de un ordenado administrador y de un representante leal), lo que no deja de ser un comportamiento culpable entendido en el sentido clásico de culpa como ausencia de

<sup>120</sup> Sobre las condiciones personales de imputabilidad objetiva, *vid.*, entre otros, DÍEZ-PICAZO, L., "Derecho de daños", cit., págs. 364-366; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, "Artículo 1.902 C.c.", cit., págs. 361 y ss.

<sup>121</sup> Como sabemos, junto con la responsabilidad por la culpa, se encuentra la llamada responsabilidad por el riesgo o más comúnmente llamada "responsabilidad objetiva", conforme a la cual responde del daño quien lo causa, con independencia de que haya tenido o no culpa de su producción. Debe indemnizar el daño causado por el solo hecho de haberlo originado. Conforme con esta teoría quien ha realizado la actividad productora del daño, ha asumido el riesgo y, por consecuencia, debe correr con sus consecuencias.

diligencia específica en función de la naturaleza de la diligencia (también reflejada en lo dispuesto en el art. 1.104 C.c.).

Ahora bien, cabría diferenciar según se trate de la culpa en incumplimiento de las prestaciones consistentes primordialmente en la aplicación de la diligencia debida<sup>122</sup> (que ha de ser valorada conforme a un criterio objetivo –por relación a la actuación de un "ordenado administrador" y "representante leal"– y a un criterio subjetivo –si en el caso determinado el administrador pudo prever o debió haber previsto las consecuencias dañinas de su acción u omisión–) de la culpa que se encuentra en la base de la prestación de resarcir como consecuencia de incumplimiento de prestaciones tipificadas<sup>123</sup> (donde el ejercicio sobre la actitud del agente tiene menos peso, y donde el elemento antijurídico es más relevante para determinar la obligación de resarcir daños). En este contexto, la culpabilidad se considera como un elemento de la antijuricidad, como un elemento reprochable de menosprecio hacia el ordenamiento jurídico, de tal modo que, a nuestro juicio, la culpa representa un criterio de imputación subjetiva de responsabilidad en todos los supuestos previstos legalmente<sup>124</sup>.

<sup>122</sup> El criterio objetivo de la medida de la diligencia exigible según un criterio abstracto implica que "es exigible según las circunstancias ...según el criterio objetivo ha de resolverse la cuestión de si el agente ha obrado con el cuidado, atención o perseverancia exigibles, con la reflexión necesaria y el sacrificio precisos ...no es decisivo al respecto la individualidad del agente, sino que las circunstancias determinarán la medida necesaria de diligencia y cautela"; *vid.*, SANTOS BRIZ, J., "La culpa en Derecho civil..." cit., pág. 617.

<sup>123</sup> Esta diferenciación y las consecuencias señaladas pueden encontrarse en POLO SÁNCHEZ, E., "Los administradores y el Consejo de Administración..." cit., págs. 280 y ss.

<sup>124</sup> Téngase en cuenta que la doctrina mercantilista que ha analizado estas consideraciones en la LSA advierten cómo algunos autores niegan que la culpa actúe como criterio de imputación de la responsabilidad en los tres supuestos que prevé el art. 133 LSA, y mantienen que mientras que aquella sí actúa como criterio de imputación de la responsabilidad en el último tipo de incumplimiento (actos realizados sin la diligencia debida), no juega como tal criterio de imputación de la responsabilidad cuando estemos frente a un acto "contrario a la ley" o "a los estatutos". La argumentación de quienes defienden esta postura se encuentra en considerar a estos dos supuestos como casos de responsabilidad objetiva, además de una responsabilidad profesional tipificada, donde la irrelevancia de la culpa queda sustituida por el simple incumplimiento.

Una vez probado el incumplimiento del administrador concursal en cualquiera de las modalidades contempladas legalmente (comportamiento contrario a la ley o conducta realizada sin la debida diligencia), corre a su cargo la carga de probar la exención de responsabilidad por causa no imputable; es decir, debe demostrar que la imposibilidad de ejecutar la acción debida en el marco de la obligación de resarcir no le es imputable<sup>125</sup>; dicho de otro modo, debe probar que el “incumplimiento material” en realidad deriva de un suceso imprevisible y/o inevitable (art. 1.104 en conexión con el art. 1.105 C.c.). Ahora bien, en la práctica procesal se diferencia claramente entre la prueba de la culpa en las prestaciones derivadas de la diligencia por un ordenado administrador y un representante leal, que son prestaciones de aplicar unos medios (prestaciones de medios), y las prestaciones tipificadas (nacidas de la ley) que son prestaciones que obligan a la obtención de un resultado (prestaciones de resultados). Mientras que en las primeras, el actor procesal deberá probar siempre la culpa de los administradores concursales, es decir, la no aplicación de diligencia debida, en las segundas, el actor probará que el resultado no ha sido obtenido, y de esa misma falta del resultado deseado se deduce la culpa del administrador concursal<sup>126</sup>.

<sup>125</sup> En este sentido, *vid.*, muy especialmente, DÍEZ-PICAZO, L., “Fundamentos...”, cit., pág. 727. Desde una perspectiva dogmática distinta *vid.*, CRISTÓBAL MONTES, A., *op. cit.*, pág. 127, quien critica la concepción de culpa como “presupuesto de responsabilidad” prefiriendo su consideración como “factor desencadenante de una circunstancia que habiendo provocado la imposibilidad de la prestación acarrea su transformación...”.

<sup>126</sup> Téngase en cuenta que en las prestaciones de resultados el incumplimiento se reflejará por la falta del resultado debido; así, DELGADO ECHEVERRÍA, J., *op. cit.*, pág. 238, estima que en las obligaciones de resultado la culpa se presume a partir del incumplimiento; al acreedor le bastará demostrar la obligación y la inejecución, el deudor, en cambio, deberá demostrar que actuó con diligencia.

#### 1.4. El daño: criterio distintivo de la acción civil por daños a la masa y por daños a intereses individuales

##### 1.4.1. Ideas previas

Otro de los presupuestos necesarios para la constatación de la existencia de la responsabilidad civil de los administradores concursales es la concurrencia de un daño<sup>127</sup> (al que le son aplicables los arts. 1.101 y 1.106 del C.c., al omitir el legislador concursal cualquier referencia al tipo o características). Se trata de un presupuesto *sine qua non* para la exigencia de dicha responsabilidad, porque aunque los administradores concursales hubieran incumplido con su deber de diligencia e incurrieran en cualquiera de las culpas recogidas en la Ley, si no se produce un daño, no nacería la posibilidad de exigirles responsabilidad, al margen de que su actuación pudiera tener otras consecuencias<sup>128</sup>. El daño es, pues, un elemento imprescindible, generador de la responsabilidad de los administradores concursales, como

<sup>127</sup> Conceptualmente el daño ha sido objeto de un amplio estudio en el Derecho civil común, aceptándose, en términos generales, que se trata de un menoscabo causado a un tercero; *vid.*, entre otros, DELGADO ECHEVERRÍA, J., *op. cit.*, pág. 279, quien describe al daño como “toda desventaja en los bienes jurídicos de una persona... un desequilibrio jurídico que la indemnización debe restablecer en todo o en parte”; LARENZ, K., *op. cit.*, pág. 193, define al daño como “menoscabo que a consecuencia de un acontecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio”; SANTOS BRIZ, J., “La culpa en Derecho civil...”, cit., págs. 614 y ss., resalta en su definición del daño el elemento de su antijuricidad; en concreto para este autor el daño es “todo menoscabo material o moral causado contraviniendo una norma jurídica”; para otras definiciones sobre el daño, puede verse, entre otros, DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., “Algunas previsiones...”, cit., págs. 234 y ss.; VINEY, G., *Les obligations. La responsabilité: conditions*, París, 1982, págs. 306 y ss.

<sup>128</sup> Así, por ejemplo, la pérdida del derecho de retribución de los administradores concursales conforme a lo que disponen los arts. 74.3, 117.1 ó 153.3 LC; o la separación del cargo conforme a los arts. 37 ó 153LC.

sucede con carácter general en cualquier supuesto de responsabilidad civil<sup>129</sup>. Es actualmente el motor de la responsabilidad<sup>130</sup>.

El daño ha de ser ilícito o antijurídico; dicho de otro modo, ha de estar conectado con una conducta de incumplimiento de los deberes de los administradores concursales. El poderoso principio de conservación de la masa activa no conlleva que cualquier disminución de ésta o pérdida de una expectativa de incremento, sea imputada a los administradores concursales, porque ellos no asumen ese riesgo, únicamente las consecuencias del incumplimiento de sus deberes, de su negligente comportamiento. Luego, para la exigencia de responsabilidad civil de los administradores concursales es necesario tener un elemento de antijuricidad (causado infringiendo alguna norma), de culpabilidad, y deberá existir una relación causal entre el incumplimiento y el daño<sup>131</sup>.

El art. 36 LC diferencia claramente la acción de responsabilidad civil por daños y perjuicios a la masa concursal (art. 36.1), de la acción de responsabilidad civil por daños y perjuicios al patrimonio individual de determinados sujetos. Las diferencias fundamentales entre ambas acciones son las relativas al patrimonio que resulta lesionado (y al modo en que lo es) y a las personas legitimadas para el ejercicio de dichas acciones.

<sup>129</sup> *Vid.*, por todos, SANTOS BRIZ, J., "La responsabilidad civil...", cit., pág. 143.

<sup>130</sup> VICENTE DOMINGO, "El daño", en *Tratado de responsabilidad civil* (coord. Reglero Campos), Navarra, 2003, pág. 220. El daño determina la perspectiva en que últimamente se viene estudiando la responsabilidad civil. Lo apreciamos, incluso formalmente, en el título de algunas destacadas obras en la materia; así, a título de ejemplo, *Derecho de daños* de ROCA TRÍAS y la obra homónima de DÍEZ-PICAZO.

<sup>131</sup> Cfr. la jurisprudencia, ya clásica, respecto de daños; en particular conviene resaltar las SSTs, ya clásicas en el tema, de 28-10-1963 -RJ 4226- (conforme a la cual "la obligación de indemnizar daños y perjuicios no es consecuencia de incumplimiento -contractual-, sino que para que nazca y sea exigible requiere que se demuestre la realidad de haberse producido aquéllos, correspondiendo la apreciación de su existencia al juzgador, sin que pueda derivarse la misma de supuestos meramente posibles") y de 26-6-1963 -RJ 3671- (donde nuestro alto tribunal establece que "para que surja el deber de indemnizar se requiere la existencia de un nexo causal entre el daño y el hecho que lo origina").

#### 1.4.2. El patrimonio dañado

La actuación de los administradores concursales puede producir daños y perjuicios<sup>132</sup>, en algunos casos, a la masa "activa"<sup>133</sup> del concurso y, en otros, a los patrimonios individuales de determinados sujetos (deudor, acreedores o terceros). Dependiendo del patrimonio que resulte dañado, se interpondrá una u otra acción, y el resarcimiento obtenido beneficiará al/los titular/es del patrimonio lesionado; es decir, se trata de dos cauces procesales independientes que no pueden confundirse. Ahora bien, es posible que la conducta lesiva de los administradores concursales lesione directamente el patrimonio del deudor o de cualquiera de los acreedores o terceros e indirectamente la masa concursal. En este caso, los sujetos lesionados podrán ejercitar la acción de responsabilidad en defensa de los intereses individuales sin tener que ejercitar la acción a que se refiere el art. 36.1 LC, e incluso presentar simultáneamente ambas acciones.

Para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil por daños a la masa "activa" del concurso es necesario que la actuación de los administradores concursales perjudique a cualquiera de los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración del concurso, así como los que se reintegren al mismo

<sup>132</sup> A falta de normas sobre la determinación de la cuantificación del daño en la LC debemos acudir a la norma correspondiente en el código civil que hace referencia a la expresión daños y perjuicios; en concreto al art. 1.106 y 1.107 de este texto normativo. En concreto, el primero de estos preceptos describe el daño emergente y el lucro cesante como componentes del resarcimiento del daño. Por su parte el art. 1.107 C.c. señala que en último caso la apreciación del daño indemnizable es una cuestión de hecho atribuida a la facultad discrecional del juzgador.

<sup>133</sup> Aunque el art. 36.1 LC no alude a la masa "activa" del concurso, así se deduce de la lectura conjunta del precepto. El art. 76 LC establece que constituyen la masa activa del concurso los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración del concurso así como los que se reintegren o se adquieran hasta la finalización del procedimiento. Consiguientemente, esos bienes y derechos son los que van a sufrir los daños derivados de los actos y omisiones de los administradores concursales contrarios a la Ley o realizados sin la diligencia debida.

o se adquirieran hasta la conclusión del procedimiento (art. 76.1 LC). En cambio, no será posible el ejercicio de esta acción cuando el daño irrogado por la actuación de los administradores concursales haya acaecido sobre los bienes del deudor legalmente inembargables (art. 76.2 LC), o sobre los bienes de propiedad ajena que, encontrándose en poder del concursado al tiempo de declararse el concurso, hubieran sido ocupados por la administración concursal pero deban de ser devueltos a los legítimos titulares, a solicitud de éstos (art. 80.1 LC)<sup>134</sup>.

Pero, ¿en qué consiste el daño o el perjuicio causado por los administradores concursales?<sup>135</sup>. Esencialmente, en lo mismo que el

<sup>134</sup> En estos casos no surge la responsabilidad por daños a la masa sino por daños al deudor o a terceros, respectivamente (art. 36.7 LC).

<sup>135</sup> Existe gran diversidad de matices que impiden una fórmula general que abarque el concepto de "daño". Así, se ha mantenido que el "daño es el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o patrimonio" (LARENZ, K., *op. cit.*, pág. 193). Desde una perspectiva contractual, a los efectos del art. 1.106 C.c., el daño se ha definido como la cifra de la *utilitas* que falta o la *utilitas* que se deja de obtener como consecuencia de la conducta ilícita del deudor [en este sentido, CARRASCO PERERA, A., "Comentario al art. 1.106 del Código civil", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. Albaladejo), t. XV, vol. 1º, Madrid, 1989, págs. 670 y ss.]. En el marco de la teoría de la diferencia, se ha definido el daño como "una efectiva disminución del patrimonio, consistente en la diferencia entre el valor actual de ese patrimonio y el que tendría si no se hubiese producido el hecho en que se funda la acción de indemnización (*id quod interest*)" (así, GARRIGUES, J., en Garrigues, J./Uría, R., "Comentario...", cit., II, pág. 162; concepto que ha sido acogido, entre otros, por DÍAZ ECHEGARAY, "La responsabilidad civil de los administradores...", cit., pág. 289). En otras ocasiones se ha definido el daño patrimonial como "el perjuicio concreto experimentado por la persona en su patrimonio, por la pérdida o el menoscabo de determinados bienes patrimoniales" (así lo entiende VICENTE DOMINGO, "El daño", cit., pág. 226; esta definición se debe a la denominada teoría del daño concreto, sobre la que hacen hincapié DÍEZ-PICAZO, L., "Derecho de daños", cit., págs. 312-314; VICENTE DOMINGO, "El daño", cit., págs. 226-227; SANTOS BRIZ, "La responsabilidad civil...", cit., págs. 149 y ss.). Otro sector doctrinal, representante de la denominada teoría del daño normativo, ha defendido que para que una lesión sea considerada técnicamente daño debe cumplir con los requisitos previamente fijados en la norma, establecidos en la ley (sobre esta teoría, *vid.* VICENTE DOMINGO, "El daño", cit., págs. 226-227).

causado por un tercero a la masa. No existe una noción legal de daño o perjuicio específica que distinga los causados por los administradores concursales respecto del concepto general de daños y perjuicios en la responsabilidad civil. Así, el daño causado sobre la masa puede consistir en la disminución del valor del activo (esto puede ocurrir, por ejemplo, cuando se pierda o deteriore algún elemento integrante de la masa como consecuencia de no haber adoptado los administradores concursales las medidas de conservación necesarias), en la falta de incremento del activo, o en un incremento menor del posible, (por ejemplo, cuando se omita el cobro de algún crédito o el ejercicio de una acción de reintegración de la masa; o cuando se vendan bienes de la masa a un precio inferior al que podría haberse obtenido) o en el incremento del pasivo (por ejemplo, cuando se contraigan indebidamente nuevas obligaciones de la masa; cuando se incluya un crédito en la lista con un importe superior al que corresponda, o cuando se reconozca un crédito como crédito concursal sin serlo –contracción de deudas injustificadas–)<sup>136</sup>.

El alcance del daño indemnizable por los administradores concursales a la masa se mide por lo dispuesto por el art. 1.106 C.c. que establece que "la indemnización de los daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor (...)". Es decir, al margen de las dificultades inherentes a la hora de precisar y acreditar la extensión del perjuicio en su aspecto de daño emergente<sup>137</sup> y lucro

<sup>136</sup> JUAN Y MATEO, F., *op. cit.*, pág. 731.

<sup>137</sup> El daño emergente comprende "las pérdidas efectivamente sufridas" (DÍEZ-PICAZO, L., "Derecho de daños", cit., pág. 323; por su parte la STS de 28 de noviembre de 1983 –RJ 1983/6681, habla de "pérdida efectivamente sufrida, efectiva y conocida"), la "real disminución del patrimonio" (*vid.*, en este último sentido, CARRASCO PERERA, "Comentario al art. 1.106 C.c.", cit., pág. 676 y ss.; DÍEZ-PICAZO, L., "Fundamentos...", cit., II, págs. 685-686).

cesante<sup>138</sup>, o la cuantificación económica del daño moral<sup>139</sup>, parece evidente, que todas esas categorías se encuentran comprendidas en la responsabilidad civil de los administradores concursales<sup>140</sup>.

Ahora bien, causado un daño por los administradores concursales, cabe preguntarse si existe algún factor que disminuya su obligación

<sup>138</sup> Por lucro cesante debemos entender el incremento del activo que la masa deja de obtener a resultas del incumplimiento de los administradores concursales. El término de lucro cesante es de muy difícil concreción (en este sentido, resultan muy reveladoras, las palabras de FISCHER, *Los daños civiles y su reparación*, Madrid, 1928, págs. 43, 44 y 45, a las que nos remitimos). Su estimación exige una operación intelectual que implica juicios de valor y que generalmente exige la reconstrucción hipotética de lo que podría haber ocurrido [en este sentido, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., "Comentarios a los arts. 1.106 y 1.107 C.c.", en *Comentarios al Código civil* (dirs. Paz-Ares Rodríguez/Díez-Picazo/Bercovitz Rodríguez-Cano, Salvador Coderch), II, Madrid, 1991, pág. 50]. La jurisprudencia ha usado un criterio muy restrictivo para enjuiciar la existencia de un lucro cesante indemnizable. Ha definido el lucro cesante o ganancias frustradas como "la posibilidad objetiva que resulte del decurso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso concreto, no bastando, por tanto, que se funden en meras esperanzas" (STS de 26 de junio de 1998 -RJ. 1998/5019-). En otra resolución se ha mantenido que "sólo cabe incluir en este concepto los beneficios ciertos, concretos y acreditados que el perjudicado debía haber percibido y no ha sido así" (STS de 5 de noviembre de 1998 -RJ 1998/8404). La definición del lucro cesante indemnizable como "la posibilidad objetiva de la obtención de lucro" se contiene en las SSTS de 23 de febrero de 1973 -RJ 1973/538-; 16 de mayo de 1969 -1969/2598-; 13 de julio de 1945 -RJ 1945/975-.

<sup>139</sup> El daño moral no tiene acogida en las normas que regulan específicamente la responsabilidad de los administradores concursales. Tampoco la tiene, con carácter general, en los art. 1.902 C.c., ni en los arts. 1.101 y 1.106 C.c. Sin embargo, la admisión del daño moral como indemnizable es tradicional en la jurisprudencia española desde la STS de 6 de diciembre de 1912. También la doctrina ha admitido que el daño moral debe indemnizarse (así, entre otros, *vid.* PANTALEÓN PRIETO, F., "Comentario al art. 1.902 C.c.", cit., pág. 1992; SANTOS BRIZ, J., "La responsabilidad civil...", cit., págs. 162 y ss.; DÍEZ-PICAZO, L., "Derecho de daños", cit., pág. 324; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, "Artículo al art. 1.902 C.c.", cit., pág. 389 y ss). Sobre los daños morales contractuales *vid.* DÍEZ-PICAZO, L., "Fundamentos...", II, cit., págs. 687-688; IZQUIERDO TOLSADA, M., *op. cit.*, págs. 228-230.

<sup>140</sup> Un criterio de delimitación del daño indemnizable por los administradores concursales a la masa lo constituye el contenido del art. 1.107 C.c., que distingue según el deudor, en nuestro caso el administrador concursal, sea de buena fe (según CARRASCO PERERA, A., "Comentario al art. 1.106 C.c.", cit., pág. 724, el deudor de buena fe es el que incumple por negligencia y el que asumió el caso fortuito) o doloso. El dolo intensifica la responsabilidad del administrador concursal.

resarcitoria. Entre los factores que, en general disminuyen esa obligación<sup>141</sup>, nos interesa conocer si la masa debe deducir del daño resarcible las ventajas que los administradores concursales les ha reportado. Esta materia de las compensación de las pérdidas con las utilidades, tradicionalmente expuesta bajo la clásica aporía "*compensatio lucri cum damno*"<sup>142</sup>, presenta algunos perfiles específicos en los daños causados por los administradores concursales a la masa.

En general, se admite la compensación de las ventajas o utilidades obtenidas por el perjudicado, en nuestro caso, la masa activa del concurso, con los daños sufridos, en los supuestos en que esos daños y lucros tengan un origen común y estén causalmente conectados<sup>143</sup>. Bajo este planteamiento subyace el principio de que el daño real efectivamente sufrido debe indemnizarse íntegramente y, consiguientemente, el perjudicado no puede enriquecerse a resultas del daño. La compensación de los lucros con los daños viene por la vía de la liquidación neta del daño. Deben ser los Tribunales quienes, mediante una operación implícita o explícita, calculen el importe neto del daño, una vez deducidas las partidas de los lucros obtenidos de ese mismo acto dañoso.

Concretamente, con relación a los administradores concursales, la "*compensatio lucri cum damno*" se plantea respecto de los daños causados por éstos a la masa por un comportamiento ilícito y las ventajas que éstos le reportan con otros comportamientos suyos, ya sean del mismo tipo de los inicialmente dañosos, ya sean de otro distinto. También puede plantearse una cuestión semejante respecto de los daños causados por un comportamiento puntual de los administradores

<sup>141</sup> En general, sobre las deducciones del daño resarcible, *vid.* CARRASCO PERERA, A., "Comentario al art. 1.106 C.c.", cit., págs. 689 y ss.

<sup>142</sup> CARRASCO PERERA, A., "Comentario al art. 1.106 C.c.", cit., pág. 689. Esta compensación se admite por un importante sector de la doctrina; *vid.*, entre otros, DÍEZ-PICAZO, L., "Derecho de daños", cit., pág. 319; SANTOS BRIZ, J., "La responsabilidad civil...", I, cit., págs. 275 y ss.; VICENTE DOMINGO, "El daño", cit., págs. 282-284. Por su parte, IZQUIERDO TOLSADA, M., *op. cit.*, pág. 498, se muestra crítico con la regla de la compensación de los lucros con los daños causados.

<sup>143</sup> En este sentido, *vid.*, entre otros, DÍEZ-PICAZO, L., "Derecho de daños", cit., pág. 320; VICENTE DOMINGO, "El daño...", cit., pág. 263.

concuriales y las ventajas que éstos, en el desempeño de su cargo, han reportado a la masa, considerado como en su totalidad.

A nuestro juicio, las ventajas que la masa obtiene son consecuencia del ejercicio de su cargo por los administradores concursales y, por tanto, debidas por éstos. En este supuesto, la compensación no procede porque las ventajas obtenidas por la masa son debidas por los administradores concursales, que tienen por obligación la gestión y defensa de los intereses del concurso<sup>144</sup>. Las ventajas pertenecen *iure proprio* a la masa. Los administradores concursales no actúan para sí, sino en cumplimiento de la obligación que han asumido de actuar en defensa de los intereses del concurso

Al margen de la cuestión anterior, es posible que el derecho de crédito de la masa a obtener una indemnización sea compensable, en sentido técnico, con otra deuda que ésta tuviera recíprocamente con sus administradores concursales<sup>145</sup>. En el caso de que los administradores sean condenados por los actos y omisiones causados a la masa concursal estarán obligados a indemnizar en los términos fijados en la sentencia. Si los administradores concursales son condenados durante el concurso, la indemnización consistirá en un crédito a favor de la masa, que podrá compensarse, si se cumplen los presupuestos del art. 1.196 C.c., con los créditos contra la masa de los que aquéllos fueran titulares<sup>146</sup>, pero no con los créditos concursales de que fueran titulares los administradores concursales acreedores. En cambio, si la condena se produce una vez concluido el concurso, la indemnización será un crédito del deudor, cuyo nacimiento significa la reapertura del concurso por aparición de nuevos bienes y derechos (arts. 178 y ss. LC).

En cualquier caso, por la índole propia de la actividad de los administradores concursales, los daños causados a la masa pueden ser cuantiosos; señaladamente, aquellos daños causados por los actos y omisiones contrarios a Ley o realizados sin la debida diligencia. La

<sup>144</sup> En este sentido, con carácter general, CARRASCO PERERA, A., "Comentario al art. 1.106 C.c.", cit., pág. 693.

<sup>145</sup> En estos casos, se aplicará el régimen jurídico del instituto de la compensación, previsto en el art. 1.195 y ss. C.c.

<sup>146</sup> Por ejemplo el crédito a la retribución a que se refiere el art. 34.1 LC.

enorme cuantía del daño tiene tres efectos perniciosos para la función de la responsabilidad civil de los administradores concursales. Primero, el patrimonio de éstos puede ser insuficiente para satisfacer el montante total de la indemnización impuesta (art. 1.911 C.c.). Se relativiza, pues, la función compensatoria que tiene la institución de la responsabilidad civil. Segundo, y consecuencia del efecto anterior, la exposición de los administradores concursales a indemnizaciones de enorme cuantía es un factor que disuade a las personas más preparadas a asumir ese cargo. Tercero, puede conducir a un ineficiente conservadurismo de los administradores concursales en el desempeño de sus funciones. Por estas circunstancias, la enorme cuantía de los daños que la masa puede sufrir a consecuencia del comportamiento antijurídico de los administradores concursales, debe llevar a los tribunales a hacer uso de sus facultades moderadoras, mediante los criterios orientativos previstos en el art. 1.103 y 1.107 C.c.

El daño o perjuicio ocasionado con la actuación de los administradores concursales tiene que ser probado, sin que quepa alegar daños hipotéticos, ni producidos sin prueba de la posibilidad de su realización. La falta del daño o, más exactamente, de su prueba, representará motivo de desestimación de la demanda y, consecuentemente, de los eventuales recursos de apelación y casación. No se puede dejar para ejecución de sentencia la prueba de su existencia, sólo su cuantificación.

### 1.5. El nexo causal

El último presupuesto para que derive la responsabilidad de los administradores concursales es la existencia de un nexo causal entre sus actos y omisiones —contrarios a la ley, realizados sin la debida diligencia— y el daño causado a la masa. Luego, no es suficiente el acto ilícito de los administradores concursales, ni la producción de un daño a la masa concursal, sino que es necesario que el segundo sea consecuencia del primero, que exista entre uno y otro una relación de causa a efecto. Dicho de otro modo, para que surja la obligación de reparación de los administradores concursales su actuación debe

ser la causa de producción del resultado dañoso<sup>147</sup>; es decir, la acción u omisión de los administradores concursales y el daño han de estar causalmente relacionados<sup>148</sup>.

Los problemas inherentes a este requisito se agudizan por el ámbito en que se desarrolla la tarea de administración concursal: un entorno afectado por multitud de factores condicionantes y muy cambiantes, al margen de la propia conducta de los administradores concursales. Como se ha apuntado, en ocasiones, la relación de causalidad puede manifestarse de forma directa y clara (p.ej., si el administrador se apropia de cantidades pertenecientes a la masa concursal), pero en otros supuestos, se complica, ocasionándose toda una concatenación de acontecimientos. Muy frecuentemente va a resultar difícil referir el daño a un único acto siendo lo usual que concurren diversas causas en su producción. Nos encontramos ante una pluralidad de cursos causales que son relevantes materialmente para la producción del daño. Concretamente, existe una relación de causalidad entre la conducta de los administradores concursales y el daño producido; pero habrá que valorar todos los hechos antecedentes a la luz del criterio de la causalidad adecuada para imputar objetivamente ese daño a los administradores concursales y concluir que será imputable objetivamente el daño a la conducta de éstos cuando de ella quepa esperar, *a priori* y según criterios de razonable seguridad o de verosimilitud estadística, la producción de ese daño.

<sup>147</sup> Nuestra jurisprudencia se ha pronunciado reiteradamente respecto de que exista relación de causalidad en toda relación de responsabilidad civil [*vid.*, SSTS de 3-04-1990 (RJ 1990/2690), 13-02-1990 (RJ 1990/681), 20-12-2002 (RJ 2003/228)].

<sup>148</sup> Este presupuesto de la relación de causalidad lo es también con carácter general. Tanto el art. 1.101 C.c. como el art. 1.902 C.c. se refieren expresamente a este presupuesto. Incluso este último lo hace con reiteración: "el que por acción u omisión *causa* daño a otro (...) está obligado a reparar el daño *causado*" (la cursiva es nuestra). Según un sector de la doctrina, esta doble referencia patentiza el doble problema que plantea la causa en la responsabilidad civil: de un lado, la conexión de un determinado hecho del agente con el daño y, a la inversa, la conexión de los daños producidos con la conducta de un agente. Cada problema surge de la perspectiva que adoptemos al estudiar el problema de la causa: el de la conducta del agente o el del daño producido; en este sentido, DÍEZ-PICAZO, L., "Derecho de daños", cit., pág. 332.

Este hecho se puede complicar ante la posibilidad de que se produzca la concurrencia de la actuación de los administradores concursales con otros hechos externos (v. gr. conducta del deudor antes de la declaración del concurso, actuación de los administradores concursales anteriores, etc.) y por la pluralidad de intervinientes en la tarea de administración concursal. A ello habría de añadir los casos en los que estos hechos vienen a agravar las consecuencias dañosas<sup>149</sup>.

En primer lugar, en los casos en que se produzcan acontecimientos concurrentes a la actividad o conducta de los administradores concursales hay que valorarlos a la luz de los criterios que excluyen la imputabilidad objetiva. Así, nos podremos servir del criterio del riesgo general de la vida, que en nuestro caso podemos especificar en el riesgo general del ámbito en el que se mueve la masa concursal, para excluir la imputación objetiva cuando la conducta de los administradores concursales no es suficiente para provocar el daño producido o en las dimensiones en que se ha producido, porque éste se debe, más bien, a otras concretas circunstancias. En definitiva, este criterio de exclusión de la imputación objetiva no deja de ser una concreta aplicación del principio de causalidad en determinadas situaciones.

La perspectiva de la imputación causal, nos arroja luz sobre la exclusión de la responsabilidad de los administradores concursales cuando la masa concursal ha sufrido pérdidas. En esos casos, antes de decidir si los administradores concursales han actuado dolosa o culposamente hay que valorar si, de entre todos los antecedentes que intervinieron en la producción de las pérdidas, la conducta de los administradores concursales era adecuada para producir ese resultado dañoso. En el caso de que se verifique la adecuación de la actividad de los administradores concursales para la producción del daño, se imputa objetivamente el resultado a éstos. Es decir, los administradores concursales han causado el daño, las pérdidas de la masa. Corresponde entonces decidir sobre la concurrencia de dolo o culpa en los administradores concursales causantes del daño. Con esta finalidad, habrá que preguntarse si pudieron éstos prever las consecuencias dañosas de su conducta omisiva y si, siendo previsibles esas

<sup>149</sup> Sobre este particular *vid.* SANTOS BRITZ, J., "La responsabilidad civil...", cit., págs. 223 y ss, y 263 y ss.



consecuencias, no pusieron los medios de que disponían para evitar el daño (art. 1.105 C.c.).

En segundo lugar, y a primera vista, podrían resultar dudas para imputar objetivamente un resultado dañoso en los casos en que la administración concursal esté compuesta por más de un miembro. El art. 36.2 LC no ha mostrado dudas al mantener el régimen de la solidaridad en la responsabilidad de los administradores concursales tanto en los que casos en que las funciones de ese órgano se ejerzan de forma colegiada (art. 35.2.I LC), como en los que se desarrollen de forma mancomunada (art. 35.2.II LC).

En el primer caso, los administradores concursales actúan mediante la adopción de acuerdos. Puede ocurrir que alguno de esos acuerdos sea una de las condiciones *sine qua non* de un daño. Valorado que el acuerdo es causa adecuada para producir el daño, puede imputarse objetivamente el hecho dañoso, *a limine*, a quienes participaron en la adopción de ese acuerdo, porque todos ellos actuaron conjuntamente para la aprobación de un acuerdo que causó un daño a la masa. Esta afirmación no plantea duda alguna en el supuesto de que el acuerdo haya sido adoptado por unanimidad por todos los miembros del órgano de administración concursal. Se imputa causalmente a todos ellos el resultado dañoso. Pero puede suceder que algún administrador concursal pruebe que, no habiendo intervenido en la adopción del acuerdo lesivo, desconocía su existencia o, conociéndola, hizo todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opuso expresamente a aquél (art. 36.2 LC), lo que representan situaciones singulares desde el punto de vista de la imputación causal.

En el segundo supuesto, en que las funciones del órgano de administración concursal se desarrollan de forma mancomunada, nos encontramos ante un supuesto de coautoría, que impone que se les impute objetivamente el hecho dañoso a los dos administradores concursales. Determinada esa imputación objetiva, cabe atribuir a cada uno de ellos una participación concreta o un aspecto concreto del daño, aunque ello no tendrá repercusión sobre el régimen de responsabilidad solidaria a que se refiere el art. 36.2 LC.

Otro de los problemas que se plantea en este ámbito de la relación de causalidad como presupuesto de la responsabilidad civil de los ad-

ministradores concursales por daños a la masa es, desde la perspectiva de los daños producidos, el de la determinación de esos daños de los que deben responder aquéllos. En suma, hay que preguntarse acerca de las consecuencias de las que deben responder los administradores concursales. La LC no hace una referencia explícita al problema de la causalidad de la acción u omisión de los administradores concursales, y, por ello, para dilucidar esta cuestión habremos de remitirnos a las normas de aplicación subsidiaria contenidas en el C.c., en particular en su art. 1.107 C.c.<sup>150</sup>, que además de hacer referencia a la previsibilidad de los daños, también se refiere a la causalidad: daños que sean "*consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento*"<sup>151</sup>. La extensión del daño se une con la causa de imputación: para los deudores de buena fe (los administradores concursales negligentes), la responsabilidad se limita a los daños y perjuicios "*previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación*", y, en caso de dolo a "*todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento*"<sup>152</sup>.

<sup>150</sup> Sobre la aplicación de los principios generales del Derecho civil en materia de responsabilidad de los administradores sociales y sus problemas resulta especialmente interesante, en sede concursal, tener presente las obras de SÁNCHEZ CALERO, F., "Supuestos de responsabilidad de los administradores...", cit., pág. 916; ALONSO UREBA, A., "Presupuestos de la responsabilidad social...", cit., págs. 687-688; QUIJANO GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, págs. 230-231.

<sup>151</sup> Para una amplia recopilación de la doctrina jurisprudencial sobre esta norma *vid.* GARRIGUES, G., en Garrigues, G./Uría, R., "Comentario...", cit., II, pág. 163. Entre las diferentes teorías que tratan de explicar la relación causal entre el acto culposo y el daño se destacan la de la equivalencia de las condiciones y la de la adecuación. Conforme con la primera, se considera como "causa" toda condición que ha contribuido al resultado, de forma que éste no se hubiera producido si la condición no se hubiera dado. Los defensores de esta postura estiman que la condición debe representar una *conditio sine qua non* para la producción del resultado dañoso. Conforme a la segunda teoría, lo único a tener en cuenta es la aptitud general de la causa para la producción de consecuencias de la clase dada. Para esta doctrina la cuestión a resolver consiste en determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos o si, por el contrario, queda fuera de este posible cálculo; *vid.*, sobre estas cuestiones, entre otros, SANTOS BRITZ, J., "La responsabilidad civil...", cit., pág. 212 y ss.; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., *Responsabilidad civil*, Bilbao, 1988, pág. 243 y ss.

<sup>152</sup> GARRIGUES, J., en Garrigues, J./Uría, R., "Comentario...", cit., II, págs. 163 y 166; FONT RIBAS, "La asegurabilidad de la responsabilidad de los admi-

El Juzgador deberá tener presente todas esas circunstancias y tendrá que ponderar los diferentes factores intervinientes, actos de los administradores y hechos externos, y resolver teniendo en cuenta que conforme al art. 1.107 C.c. los administradores concursales responderán únicamente del daño que sea “*consecuencia necesaria*” de su actuación, salvo que medie dolo, en cuyo caso se agravará la responsabilidad y responderán de los que “*conocidamente se derivan*” de aquélla<sup>153</sup>. El juez deberá de tener en cuenta estos factores y el peso y la influencia de la propia conducta de los administradores concursales a la hora de moderar el *quantum* indemnizatorio. Se trata de una tarea ardua y difícil, que debe llevarse a cabo atendiendo al caso concreto, para lo que es muy difícil señalar reglas generales; es decir, únicamente ponderando un caso concreto puede conocerse qué daños son “*consecuencia necesaria*” o en su caso, “*conocidamente se derivan*” de la actuación de los administradores concursales<sup>154</sup>.

nistradores de sociedades”, en AA.VV. *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital* (coord. Galán Corona, E. y García-Cruces González, J.A.), Madrid, 1999, pág. 113.

<sup>153</sup> En este mismo sentido DÍAZ ECHEGARAY, J.L. “Deberes y Responsabilidades de los Administradores...”, cit., pág. 2004, respecto de la responsabilidad de los administradores de sociedades anónimas.

<sup>154</sup> Un supuesto de concurrencia de culpas sería aquel administrador concursal de reciente elección que no denuncia e intenta remediar en lo posible las irregularidades cometidas por los que le han precedido en el cargo. En este supuesto, la responsabilidad del nuevo administrador concursal tiene su origen en la violación de los deberes de diligencia y vigilancia de los anteriores administradores. Esta responsabilidad no desaparece por la simple dimisión del nuevo administrador entrante, resultando necesaria la denuncia y una actuación adecuada para evitar o, al menos, aminorar en lo posible los daños causados (sobre la hipótesis planteada, en sede societaria, vid. BONELLI, F., “La responsabilità degli amministratori di s.p.a.: giurisprudenza attuale e prospettive”, *Giur. Comm.*, I, 1986, págs. 58 y ss). Una hipótesis distinta de concurrencia de culpas es aquella que se produce cuando iniciado el hecho lesivo por los administradores concursales salientes, al mismo vienen a unirse nuevas acciones u omisiones perjudiciales de los administradores entrantes. La cuestión habrá de ser resuelta mediante una valoración del supuesto de hecho para determinar la causa real del daño. Los administradores concursales posteriores no responden de los daños producidos por los anteriores, pero si iniciada una serie causal por administradores anteriores, a ella se viene a añadir otra en virtud de la acción o de la omisión de la diligencia exigida por parte de los administradores sucesivos, la responsabilidad puede alcanzar a todos los administradores.

## 2. LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA EN EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO

### 2.1. Determinación de la culpabilidad

La existencia de un órgano pluripersonal de administración concursal plantea el problema de cómo debe acomodarse el principio de culpa personal, como presupuesto de la responsabilidad, y el carácter colectivo del órgano, dificultando la determinación de la culpabilidad<sup>155</sup>. Pues bien, una de las novedades introducidas por la LC es el reconocimiento legislativo de la responsabilidad solidaria de la administración concursal en los apdos. 2º y 3º del art. 36 LC<sup>156</sup>. Este precepto será de aplicación, lógicamente, siempre que la administración concursal sea pluripersonal, tanto en el supuesto en que el órgano esté integrado por tres personas y actúe colegiadamente (art. 35.2 LC), en cuyo caso ejercerán sus funciones previa adopción de

<sup>155</sup> En estos casos cabe preguntarse, en primer lugar, si es preciso acreditar la culpabilidad de todos y cada uno de los administradores concursales que hayan participado en el comportamiento culpable o si es suficiente con demostrar la culpa del órgano en su conjunto y, en segundo término, cómo responderán, es decir, si lo harán de forma mancomunada o solidaria. El presupuesto del que se parte para la imputación de la responsabilidad solidaria es la existencia de una pluralidad de personas en el órgano de administración concursal (en cuyo caso el ejercicio lo es de forma colegiada) o sólo dos de ellos (actuación mancomunada de los administradores). Quedan fuera de este presupuesto el caso de administrador único (art. 27.2.3ª LC), ya que faltaría el requisito antes citado

<sup>156</sup> La responsabilidad solidaria de los síndicos, aparecía ya en el Anteproyecto de Ley Concurso de acreedores de 1959. Posteriormente, la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal (art. 41.2) se refiere expresamente a la responsabilidad solidaria de los síndicos e interventores. Con la regla de la solidaridad nuestro legislador concursal se separa, en este punto, de la regla general contraria, impuesta en el art. 1.137 C.c. La jurisprudencia ha jugado un papel decisivo en el sentido de establecer la solidaridad en los supuestos de indemnización de daños extracontractuales en los que respondan varios sujetos, sin que sea posible cuantificar el grado de participación de cada uno de ellos en la causación del daño; cfr. SSTS de 28-05-1990 (RJ. 1990/4091); 17-12-1990 (RJ. 1990/7977); 19-05-1993 (RJ. 1993/3803); 1-03-1996 (RJ. 1996/1988); 17-10-1996 (RJ. 1996/7115); 12-12-1996 (RJ. 1996/8976); 3-09-1997 (RJ. 1997/6382); 18-12-1997 (RJ. 1997/9102); 29-06-1998 (RJ. 1998/5284); 6-03-1999 (RJ. 1999/2246); 26-07-2000 (RJ. 2000/9178).

acuerdos con arreglo al principio de mayoría<sup>157</sup> (en estas situaciones el voto afirmativo de dos administradores da validez al acuerdo o proposición de la administración concursal), como en el caso extraordinario en que dos administradores concursales actúen mancomunadamente (art. 35.3 LC)<sup>158</sup>, quedando al margen de esta norma el supuesto de administración concursal unipersonal (arts. 27.2-3º y 191.2 LC).

De este modo el legislador establece una presunción de culpa de todos y cada uno de los administradores concursales<sup>159</sup>; supone que todos ellos han concurrido a la realización del acto o acuerdo lesivo, lo que deberá ser desvirtuado por aquel que pretenda demostrar no haber intervenido (art. 36.2 LC)<sup>160</sup>. Luego, de un lado, conforme con

<sup>157</sup> A falta de otra indicación al respecto, esta mayoría habrá de ser absoluta. Luego, para que la propuesta sometida a votación sea aprobada, los votos a favor deberán ser más que los votos en contra, las abstenciones y los votos nulos. Al estar integrado el órgano de administración concursal, como regla general, de tres miembros, serán necesarios los votos favorables de, al menos, dos administradores concursales.

<sup>158</sup> El legislador consciente del funcionamiento perturbador que en ocasiones se esconde tras el principio de mayoría (sobre todo en un ámbito tan especializado como el concursal, donde los administradores concursales pueden no contar con los conocimientos técnicos precisos para emitir su voto en un sentido u otro), ha relativizado la regla del “dos contra uno”, disponiendo que, en caso de no poder adoptarse un acuerdo decidirá el juez sin ulterior recurso ni posibilidad de interponer incidente concursal.

<sup>159</sup> RODRÍGUEZ-ARTIGAS, F./QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Los órganos de la sociedad anónima: junta general y administradores”, en *El nuevo Derecho de las sociedades de capital* (dir. Quintana Carlo, I.), Zaragoza, 1989, pág. 145; POLO SÁNCHEZ, E., *op. cit.*, págs. 300-301; ARANGUREN URRIZA, F. J., “Los órganos de la sociedad anónima: II. Los administradores de la sociedad anónima”, en *Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación* (dir. Garrido de Palma/Sánchez González/Aranguren Urriza/Martínez Fernández/Gardeazabal del Río), Madrid, 1990, pág. 495; GARRETA SUCH, J. M., *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de sociedades*, Madrid, 1991, pág. 85; DÍAZ ECHEGARAY, J. L., “Deberes y Responsabilidad de los Administradores...”, *cit.*, págs. 243-244.

<sup>160</sup> *Vid.*, sobre este particular en sede societaria, respecto de la responsabilidad solidaria del órgano de administración a que se refiere el art. 133 LSA, SÁNCHEZ CALERO, F., “Supuestos de responsabilidad de los administradores...”, *cit.*, pág. 145. Téngase en cuenta que con el art. 36 LC se ha realizado una inversión de la carga de la prueba. No hay solidaridad en el nacimiento de la responsabilidad, sino presunción de culpa colectiva; *vid.*, en esta línea POLO SÁNCHEZ, E., *op. cit.*, pág. 300; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F./QUIJANO GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, pág. 145;

el art. 1.137 C.c. los deudores responsables, en nuestro caso, los administradores concursales, tienen, por sí sólo y de forma individual, el deber de cumplir íntegramente la prestación, objeto de la relación obligatoria, en nuestro caso, la reparación del daño causado. De otro lado, de conformidad con los principios generales sobre la solidaridad pasiva, en el plano externo el actor de la acción de responsabilidad por daños a la masa puede dirigirse contra cualquiera, varios o todos los administradores concursales, tanto simultánea como sucesivamente (*ius variandi*), hasta lograr la satisfacción o reparación total del perjuicio causado (art. 1.144 C.c.), puesto que cada uno de los administradores concursales responderán del total de la deuda indemnizatoria<sup>161</sup>, al margen de que en el plano interno, el administrador concursal que haya pagado podrá reclamar a los otros la parte que corresponda a

GARRETA SUCH, J. M., “La responsabilidad civil...”, *cit.*, pág. 85; LOJENDIO OSBORNE, I., “Delimitación de competencias entre los órganos de la sociedad anónima y modificación de balance”, *RDM*, 1976, pág. 284; DÍAZ ECHEGARAY, J. L., “Deberes y Responsabilidad de los Administradores...”, *cit.*, pág. 95; ALONSO UREBA, A., “Presupuestos de la responsabilidad social...”, *cit.*, pág. 691, quienes resaltan que la solidaridad implica la presunción de culpa de todos y cada uno de los administradores y supone, por tanto, una inversión de la carga de la prueba respecto de dicho presupuesto de responsabilidad.

<sup>161</sup> Es decir, para conocer las consecuencias que deben extraerse de la solidaridad establecida en el art. 36.2 LC hay que acudir al C.c. que dedica a este tipo de obligaciones los arts. 1.137 y 1.144 y ss. Tales normas, en cuanto regulan la solidaridad de los deudores, habrán de ser aplicadas a los administradores concursales que resulten responsables. Por aplicación de la normas sobre solidaridad pasiva, cada uno de los administradores concursales responderá del total importe de la indemnización acordada como compensación por el daño causado. Con ello se logra la mejor defensa de los intereses de la sociedad. Téngase en cuenta, además, que conforme dispone el art. 1.144 C.c. las reclamaciones entabladas contra uno no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte cobrada la deuda por completo [cfr. SSTS de 22-09-1986 (RJ 1986/4781); 19-01-1988 (RJ. 1988/126); 20-06-1994 (RJ. 6025)]. Como es obvio, el pago realizado por uno de los administradores del total de la indemnización acordada extingue la obligación de todos ellos por aplicación del párrafo 1º del art. 1.145 C.c. [cfr. STS de 27-02-1997 (RJ. 1997/1333)]. Ahora bien, en el plano de las relaciones internas entre los administradores concursales responsables, conforme se deduce del art. 1.145 C.c., aquel que haya satisfecho el importe de la indemnización podrá reclamar de los restantes la parte que a cada uno corresponda, más los intereses del anticipo. La falta de cumplimiento de la obligación por la insolvencia por cualquiera de los responsables será suplida a prorrata por los restantes.

cada uno, con los intereses del anticipo –art. 1.145 C.c.– (derecho o acción de regreso).

Consecuentemente, el administrador concursal que hizo el pago no podrá dirigirse contra aquellos otros administradores concursales en quienes no concurriera la culpa, porque el daño no le es imputable y, por consiguiente, no pueden considerarse codeudores solidarios de la obligación nacida del daño. El administrador concursal contra quien se ejercita podrá probar que no actuó de forma contraria a ley o sin la debida diligencia, ora mediante la prueba de alguna de las causas de exoneración previstas en el art. 36.2 LC, ora mediante la prueba de cualesquiera otros hechos indicativos de su actuar no culposo. Por tanto, el administrador concursal que pagó podrá ejercitar la acción de regreso contra cualquiera de los otros administradores concursales responsables y, por ende, codeudores solidarios, a quienes el daño les es imputable por concurrir en ellos los presupuestos de la responsabilidad (art. 36.1 LC).

El administrador concursal que hizo el pago sólo podrá dirigirse contra cada uno de los codeudores solidarios “por la parte que a cada uno corresponda”. Creemos que esta parte habrá de determinarse según el grado de participación que cada uno de los administradores concursales haya tenido en la realización del acto o en la adopción del acuerdo lesivo (art. 1103 C.c.). O por el grado de culpabilidad con que actuaron cada uno de los administradores concursales responsables (arts. 1103 y 1107 C.c.).

Con este sistema se facilita al actor el ejercicio de la acción de responsabilidad al evitar que tengan que probar la culpa de todos y cada uno de los administradores concursales<sup>162</sup>. No obstante, no estamos

<sup>162</sup> Dicho de otro modo, la solidaridad en la culpa que establece el art. 36 LC no supone una inversión en la carga de la prueba en el sentido de que quien ejercita la acción no tenga que probar la existencia de culpa, sino que demostrada la de la administración concursal en su conjunto, no tiene que acreditar, además, la culpa de cada administrador, sino que se presume; en el mismo sentido, SÁNCHEZ CALERO, F., “Supuestos de responsabilidad de los administradores...”, cit., pág. 923; ARANGUREN URRIZA, F. J., “Los órganos de la sociedad anónima...”, pág. 522; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F./QUIJANO GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, pág. 145; QUIJANO GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, pág. 250; DÍAZ ECHEGARAY, J. L., “Deberes y Responsabilidad de los Administradores...”, cit., pág. 241.

queriendo decir con ello que el sistema de responsabilidad solidaria suponga atribuir responsabilidad colectiva al órgano de administración concursal, ya que la responsabilidad dimanante es personal de cada miembro que ha actuado sin la diligencia debida, ocasionando el daño<sup>163</sup>, pues cualquiera de ellos puede exonerarse de su responsabilidad si cumple los requisitos legales previstos en el art. 36.2 LC.

## 2.2. La carga de la prueba

Todos los presupuestos de responsabilidad que hemos apuntado (el daño, la culpa y el nexo causal) deben concurrir para que surja la responsabilidad de los administradores concursales. Estos presupuestos deben ser probados en el proceso por quien los alegue de tal modo que permita acreditar, para que pueda declararse la responsabilidad de aquéllos, que la masa concursal ha sufrido un daño y que éste ha sido consecuencia del acto u omisión lesivo de los administradores. Los problemas pueden surgir sobre todo a la hora de acreditar que los administradores concursales han actuado sin la debida diligencia, ya que la prueba de los actos y omisiones contrarios a la ley no encontrarán más inconvenientes que los habituales en los procesos sobre reclamación de responsabilidad.

Hasta la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, la norma general sobre la carga de la prueba de las obligaciones era el art. 1.214 C.c.<sup>164</sup>, que la imponía al que reclamaba su cumplimiento<sup>165</sup>. Actualmente, el art. 217 de esta Ley es el encargado de regular la

<sup>163</sup> Así, entre otros, en sede societaria, GARRIGUES, J., en Garrigues, J./Uría, R., “Comentario...”, cit., II, pág. 170; POLO DÍEZ, A., *Ante una nueva reforma de la Sociedad Anónima*, Barcelona, 1965, pág. 176; RUBIO, J., *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1974, pág. 295; GARRETA SUCH, J. M., “La responsabilidad de los administradores...”, cit., pág. 60; DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C./UREÑA MARTÍNEZ, M., *op. cit.*, pág. 337.

<sup>164</sup> Esta norma ha sido derogada por la Disposición Derogatoria única, párrafo segundo, núm. 1, de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil.

<sup>165</sup> Conforme con este precepto la carga de la prueba de todos los presupuestos de responsabilidad de los administradores concursales correspondería a quien pretendiese ejercitar la correspondiente acción (*incumbit probatio qui dicit non qui negat*).

distribución de la carga de la prueba en estos supuestos, conforme al cual, y en la línea del derogado art. 1.214 C.c., corresponde al actor acreditar los hechos en que fundamenta su reclamación. Es decir, quien pretenda ejercitar la acción debe probar todos los presupuestos de responsabilidad de los administradores concursales. Ahora bien, nuestro legislador, consciente de la dificultad con la que se puede encontrar el actor de una acción de responsabilidad de esta naturaleza para acreditar los hechos en que fundamenta su reclamación, ha introducido, en el núm. 5 del art. 217 de la LEC, como novedad destacable, el deber del Juzgador de tener en cuenta la dificultad que el actor puede encontrar para lograr la documentación que, en muchos casos, se encontrará en poder de los propios administradores concursales contra los que se dirige la acción.

En los supuestos de culpa contractual el demandante únicamente tiene que acreditar el incumplimiento de la obligación y el daño que de ella se deriva, resultando más fácil la obligación del actor de probar su pretensión, de ahí que la onerosidad de la prueba puede ser menor si se logra la calificación de la responsabilidad de los administradores concursales como contractual. Ahora bien, esa facilitación de la prueba parte de la preexistencia de una obligación de contenido concreto y determinado, lo que sucede en los actos y omisiones contrarios a la ley pero no los realizados sin la debida diligencia. De este modo, las infracciones de la obligación de realizar una administración concursal diligente y ordenada no pueden beneficiarse de ese facilitamiento de la prueba, ya que esa obligación no es susceptible de concretarse *a priori*. Además, como venimos defendiendo, la obligación de los administradores concursales es una obligación de medios, no de resultado, lo que les exige emplear una diligencia idónea para conseguir una finalidad pero no un resultado concreto. En este caso, ese dato es especialmente relevante en la carga de la prueba, ya que corresponde al actor probar que los administradores concursales no han empleado la diligencia exigida, a diferencia de lo que ocurriría si se calificase la obligación de los administradores concursales como de resultado, donde serían éstos los que deberían probar que la no obtención del resultado convenido se debe a caso fortuito o fuerza mayor.

### 2.3. Exoneración de responsabilidad: prueba requerida para la exculpa individual

Una vez dispuesto el principio de solidaridad en la culpa, que supone una presunción de que ésta se da respecto de todos los componentes del órgano de administración concursal que realizó el acto lesivo a la masa del concurso, el art. 36.2 LC establece una cláusula –de exoneración individual de responsabilidad– para aquel administrador concursal “*que pruebe que, no habiendo intervenido en la adopción del acuerdo lesivo, desconocía su existencia o, conociéndola, hizo todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opuso expresamente a aquél*”. Se trata de una presunción *iuris tantum* de la culpabilidad de los administradores concursales, que implica que sean éstos, demandados, quienes deban probar que no actuaron de forma contraria a ley o sin la debida diligencia.

Consecuentemente, la coordinación del carácter personal de la responsabilidad de los administradores concursales con el principio de su funcionamiento colegiado o, excepcionalmente, mancomunado determinan: primero, la presunción de culpa colectiva de todos los administradores concursales; y, segundo, la carga de estos de probar alguna de las circunstancias exoneratorias de la responsabilidad, para evitar la imputación del daño causado.

Las circunstancias exoneratorias de responsabilidad del art. 36.2 LC son indicativas de la ausencia de culpa en el demandado. Por ello, se mantiene el carácter personal de la responsabilidad de los administradores concursales. Éstos responden por actos propios y no por la mera pertenencia al órgano de administración concursal. No obstante, la propia presunción de culpa colectiva y el rigor empleado por la ley en la especificación de las causas exoneratorias de la responsabilidad por falta de culpa revela un matiz de objetivización del régimen de la responsabilidad de los administradores concursales<sup>166</sup>.

<sup>166</sup> Uno de los elementos caracterizadores de la objetivización en un sistema de responsabilidad es la reducción del número y alcance de los medios de defensa del demandado por una acción de responsabilidad. Cuanto menor sean los medios de defensa del demandado y de menor alcance más cerca estaremos de un sistema de responsabilidad sin culpa. Tanto la presunción de la culpa colectiva de los miem-

A nuestro juicio, dos son los defectos del precepto: su vinculación con la solidaridad, y con la falta de uno de los presupuestos de la responsabilidad, la culpa. Por lo que se refiere al primero de ellos, nuestro legislador parece no haber tenido presente que cuando se aplica el procedimiento a que se refieren los arts. 190 y 191 LC, la administración concursal puede estar integrada por un único miembro (art. 27.2.3º LC), y, consecuentemente, fuera de los supuestos de solidaridad también el administrador único puede probar su falta de culpa y eludir de este modo la obligación de reparar el daño. En relación al segundo, no se puede olvidar que, conforme defendemos, la culpa representa únicamente uno de los requisitos necesarios para imputar la responsabilidad civil a los administradores concursales, junto con la existencia de conducta ilícita, la voluntariedad en la conducta, el daño, el nexo de causalidad, etc., y que también es posible la prueba de la falta de alguno de esos presupuestos.

Esta exoneración de responsabilidad del administrador concursal perteneciente a un órgano colegiado se regula sobre la base de la exigencia de un doble requisito, uno general (que no haya “*intervenido en la adopción*” del acuerdo lesivo)<sup>167</sup>, y el otro variable (que el administrador desconociera la existencia del acuerdo; que conociéndola hiciera todo lo posible para evitar el daño; o que, al menos, se opusiera expresamente a aquél), cuya concurrencia en el supuesto concreto debe ser probada por el administrador concursal que pretenda ser exonerado de responsabilidad<sup>168</sup>.

bros del órgano de administración concursal, como el rigor en la enumeración de las causas de exoneración de responsabilidad suponen una reducción del número y alcance de los medios de defensa de los administradores concursales que indican una cierta objetivización de su responsabilidad.

<sup>167</sup> Si no se cumple esta exigencia, es decir, si el administrador ha intervenido en la adopción del acuerdo lesivo, ya no cabe en ningún caso la exoneración de responsabilidad. Este requisito general representa, por consiguiente, una *conditio sine qua non* para lograr la exoneración.

<sup>168</sup> Un sector de la doctrina, al interpretar el art. 133.2 LSA, que resulta perfectamente trasladable al ámbito concursal del art. 36.2 LC, dada su similitud, defiende que la LSA en el art. 133.2 LSA parte de una presunción *iuris tantum* de culpa y de una inversión del *onus probandi*, de modo que sobre el administrador que pretenda beneficiarse de la efectividad de dicha cláusula de exoneración recaerá la carga de la prueba de la no culpa (ALONSO UREBA, A., “Presupuestos de la responsabilidad

En relación con el requisito general de la falta de intervención en la adopción del acuerdo, entendemos que debe interpretarse en un sentido amplio que va desde la abstención o el voto en contra del acuerdo lesivo a la no intervención en su votación<sup>169</sup>. Siempre que no intervenga el administrador concursal directamente votando a favor de la propuesta del acuerdo lesivo, se debe entender cumplido este requisito<sup>170</sup>. El legislador no está pensando en la ausencia del administrador concursal de la reunión donde se adopta el acuerdo lesivo porque a la luz del art. 35 LC resulta necesaria la presencia de los tres administradores para poder reunirse y adoptar acuerdos. Ahora bien, cabe pensar en el supuesto excepcional del funcionamiento transitorio de ese órgano con dos administradores concursales (por ejemplo, por la renuncia de un administrador concursal y en tanto se nombra a un tercer miembro). En esas circunstancias, el administrador concursal que ha sido nombrado, pero que aún no ha aceptado el cargo o bien lo ha aceptado pero la reunión donde se ha adoptado el acuerdo lesivo ya se había celebrado justo antes de la aceptación, no puede responder junto a los restantes miembros porque no intervino en la adopción del acuerdo o, porque, a todos los efectos legales, no era administrador concursal en ese momento.

social...”, cit., pág. 691; ARROYO MARTÍNEZ, I., “Art. 133. Responsabilidad”, cit., pág. 1409; SÁNCHEZ CALERO, F., “Administradores”, cit., pág. 262-263; ESTEBAN VELASCO, G., “Responsabilidad civil de los administradores”, cit., pág. 5914). En consecuencia, conforme con esta doctrina la cláusula del art. 36.2 LC tendría la virtualidad de presumir la culpa en el supuesto de administración plural, bastando a quien ejerce la acción alegar el incumplimiento de las obligaciones que conciernen a los administradores concursales en relación con el acuerdo y el daño causado, debiendo demostrar el administrador demandado la falta de culpa. A nuestro juicio, no parece ser esa la interpretación más correcta ya que al demandante no le bastará alegar el incumplimiento de la obligación del administrador concursal, sino que deberá, además, convencer al juzgador de la existencia de ese incumplimiento. Dicho de otro modo, a nuestro juicio, el actor debe probar el incumplimiento –material– o inexactitud objetiva, pues sobre él recae la carga de su prueba.

<sup>169</sup> En este mismo sentido MORRAL SOLDEVILLA, R., “Art. 36”, cit., pág. 409; ARANGUREN URRIZA, F. J., “Los órganos de la sociedad anónima”, cit., pág. 521; DÍAZ ECHEGARAY, J.L., “Deberes y Responsabilidad de los Administradores...”, cit., pág. 245.

<sup>170</sup> GARRETA SUCH, J. M., “La responsabilidad civil...”, cit., pág. 86; BROSETA PONT, M., “Manual de Derecho Mercantil”, cit., I, pág. 273.

Por otra parte, en relación con este requisito general, cabe llamar la atención sobre la circunstancia de que el art. 36 LC se refiere exclusivamente a la "adopción" del acuerdo y no se pronuncia sobre su ejecución. Evidentemente para que un acuerdo produzca lesión a la masa concursal debe ejecutarse porque la adopción *per se* no causa daño alguno y, consecuentemente, no puede, siquiera, plantearse la responsabilidad, ni mucho menos su exoneración. Además, los administradores concursales tienen potestad para rectificar, modificar o suprimir un acuerdo por otro nuevo que no cause lesión alguna. Ahora bien, el problema surge si una vez adoptado el acuerdo potencialmente pernicioso a la masa concursal, uno de los administradores advierte esa circunstancia y pretende oponerse a su ejecución. Ante esta eventualidad si el acuerdo se ejecuta y como cabía de esperar causa daños a la masa concursal sin que haya existido una oposición fehaciente del administrador concursal discrepante, no prosperará una supuesta exoneración de su responsabilidad. En cambio, antes de la ejecución del acuerdo el administrador concursal, ante la falta de una disciplina de impugnación de acuerdos, y al concurrir justa causa, únicamente tendrá como vía para exonerarse de su posible responsabilidad, derivada de los eventuales daños a la masa del concurso por el acuerdo en cuya adopción participó, intentar la separación *ex art. 37 LC*, para lo que deberá manifestar su oposición de forma fehaciente, ante la imposibilidad de volver a adoptar un nuevo acuerdo o impugnar judicialmente la decisión.

Ahora bien, la falta de adopción del acuerdo lesivo no es suficiente para la exoneración de responsabilidad de los administradores concursales del art. 36 LC. Es necesario cumplir un segundo requisito, de naturaleza variable, para cuyo cumplimiento el legislador da una triple alternativa, de modo que el cumplimiento de cualesquiera de ellos, junto con el requisito general, eximirá de responsabilidad al administrador concursal.

En primer lugar, el desconocimiento por el administrador concursal de la existencia del acuerdo debe ser anterior y posterior a éste, extendiéndose hasta que nada pueda hacerse para evitar el daño, ya

que en caso contrario vendrá obligado a hacer todo lo conveniente para evitar el daño o al menos oponerse expresamente a él<sup>171</sup>.

En segundo lugar, si el administrador, no habiendo intervenido en la adopción del acuerdo lesivo, conoce su existencia, entonces viene obligado a hacer "*todo lo conveniente para evitar el daño*", si quiere exonerarse de responsabilidad; es decir, se le exige una actuación positiva tendente a evitar el daño<sup>172</sup>. La técnica genérica empleada por el legislador, en este punto, permite que pueda adaptarse a cada supuesto concreto, pero resulta complicado determinar en qué casos debe entenderse cumplida la exigencia de hacer todo lo conveniente para evitar el daño. Ello deberá descubrirse en cada caso concreto. Será el Juzgador el que deba interpretar esta exigencia atendiendo a cada caso concreto, teniendo muy presente las circunstancias particulares de la masa concursal y del administrador. Como regla general, la forma más idónea de impedir el daño será informar inmediatamente al juez del concurso, quien en virtud de los poderes de supervisión de la administración concursal que le confiere la Ley (art. 35.6 LC) podrá tomar las medidas necesarias para evitar el perjuicio de la masa (por ejemplo, advertir a la administración concursal para que no ejecute el acuerdo y lo rectifique, o incluso separar del cargo al administrador o administradores concursales que hubieran promovido el acuerdo, de conformidad con el art. 37 LC)<sup>173</sup>.

<sup>171</sup> Resulta censurable que por la simple concurrencia de falta de intervención y desconocimiento del acuerdo el administrador resulte exonerado de responsabilidad, porque parece que se está primando al que se inhibe de sus obligaciones, no interviniendo en acuerdos que pueden ser de extraordinaria trascendencia para el devenir del procedimiento concursal en curso. Por ello, creemos que debió exigirse que la falta de intervención y el desconocimiento no fueran consecuencia del incumplimiento del deber de diligencia a que viene obligado el administrador concursal en el ejercicio de sus funciones.

<sup>172</sup> Sobre estas mismas consideraciones, aunque referidas al art. 133 LSA, *vid.*, SÁNCHEZ CALERO, F., "Supuestos de responsabilidad de los administradores...", cit., pág. 926; POLO SÁNCHEZ, E., *op. cit.*, pág. 305; ARANGUREN URRIZA, F. J., "Los órganos de la sociedad anónima", cit., pág. 521.

<sup>173</sup> JUAN Y MATEO, F. "Art. 36", cit., pág. 732.

Por último, el art. 36.2 LC contempla como causa de exoneración de responsabilidad de los administradores concursales, siempre que se dé el requisito de que no haya intervenido en la adopción del acuerdo, que al menos se haya opuesto a él<sup>174</sup>. Esta oposición expresa supone no sólo que el administrador vota en contra del acuerdo, sino que además hace constar expresamente, de modo fehaciente, su oposición; luego valdrían como actos contrarios a la adopción del acuerdo lesivo: la manifestación de las discrepancias frente a los administradores, votar en contra del acuerdo, denunciar el hecho a los posibles perjudicados o ante el juez competente<sup>175</sup>. Este tercer medio probatorio tipificado en la LC (art. 36.2 *in fine*), que exonera de responsabilidad civil, merece nuestro reproche porque permite al administrador concursal eximirse de responsabilidad con cierta facilidad, sin exigírsele que realice ninguna actividad tendente a evitar o cuando menos aminorar los daños causados.

Por su parte el art. 36.3 LC hace responsables civiles solidarios a los administradores concursales junto con los auxiliares delegados de los actos y omisiones lesivos de éstos<sup>176</sup>. El tenor literal de este

<sup>174</sup> Con este tercer supuesto se amplía notablemente las causas de exoneración, facilitando de manera muy notable la tarea del administrador de eximirse de responsabilidad, y mitigando de forma considerable el régimen de responsabilidad de los administradores concursales.

<sup>175</sup> *Vid.*, los ejemplos citados por ARROYO MARTÍNEZ, I., "Art. 133. Responsabilidad", cit., pág. 1410; SÁNCHEZ CALERO, F., "Administradores", cit., pág. 267.

<sup>176</sup> Más ampliamente, sobre el régimen de responsabilidad de los auxiliares delegados, *vid. infra*, apdo. V.3.3.4. El Derecho de quiebra y suspensiones de pago no contemplaba la figura de los auxiliares delegados de los órganos concursales, sin que por esto haya sido infrecuente su participación en la realidad concursal. En efecto, ha sido habitual que la sindicatura disponga de su propio abogado que, además, recomiende la contratación de otro abogado para ciertas acciones de reintegración de especial complejidad o como defensa frente a demandas de terceros (art. 1.368 LEC). También resultaba necesario otorgar poderes a procuradores para actuar en juicio o fuera de él (art. 1.218.1 LEC, en relación con el art. 1.319). Dado que el montante de la masa activa podía depender de estas acciones judiciales, los gastos de estos profesionales se sufragaban a cargo de la masa de la quiebra. El Tribunal Supremo ha interpretado la Ley de Suspensión de pagos de igual forma, de manera que, aunque no se diga, es justificado que sean a cargo del patrimonio del suspenso los gastos de los pleitos que los interventores hayan de seguir para defender aquel patrimonio [*vid.*, STS 2-7-1984 (RJ 3787)].

precepto sigue la línea marcada en el art. 1.903 C.c. que regula la responsabilidad civil por hecho de otro, al margen de que el autor material del daño ocasionado responda directamente por aplicación del art. 1.902 C.c. Así, si se traslada el esquema del art. 1.903 C.c. al art. 36.3 LC, los administradores concursales serán los responsables civiles a semejanza de como lo son los empresarios *ex art.* 1.903.4 C.c.; mientras que los que ocasionan directa o materialmente el daño serían los auxiliares delegados, quienes al ser propuestos por la administración concursal (art. 32.2 LC), podrán equipararse (se entiende que en sentido figurado) a los dependientes del art. 1.903.4 C.c.<sup>177</sup>.

El criterio de imputación de responsabilidad es el mismo en las dos normas: la culpa. Como consecuencia, tanto el art. 1.903 C.c. como el art. 36.3 LC establecen la misma excepción a la imputación de responsabilidad: el empleo de toda la diligencia para prevenir el daño. Además, creemos que la culpa *in vigilando* o *in eligendo*, que sirve de fundamento al sistema de responsabilidad aplicable *ex art.* 1.903 C.c., podría ser, en el ámbito del art. 36.3 LC, la culpa consistente en la proposición por los administradores concursales de unos auxiliares delegados incompetentes (una especie de culpa *in eligendo*).

### 3. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS A LA MASA.

#### 3.1. Consideraciones generales

En adelante vamos a intentar dar respuesta a los interrogantes sobre cómo se ejercita y resuelve la acción para exigir responsabili-

<sup>177</sup> En la comparación de estos dos preceptos (art. 1.903 C.c. y 36.3 LC) se observa un importante matiz diferenciador: mientras el art. 36.3 LC coloca en un mismo nivel a administradores concursales y auxiliares delegados, imponiendo a ambos una responsabilidad solidaria por aplicación de un único precepto (el mismo art. 36.3 LC), el Código civil requiere la aplicación de dos preceptos formalmente distintos –aunque estrechamente ligados– para atribuir la responsabilidad civil a los sujetos en cuestión: el art. 1.902 para responsabilizar al causante directo del daño y el art. 1.903 para hacerlo en quien considera responsable indirecto por determinadas razones (laborales, familiares, etc.).



dad civil a los administradores concursales por los daños y perjuicios ocasionados a la masa concursal.

Los perjudicados por los daños y perjuicios ocasionados a la masa –deudor y acreedores–, en cuanto sujetos jurídicos tienen el derecho de dirigirse a los órganos jurisdiccionales para que digan el Derecho, lo tutelen o apliquen o lo realicen. Pero, junto a ello, en cuanto perjudicados y, consecuentemente, titulares de un derecho de crédito a la reparación del daño, tienen, además de ese derecho abstracto a pedir o pretender, un derecho subjetivo de carácter público frente al Estado para obtener de éste, mediante sus órganos jurisdiccionales, una tutela jurisdiccional de contenido determinado. El art. 36 LC otorga al deudor y a los acreedores una acción civil, un derecho a obtener de los administradores concursales responsables la condena a reparar el daño causado. Este derecho subjetivo público o “acción civil” tiene como sujeto pasivo al Estado que, mediante sus órganos jurisdiccionales, lo satisfacen con tal condena<sup>178</sup>.

Al margen del derecho a acceder a los órganos jurisdiccionales y obtener de ellos una tutela concreta, el deudor y los acreedores tienen, en cuanto sujetos jurídicos, el derecho a obtener una sentencia sobre el fondo. Consecuentemente, tienen derecho a la iniciación, desarrollo y terminación de un proceso, precisamente con una sentencia sobre el fondo, sobre la concreta tutela jurisdiccional solicitada, la condena de los administradores concursales responsables a reparar el daño causado. Es decir, tanto el deudor como los acreedores tienen un “derecho al proceso”<sup>179</sup>, en cuanto serie o sucesión jurídicamente regulada de actos tendentes a la aplicación o realización del Derecho en su caso concreto<sup>180</sup>. Correlativamente, los órganos jurisdiccionales tienen

<sup>178</sup> El art. 5 LEC establece que “se podrá pretender de los tribunales la condena a determinada prestación”; *vid.*, sobre este particular, entre otros, DE LA OLIVA SANTOS, A., en De la Oliva Santos/Díez Picazo Giménez y Vega Torres, *Derecho procesal. Introducción*. 2ª ed., Madrid, 2001, pág. 84 y ss.; GÓMEZ ORBANEJA, E., *El ejercicio de los derechos*, Madrid, 1975, pág. 75; DÍEZ-PICAZO, L., “Fundamentos...”, *cit.*, II, págs. 93-94 y 101-103.

<sup>179</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A., *op. cit.*, págs. 90 y ss.

<sup>180</sup> *Vid.*, DE LA OLIVA SANTOS, A., *op. cit.*, pág. 38, y MONTERO AROCA, en Montero Aroca/Gómez Colomer/Montón Redondo/Barona Vilar, *Derecho jurisdiccional. I. Parte general*, Valencia, 13ª ed., 2004, págs. 292-293.

el correlativo deber de pronunciar sentencia que resuelva positiva o negativamente sobre el fondo.

Pero no podemos pasar por alto que antes de iniciar la demanda contra los administradores concursales, presuntamente responsables de los daños y perjuicios ocasionados a la masa, puede, por un lado, intentarse la conciliación<sup>181</sup>, y, por otro lado, instar al juez determinada actividad, previa al proceso, a fin de preparar éste<sup>182</sup>, o la práctica de prueba anticipada y medidas de aseguramiento de la prueba<sup>183</sup>.

<sup>181</sup> Cfr. art. 460 LEC 1881, declarado vigente por al d.d. única 1.2 LEC

<sup>182</sup> El art. 256 LEC comienza previendo “(T)odo juicio podrá prepararse (...)”. No nos encontramos en el juicio ni en el proceso propiamente dicho. Se trata de averiguar una serie de datos, hechos o documentos que son necesarios o útiles para interponer la demanda. Las concretas medidas preliminares que se pueden solicitar se relacionan en el art. 256 LEC. Se trata de un precepto que no ha recogido la previsión del art. 497, *in fine*, LEC 1881, que tras la relación de las diligencias que, a la sazón, cabía pedir, añadía: “El juez accederá en cualquiera de estos casos a la pretensión si estimase justa la causa en que se funde. No estando comprendida en ellos, la rechazará de oficio”. Es evidente que se trataba de una relación cerrada, *numerus clausus*. Aunque el art. 256 LEC vigente no contiene tal previsión expresa, de su epígrafe (“Clases de diligencias preliminares”) se deduce que son esas y no otras las que pueden solicitarse. Cfr., por ejemplo, dicho precepto con el art. 727 LEC, en materia de medidas cautelares, que lleva por epígrafe “Medidas cautelares específicas”, muy distinto del epígrafe del citado art. 256, y, además, aquél termina la relación en él contenida, con un nº 11, que evidencia el carácter abierto de las medidas enunciadas, al añadir: “a(A)quellas otras medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiese otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el pleito”. Aunque el ordinal 7º del nº 1 del art. 256 se refiere a otras diligencias o averiguaciones, su tenor es muy distinto del transcrito nº 11 del art. 727, ya que no habla de aquéllas que se estiman necesarias, sino de diligencias o averiguaciones que prevean otras leyes especiales.

<sup>183</sup> Esta posibilidad supone un perfeccionamiento (*rectius*, novedad) de lo previsto, al respecto, en la LEC 1881, que únicamente dedicaba a la materia el art. 502, dentro de la sección Segunda del Título II, Capítulo I, dedicado a las diligencias preliminares, además de un modo imperfecto, que la nueva LEC ha tratado de solucionar. Sin embargo, no deja de adolecer de deficiencias, más por el ámbito temporal, sobre todo, cuando ha de practicarse antes de la interposición de la demanda, que por la voluntad y acierto del legislador. Todo ello ha de tomarse en consideración por los Tribunales en su valoración. En suma, no ofrecen especialidad para nuestra doctrina.

### 3.2. Legitimados activamente para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil contra los administradores concursales

Si el daño ocasionado por los administradores concursales en el ejercicio de sus funciones lo sufre la masa concursal, están legitimados el deudor y los acreedores (art. 36.1 LC), o sus herederos. Ahora bien, no debe interpretarse ello en el sentido de que los daños que causen los administradores, y que se tratan de reparar, tengan que ser producidos directamente al deudor o a los acreedores, para los que el art. 36.7 LC reserva la que hemos llamado acción concursal individual, sino que se trata de reparar los daños ocasionados a la masa concursal y que sólo indirectamente o de manera refleja u oblicua afectarán también al deudor o a los acreedores<sup>184</sup>. La principal interesada en la reparación de los daños es, pues, la propia masa activa, en su globalidad<sup>185</sup>.

Si es el deudor el que ejercita la acción de responsabilidad civil, el crédito ingresará en su patrimonio; pasando a formar parte de la masa activa del concurso, conforme dispone el art. 76 LC. El deudor dispone de todo el período de duración del concurso para ejercitar la acción de responsabilidad contra los administradores, tanto en el supuesto de suspensión de las facultades patrimoniales como en el de intervención de las operaciones (art. 40 LC), y puede hacerlo sin necesidad de someterse a las restricciones propias del régimen general

<sup>184</sup> *Vid.*, en sede societaria respecto de la acción que prevé el art. 133 LSA, entre otros, GIRÓN TENA, J., "La responsabilidad de los administradores...", cit., págs. 444-445; GARRRIGUES, J., en Garrigues, J./Uría, R., "Comentario...", cit., II, pág. 167; PUIG BRUTAU, J., "La responsabilidad de los administradores...", cit., 1961, págs. 367-369; SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, L., *op. cit.*, págs. 924-926; GARRETA SUCH, J. M., "La responsabilidad de los administradores...", cit., págs. 611-613.

<sup>185</sup> Téngase en cuenta que la principal interesada en la reparación de los daños es, pues, la propia masa activa que puede llegar a sufrir los daños derivados de los actos de los administradores concursales. Lógicamente, y paralelamente, el deudor y los acreedores están lógicamente interesados en la integridad de dicha masa. Creemos, por consiguiente, que esta acción del deudor y de los acreedores es, pues, apta para la defensa de los intereses concursales en general e incluso para la reparación de los posibles daños morales derivados de una actuación culposa de los administradores concursales.

sobre el ejercicio de las acciones del concursado (art. 54). Además, esta acción puede ser ejercitada por el deudor una vez concluido el concurso, sin otra limitación que las que eventualmente se contengan en la sentencia firme de calificación (art. 178.1).

En esa misma línea, si alguno de los acreedores ejercita la acción en interés de la masa, la indemnización igualmente engrosará la masa activa del concurso. En este caso la legitimación para el ejercicio de la acción de responsabilidad corresponde a todo acreedor sea privilegiado, ordinario o subordinado, al margen del importe del crédito, que puede interponerla sin necesidad de esperar a que el deudor lo haga previamente. Pero además, como se verá<sup>186</sup>, la LC ha reconocido un derecho de reembolso a favor del acreedor accionante (y no del deudor) por los gastos sufridos en el ejercicio de la acción (art. 36.6 LC) siendo imprescindible que el fallo judicial sea condenatorio, del mismo modo que sucede en los supuestos de ejercicio subsidiario por los acreedores de las acciones del concursado de carácter patrimonial (art. 54.4.II), y del ejercicio subsidiario por los acreedores de las acciones rescisorias (art. 72.1).

Aunque la LC no contempla expresamente la posibilidad de que la propia administración concursal venga legitimada para ejercitar la acción de responsabilidad por daños a la masa contra los administradores concursales que hubiesen cesado en el cargo, cabría esa posibilidad siempre que la acción se ajustase a las normas sobre ejercicio de acciones del concursado por la administración concursal (art. 54). Aquella facultad se convierte en un "deber" cuando ello resulte conveniente para los intereses del concurso (art. 43)<sup>187</sup>.

<sup>186</sup> *Vid. infra*, apdo. V.3.7.

<sup>187</sup> JUAN Y MATEO, F., "Art. 36", cit., pág. 734

### 3.3. La legitimación pasiva en el ejercicio de la acción de responsabilidad civil

#### 3.3.1. Preliminar

Los sujetos pasivos de la acción de responsabilidad civil del art. 36 LC viene determinado por los administradores concursales y los auxiliares delegados responsables de los daños y perjuicios causados a la masa<sup>188</sup>. La responsabilidad recae sobre el administrador concursal persona física y, en el caso de las personas jurídicas, en esa entidad, aunque la acción u omisión haya sido realizada por su representante, al margen de que aquél actúe como integrante de un órgano pluripersonal (art. 27.1º LC) o de uno unipersonal (arts. 27.2º.III y 191.2º LC) –aunque la regla de la solidaridad y las causas de exoneración previstas en el art. 36 LC sólo tienen aplicación en el primer caso–, y con independencia de que participe sustituyendo al deudor o interviniendo las operaciones que realice en el tráfico (art. 40 LC), y de que se trate de administradores concursales profesionales (abogado, auditor de cuentas, economista o titulado mercantil –art. 27.1º.I y II LC–) o de administrador concursal acreedor (art. 27.1º.III LC)<sup>189</sup>.

El régimen de la solidaridad a que se refiere el apdo. 2º art. 36 LC es un caso de los de la llamada “solidaridad impropia”, puesto que no tiene su origen en un pacto. Como consecuencia de dicho régimen, el actor puede formular la demanda indistintamente frente a cualquiera de los administradores solidarios (*ius electionis* del art. 1.144 C.c.), sin que el demandado pueda ampararse con éxito en la

<sup>188</sup> Sobre el acceso a la condición de administrador concursal *vid.* el interesante estudio que realiza PORFIRIO CARPIO, L.J., *op. cit.*, págs. 57-128. En relación al estatuto jurídico de los administradores concursales, *vid.* HERRERA CUEVAS, E.J., “Algunas cuestiones del estatuto de la administración concursal”, *Diario La Ley*, núm. 6437, 9 de mayo de 2006, págs. 1-9; SEQUEROS SAZATORNIL, F., *op. cit.*, págs. 2-3.

<sup>189</sup> *Vid.*, la ponencia presentada al V Congreso Nacional de la Asociación Española de Abogados Especializados en RC y Seguro sobre “La Responsabilidad Civil en la Ley Concursal”, por ÁNGEL LLAGÜES, R., bajo el título “Responsabilidad de la administración concursal”, pág. 16-17, publicado en pdf, en Internet.

excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario. También, como consecuencia de la solidaridad el administrador concursal que hubiere satisfecho la indemnización puede reclamar de los otros la parte que a cada uno corresponda, con los intereses del anticipo, conforme con el art. 1.145 C.c.

Los “actos y omisiones” perjudiciales para la masa, que pueden ser de carácter individual y de carácter colectivo<sup>190</sup> (incluso aunque se entienda a la administración concursal como un órgano, cabe que sea un comportamiento individual, realizado en el ejercicio de su cargo de administrador concursal, que se realice al margen o contrariamente a la ley o sin la debida diligencia), tienen que ser realizados por los propios administradores concursales, sin que devengan responsables de las actuaciones de quienes les hubieran precedido en el cargo (aunque estas actuaciones pueden dar lugar a una responsabilidad por el propio comportamiento, por ejemplo, por ocultarlas o por no remover las consecuencias que hubieran producido), les sucedan, ni de las actuaciones del deudor durante el concurso<sup>191</sup>. Tampoco van a responder en el caso de que el juez del concurso tenga que tomar postura frente a alguna cuestión ante la imposibilidad de que los tres administradores concursales, que actúan colegiadamente, alcancen la mayoría (art. 35.2 LC), o cuando hubiera existido disconformidad entre dos administradores concursales que actúan mancomunadamente (art. 35.3 LC).

Desde un primer momento, hay que tener presente, a la hora de depurar responsabilidades civiles a los administradores concursales, que su labor, el logro de los fines para los que han sido nombrados, puede implicar, en muchos casos, la realización de actos separables, pero no siempre desconectados entre sí, ya que se trata de una tarea continuada de realización de ciertos fines. Es decir, puede ocurrir que determinados actos de los administradores concursales considerados

<sup>190</sup> Será colectivo si es fruto de un acuerdo o realizado con la intervención de varios administradores concursales, e individual en los restantes casos (arts. 35.2 y 3 LC).

<sup>191</sup> Aunque éstas pueden generar una responsabilidad por el propio comportamiento de los administradores concursales, por ejemplo, por omisión del deber de controlar las operaciones del concursado en los supuestos de intervención (JUAN Y MATEU, F., “Artículo 36”, *cit.*, pág. 729).

aisladamente puedan juzgarse perjudiciales para los intereses del concurso, pero que éstos se encuentren incluidos dentro de un plan global más amplio para lograr determinados fines. De ahí que a la hora de imputar responsabilidad sobre los administradores concursales deban considerarse todas las circunstancias concurrentes y, sobre todo, los fines perseguidos con tal actuación.

### 3.3.2. *Los administradores concursales de hecho*

Aunque la relación jurídica no es otra cosa que una relación de hecho que adquiere significado jurídico al ser reconocida por el Derecho, resulta claro que el hecho en sí o elemento material de la relación puede existir incluso careciendo de las formalidades legalmente establecidas. Luego, aunque administrador concursal es la persona que reúne los requisitos exigidos legalmente (fundamentalmente, arts. 27, 28 y 29 LC), no se puede descartar la posibilidad de la existencia de administradores concursales de hecho (es decir de personas con nombramiento viciado, caducado, o carentes de él), lo que encierra todo una serie de interrogantes no resueltos por la LC<sup>192</sup>.

Las posibles respuestas a este interrogante van desde la afirmación de su consideración como administradores concursales de Derecho en punto a la aplicación del régimen de responsabilidad concursal legal<sup>193</sup>,

<sup>192</sup> La propia LC se refiere expresamente a los administradores de sociedades "de hecho o de derecho" en los arts. 48.3, 164.1, 166, 172.2.I y 3. Además la reciente Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas, ha introducido la figura del administrador de hecho en el art. 133, párrafo 2 de la LSA.

<sup>193</sup> En materia de responsabilidad de administradores sociales de hecho, se mantienen a favor de esta postura, entre otros, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, "El Régimen de Responsabilidad de los administradores...", cit., pág. 47; PÉREZ CEPEDA, A. I., *La Responsabilidad de los Administradores de Sociedades: Criterios de Atribución*, Barcelona, 1997, pág. 50; MOYA JIMÉNEZ, A., *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes. Con las reformas SLNE, el art.127 LSA y la Ley concursal*, Barcelona, 2004, págs. 46 y 47.

a la exclusión de la equiparación a estos efectos<sup>194</sup>. A nuestro juicio, los administradores concursales de hecho no se someten al estatuto jurídico previsto para los administradores concursales de Derecho, por aplicación de los principios de buena fe y protección de la apariencia. En base a estos principios los administradores concursales de hecho no quedarían inmunes ante conductas que han causado un daño que está ligado a una conducta antijurídica en el desempeño de tareas de gestión de intereses ajenos, y habría que aplicarles el régimen general de responsabilidad contractual o extracontractual, en congruencia con la doctrina generalizada de que quien ejerce funciones de control y gestión de intereses ajenos (en este caso, los intereses del concurso), debe quedar sometido a los mecanismos de responsabilidad establecidos en la Ley, ya que la exención de responsabilidad supondría, en estos casos, un trato de favor que carece de justificación alguna. A ello se une la mayor benevolencia del régimen general frente al especial de la LC. En el supuesto de administrador concursal oculto, la responsabilidad sería solidaria con el administrador concursal aparente culpable.

Luego, a nuestro juicio, la responsabilidad del art. 36 LC se aplica únicamente a la responsabilidad derivada de la actuación de los administradores concursales relacionada con el ejercicio de su cargo, de tal modo que cualquier otra responsabilidad que emane de su comportamiento, por daños a la masa derivados de actos y omisiones realizados al margen de aquel ejercicio, se dilucidará conforme al régimen civil que corresponda<sup>195</sup>. Además, los actos y omisiones de los que deriven la responsabilidad de los administradores concursales

<sup>194</sup> *Vid.*, las interesantes reflexiones a las que llega la doctrina societaria que se mantiene a favor de esta postura respecto de los administradores sociales de hecho; así, entre otros, SÁNCHEZ CALERO, F., "Administradores", cit., pág. 243; VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, 17ª ed., Valencia, 2004, pág. 364; GARRETA SUCH, J.M., "La responsabilidad civil...", cit., pág. 123. Por su parte, QUIJANO GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, págs. 351-355, considera, que excepto para el caso del administrador indirecto u oculto, al que se le debe aplicar las reglas generales de responsabilidad extracontractual, en los restantes supuestos existe en la LSA (de 1951) base suficiente para sostener la aplicación de régimen de responsabilidad en ella previsto; en una línea parecida a la anterior, DÍAZ ECHEGARAY, J.L., "La responsabilidad civil de los administradores...", cit., págs. 393-397

<sup>195</sup> En estos supuestos el deudor o los acreedores pueden acudir para resarcir el perjuicio causado a los cauces normales de responsabilidad a que se refieren los

les deben ser producidos durante el ejercicio de su cargo, aunque, al prolongarse algunas de sus obligaciones más allá de éste, es posible que la responsabilidad pueda surgir por actos y omisiones posteriores (por ejemplo cuando un administrador concursal que hubiera cesado anticipadamente en el cargo infrinja el deber de secreto que se deriva del deber de lealtad, conforme al art. 35.1 LC, o cuando incumpla el deber de proporcionar alguna información específica al juez del concurso, conforme al art. 35.6 LC).

Conforme con ello, conviene tener presente que el convenio alcanza plena eficacia desde la fecha de la sentencia de su aprobación. Desde ese instante cesan en su cargo los administradores concursales, sin perjuicio de las funciones que en el convenio se les hubiesen encomendado hasta su íntegro cumplimiento (art. 133.2 LC). Pues bien, la acción prevista en el art. 36.1 LC no puede ser ejercitada contra el administrador o administradores a los que el convenio haya encomendado alguna función porque ya no actúan como tales, y, por consiguiente, no se encuentran sometidos al estatuto jurídico de aquéllos, sino como meros interventores convencionales que reciben un mandato que no deriva directamente de la Ley sino del convenio y cuya responsabilidad, consecuentemente, ha de determinarse con arreglo a las normas sobre el mandato (art. 1718 y ss. C.c.)<sup>196</sup>.

### 3.3.3. *La atribución judicial de competencias en favor de un administrador concursal*

El funcionamiento colegiado de la administración concursal puede resultar poco oportuno para la gestión del concurso, siendo recomendable en algunos casos de especial complejidad o especialidad de determinados procedimientos, la atribución individualizada de concretas competencias a favor de algún miembro del órgano de gestión concursal. Para esos casos, el Juez del concurso, de oficio o a instancias de la administración concursal, puede atribuir competencias

arts. 1101 y 1902 C.c. pero no a la responsabilidad concursal establecida en el art. 36 LC.

<sup>196</sup> JUAN Y MATEO, F., "Artículo 36", cit., pág. 728.

individualizadas "a alguno de sus miembros" (art. 35.2.II LC); es decir, a cualquiera de los tres administradores concursales, tanto a los que sean profesionales como al que sea acreedor, y ya sean personas físicas o jurídicas<sup>197</sup>.

En estos casos en los que el juez del concurso atribuye competencias específicas a algún miembro de la administración concursal, en base al art. 35.2.II LC, también se desata la responsabilidad civil solidaria del resto de administradores concursales, porque el art. 36 LC no hace ninguna especialidad ni en los presupuestos, ni en el régimen general de responsabilidad de los administradores concursales por los actos y omisiones contrarios a la Ley o realizados sin la debida diligencia; es decir, la atribución individualizada de competencias del art. 35.2.II LC no modifica los presupuestos necesarios para exigir responsabilidad al administrador concursal al que se le han atribuido competencias específicas por el juez del concurso. Y ello a pesar de que las decisiones del administrador concursal al que se atribuyen facultades son individuales, adoptadas como si se tratara de un administrador concursal único, que tiene potestad para ejecutarlas en solitario (art. 35.3 LC), y de que es el órgano judicial en exclusiva, y no el órgano de administración concursal, el facultado para atribuir competencias a un administrador *uti singuli* (art. 35.2, *in fine*, LC), y al margen de que, además de oficio, el juez pueda hacerlo a instancia de la administración concursal, porque en ese caso sigue tratándose de una decisión judicial, excluyente y exclusiva, y, por consiguiente, no corresponde a aquélla ni la atribución de competencias, ni la vigilancia o control de la actuación del administrador concursal facultado, tareas que vienen encomendadas al órgano judicial que puede, además, requerir, en cualquier momento a la administración concursal una información específica.

<sup>197</sup> En este último caso, la atribución de competencias será propiamente a la persona jurídica, y no a la persona que ésta hubiera designado para representarla en la administración concursal (art. 30 LC). No obstante, tal y como señala, JUAN Y MATEO, "Artículo 35", cit., pág. 715, parece que esa persona jurídica tiene que ejercer las competencias atribuidas por medio de aquel mismo representante, sin que pueda designar para ello a otro distinto.

A nuestro juicio, nuestro legislador tendría que haber contemplado el régimen de la solidaridad únicamente en los supuestos en los que la administración concursal hubiese instado al juez del concurso a que atribuya competencias individualizadas, ante la posibilidad de incurrir en la llamada *culpa in eligendo*, como consecuencia de la mala elección del destinatario de aquéllas, pero no cuando es el juez del concurso quien de oficio, y sobre la discrecionalidad que le brinda el art. 35.2.II LC, hace uso de esa potestad, sin que la administración concursal intervenga en esa decisión.

Por lo demás, no creemos que este administrador concursal al que el juez le atribuye competencias específicas tenga que asumir un nivel de diligencia superior a los que emplearía como simple miembro del órgano colegiado<sup>198</sup>, ni que el resto de administradores concursales tengan obligación de dirigir o vigilar el ejercicio de aquellas competencias.

#### 3.3.4. Los auxiliares delegados

La administración concursal recibe competencias de la Ley. Éstas representan un conjunto de facultades asignadas legalmente a un sujeto para la mejor realización de un fin concreto, en atención a las condiciones de idoneidad que presentan. El art. 32 LC permite la posibilidad de delegar “determinadas funciones” que corresponden al ámbito competencial legalmente asignado a la administración concursal. Luego, la delegación no comporta la pérdida de la función delegada por el delegante, sino, más bien, un desdoblamiento de las distintas posibilidades de actuación, de tal modo que aquello que antes se podía ejercer únicamente por la administración concursal,

<sup>198</sup> En contra de nuestra postura, JUAN Y MATEO, “Art. 36”, cit., pág. 732, para quien en estos casos de atribución judicial de competencias del art. 36.2.II LC, el administrador concursal tiene que prestar un mayor grado de diligencia y cuidado a los que emplearía si fuese miembro integrante del órgano de administración concursal.

en su calidad de órgano concursal, puede ahora realizarse también por un tercero<sup>199</sup>.

El nombramiento de los auxiliares delegados se encuentra condicionado a la exigencia de “complejidad del concurso”, sin que la LC proporcione elemento alguno que permita determinar cuándo se da esa circunstancia. Luego, compete al Juez del concurso valorar si los administradores concursales (incluso contando con la colaboración de su personal o del personal del concursado) gozan de los conocimientos específicos que requiere el procedimiento, a la vista de su magnitud (v. gr., complejidad de las cuentas, pluralidad de empresas del concursado, número de acreedores y su distinto rango) o naturaleza del negocio (v. gr., formulación constante de datos contables, actividad diaria de venta al público), y, en su caso, si resulta oportuno conceder la autorización a la administración concursal para delegar determinadas funciones y nombrar a auxiliares delegados.

Los auxiliares delegados gozan de una legitimación o poder concursal a su favor similar a la que tienen los administradores concursales. Esto acarrea, de un lado, que los delegados compartan con el órgano de administración concursal el principio general de delimitación del ámbito de heteroeficacia de sus actos: el fin del concurso; y, de otro lado, que los sujetos pasivos de la acción de responsabilidad civil del art. 36 LC vengan determinados por los administradores concursales y los auxiliares delegados, que hubieran sido nombrados por el juez a solicitud de la administración concursal (art. 32 LC), responsables de los daños y perjuicios causados a la masa. Luego, dado que los auxiliares delegados pueden desempeñar funciones propias de la administración concursal, porque no existe separación de competencias entre éstos y los auxiliares delegados en el seno de aquélla, y subsisten las culpas *in omitiendo* e *in comittendo* en ambos, el legislador les aplica a todos el mismo régimen de responsabilidad civil. Es decir, los auxiliares delegados responden por los daños

<sup>199</sup> Sobre la relación existente entre los auxiliares delegados y los administradores concursales, *vid.*, muy especialmente, entre otros, IGNACIO TIRADO, “Art. 32”, *Comentario de la Ley Concursal* (dirs. Rojo, A./Beltrán, E.), t. I, Madrid, 2004, págs. 659-661, y ÁNGEL LLAGÜES, R., *op. cit.*, pág. 19-20. En general, sobre el cargo de auxiliar delegado *vid.* PORFIRIO CARPIO, L.J., *op. cit.*, págs. 128-131.

causados a la masa (art. 36.1 LC) y a intereses directos del deudor, acreedores o terceros (art. 36.7 LC).

Esta responsabilidad no se extiende a la actuación de los “colaboradores internos”, que son, precisamente, aquellos que coadyuvan a la realización de un acto cuya actividad decisoria reside, en última instancia, siempre en el órgano de administración concursal, ni a la actuación de los dependientes del deudor que continúen desarrollando funciones tras la declaración de concurso; responsabilidades que tendrán que determinarse con arreglo a las reglas generales sobre responsabilidad civil por hecho ajeno (art. 1.903 C.c.).

Los auxiliares delegados deben actuar con el mismo grado de diligencia debida que se exige a los administradores concursales; es decir, deben desempeñar su cargo con la diligencia de un “ordenado administrador” y de un “representante leal” (art. 35.1 LC), procurando siempre el interés del concurso, de tal modo, que si, en algún momento, éste colisiona con el propio o con el de los administradores delegantes, deberá siempre realizarse aquello que beneficie en mayor medida al procedimiento concursal.

Ahora bien, se plantea la cuestión de saber si la responsabilidad de los auxiliares delegados se extiende a los administradores concursales; dicho de otro modo, cabe preguntarse si con aquéllos también responden éstos.

Las funciones que reciben los auxiliares delegados provienen directamente de la administración concursal, que es el órgano delegante. El hecho de que el nombramiento se produzca por un auto del juez del concurso no altera esa realidad, ya que la causa por la que la Ley otorga al órgano judicial esta decisión es únicamente la necesidad de control de la operación. De ahí, que la responsabilidad civil de los auxiliares delegados bascule muy directamente sobre la administración concursal, como se deduce de la propia dicción del art. 36.3 LC, hasta tal punto que el régimen de responsabilidad de los administradores concursales se prolonga más allá de sus propios actos como consecuencia de su deber de vigilancia o control sobre la actuación de los auxiliares delegados, a la postre, autores materiales del resultado dañoso. Tanto la responsabilidad de los administradores concursales como la de los auxiliares delegados se producen como

consecuencia del incumplimiento de su deber de diligente administración (que descansa sobre los conceptos abstractos de “ordenado administrador” y “representante leal”), sin que la delegación opere ninguna exoneración, sino más bien determine una distinta medida del deber de diligencia.

Ahora bien, ha de concretarse cuál es el contenido de la responsabilidad de los administradores concursales sobre la actuación de los auxiliares delegados a la luz del deber de diligencia que aquéllos deben desplegar, analizando la oportunidad de la delegación y cómo y cuándo incurrir en culpa *in eligendo, in vigilando, o in instruendo*, porque tras la delegación, en lugar de reducirse los deberes de la administración delegante, se produce una suerte de duplicación de sus funciones

Al permitirse la realización de una concreta función de la administración concursal por un tercero, pero sin perder la titularidad, el que delega adquiere un nuevo deber: la vigilancia de la actividad concursal de la persona en que ha delegado. Así, en esa actividad de fiscalización de la administración concursal, aunque no está legitimada para aumentar las funciones asignadas por el auto judicial, si puede reducirlas, tras considerarlo conveniente, por una modificación sobrevenida de las circunstancias, o, bien, simplemente, por haber cambiado de idea sobre sus propias posibilidades; es decir, la administración concursal puede hacer personalmente más de lo que inicialmente creía.

La administración concursal está legitimada para dar instrucciones a los auxiliares delegados. Ahora bien, por instrucciones no queremos hacer referencia a ningún elemento delimitador del ámbito jurídico de la delegación que conste en la resolución judicial. Los auxiliares delegados, que se encuentran vinculados por ese ámbito de la delegación y las eventuales instrucciones de los administradores concursales, deben disfrutar de un cierto ámbito de libertad en el ejercicio de las funciones delegadas, lo que no impide que las instrucciones puedan venir referidas a cualquier aspecto del ejercicio de las funciones del concurso (el procedimiento, el contenido, el momento y la extensión de la actuación, conducta que debe ser seguida y medios que deben utilizarse, etc.), sin que tengan que ser exhaustivas; es más, tomando en cuenta las circunstancias que han dado lugar a la delegación (la

imposibilidad de ejercer las funciones personalmente dada la complejidad de la situación), éstas serán en muchas ocasiones meramente indicativas, que dejen un margen de maniobra dentro del cual pueda operar la discrecionalidad del auxiliar delegado. Esta libertad se concreta en que el delegado pueda organizar su actividad sin interferencias, de tal modo que aunque las instrucciones puedan hacer referencia a los aspectos de la actuación en que se concreta la función delegada, no pueden venir referidas al modo en que el delegado decide libremente mezclar los recursos a su disposición para ejecutar el acto en los términos que se establezcan.

La LC ha impuesto la responsabilidad solidaria de los administradores concursales y de los auxiliares delegados ante actos y omisiones lesivos de éstos, consiguiendo que la delegación no elimine las facultades del delegante ni haga desaparecer la concurrencia en la gestión de intereses ajenos, como son los del concurso, base de la responsabilidad solidaria. Desde el auto judicial, los administradores concursales tienen la obligación inmediata de controlar el correcto ejercicio de las facultades delegadas, pero sin perder la posibilidad directa de realizar esas mismas facultades personalmente, de ahí que se instaure una responsabilidad concurrente en la que se sustenta la subsistencia de la solidaridad. Consecuentemente, la delegación de facultades sobre los auxiliares delegados no modifica el régimen general de responsabilidad concursal de los administradores concursales. Esta aparente contradicción se entiende únicamente si se tiene en cuenta que el juez del concurso nombra a los auxiliares delegados sobre la propuesta presentada por los administradores concursales (art. 32.1 LC), lo que justifica la solidaridad de todos ellos.

Luego, nuestra LC refuerza la responsabilidad de los administradores concursales impidiéndoles que se inhiban, en caso de delegación de facultades a favor de los auxiliares delegados, de las consecuencias del incumplimiento de los deberes y obligaciones que se confía a éstos. Ahora bien, para que surja la responsabilidad de los administradores concursales por la actuación de los auxiliares delegados es necesario que se verifique la responsabilidad personal de un auxiliar delegado, conforme al régimen previsto en el art. 36 LC; es decir, es necesario que un auxiliar delegado realice, en el ejercicio de las funciones propias de

su cargo, un acto u omisión contrario a la ley o sin la diligencia debida, y que este acto u omisión cause un daño a la masa (art. 36.1 LC), o al deudor, a un acreedor o a un tercero (art. 36.7 LC).

En suma, conforme al régimen impuesto en el art. 36.3 LC todos los miembros de la administración concursal son responsables solidarios junto a los auxiliares delegados por los actos y omisiones de éstos; es decir, a todos les afecta el riguroso deber de diligencia y, como garantía de su cumplimiento, el régimen de responsabilidad solidaria, pero aquéllos pueden probar su exculpación subjetiva por haber observado el grado de diligencia a ellos exigido para evitar o prevenir el daño [por ejemplo, demostrando que han advertido a los auxiliares delegados que su actuación viene siendo inadecuada; que les han impartido todas las órdenes o instrucciones necesarias para que cumplan adecuadamente las tareas encomendadas; o, en suma, que han solicitado al juez la revocación del nombramiento como auxiliar delegado (art. 37.1 LC) para impedir la indebida actuación que vienen mostrando en el desempeño de su cargo]. Ello perjudica al autor material del daño, es decir al auxiliar delegado, que únicamente queda exonerado de su responsabilidad si prueba haber actuado diligentemente.

No contempla el art. 36 LC la responsabilidad de aquel administrador acreedor personal que designa un profesional para que lo “sustituya por representación”. Éste puede no adoptar una conducta diligente en su actuación. A pesar del vacío legal, creemos que, en este caso, nos encontramos ante un supuesto de culpa *in eligendo* merecedor de sanción, porque no se entendería que los auxiliares delegados cuya colaboración se intuye más reducida en cantidad y calidad hagan responsables de sus actos a los administradores concursales con quienes colaboren, y no lo hagan, en el caso del profesional designado por el acreedor personal.

### 3.4. Tramitación procesal

El art. 36.4º y 5º LC regula el régimen jurídico aplicable al ejercicio de la acción de responsabilidad civil contra los administradores



concursoales, sin distinguir entre la acción de responsabilidad civil por daños causados a la masa concursal (“acción de responsabilidad concursal”) y a los intereses individuales (deudor, acreedores o terceros), por lo que resulta aplicable a ambos supuestos las reglas contenidas en dichos apartados. Además, como veremos más adelante<sup>200</sup>, no hay que descartar la posibilidad de que ambas acciones puedan acumularse (art. 71 LEC) en el supuesto de que se causen daños tanto a la masa concursal como a los intereses particulares del deudor, de los acreedores o de terceros.

El procedimiento previsto para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil contra los administradores se sustanciará por los trámites del juicio declarativo (ordinario o verbal) correspondiente por razón de la cuantía (art. 248 LEC<sup>201</sup>), sin que existan en esta materia especialidades procesales; así que habrá que atender a las reglas de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre el particular, representando esta regla una excepción al régimen general, conforme al cual las cuestiones suscitadas durante el concurso se ventilarán a través del incidente concursal (art. 192 LC)<sup>202</sup>.

Lo que sí representa una especialidad es la competencia del juez para conocer de esa acción, pues corresponde al que conozca o haya conocido del concurso (art. 36.4 LC). El carácter unitario que debe presidir los diferentes procedimientos concursales es lo que lleva al legislador a concentrar en el mismo Juzgado todas las cuestiones y acciones relacionadas con el mismo, y, por tanto, entre ellas, las acciones de responsabilidad civil contra los administradores concursales<sup>203</sup>. La segunda previsión del art. 36.4 LC llama sobremano a

<sup>200</sup> Vid. *infra*, apdo. VI.8.

<sup>201</sup> Este precepto hace referencia a las dos modalidades de procesos declarativos: el juicio ordinario y el juicio verbal. Cfr. los arts. 249 y 250 LEC relativos al ámbito de cada uno de esos procedimientos.

<sup>202</sup> Conforme con el art. 192.1 LC “Todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y no tengan señalada en esta ley otra tramitación se ventilarán por el cauce del incidente concursal”.

<sup>203</sup> Art. 86 ter LOPJ, introducido por la Ley Concursal, si bien, curiosamente, dicho artículo no se refiere a este supuesto, que por lo tanto es de competencia del juez por previsión del art. 36.4 LC. El Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley Concursal, a este respecto, advirtió que “la proyectada regulación debiera acentuar la separación del respectivo ámbito de cada una de esas

atención, porque implica que aunque el concurso se haya concluido cabrá accionar contra los administradores concursales, y en tal caso será competente el juzgado de lo Mercantil que conoció de aquél.

El ejercicio de la acción de responsabilidad civil contra los administradores concursales por daños contra la masa se iniciará con la interposición de la correspondiente demanda<sup>204</sup>, acompañada de los correspondientes documentos, escritos y objetos, relativos al fondo del asunto<sup>205</sup>, lo que no implica la destitución automática del demandado o demandados que todavía se encuentren en el ejercicio del cargo<sup>206</sup>. Ahora bien, cabe plantearse si el demandante puede solicitar en su demanda la destitución del demandado o demandados. La LEC admite esa posibilidad al disponer en su art. 71.2 que “el actor podrá acumular en la demanda cuantas acciones le compete contra el demandado,

dos distintas acciones de responsabilidad y centrar en el Juez del concurso y en la acción especial de responsabilidad de administradores y auxiliares cuantos daños y perjuicios se causen a la masa y a quienes tengan derechos e intereses al respecto, mientras que su responsabilidad por otro tipo de perjuicios quedaría deferida a los cauces procesales generales”.

<sup>204</sup> Así lo disponen los arts. 399 y 437 LEC. El escrito de demanda no es formalista. No obstante, los usos forenses han acuñado fórmulas o estructuras, cuyo mantenimiento es aconsejable, porque facilitan su entendimiento. Cabe distinguir determinados apartados, que suele darse en todo escrito de demanda y, también, en la de acción de responsabilidad civil contra los administradores: i) Juzgado al que se dirige, en nuestro caso, al Juez que conozca o haya conocido del concurso (art. 36.4 LC); ii) Encabezamiento que, a su vez, se suele separar en dos subapartados: a) circunstancias personales o subjetivas y postulación procesal de la parte actora; b) clase de juicio o proceso (en nuestro caso, el juicio declarativo –ordinario o verbal– correspondiente por razón de la cuantía –art. 248 LEC–); iii) Hechos; iv) Fundamentos de derecho: procesales y de fondo; v) Suplico; vi) Otrosíes, que pueden ser varios, con sus suplicos correspondientes, en los que, respectivamente, se efectuarán manifestaciones y peticiones accesorias.

<sup>205</sup> El art. 265 LEC es el que detalla los documentos, medios e instrumentos, certificaciones y notas sobre cualquiera asientos registrales, dictámenes periciales, informes de investigación, que pueden acompañar a la demanda.

<sup>206</sup> La demanda, propiamente dicha, termina con el *petitum*, que representa el suplico principal. En él se incluye previamente las peticiones formales referentes a la iniciación del proceso y a su curso, para concluir con la petición o peticiones a las que ha de dar respuesta la sentencia. En nuestro caso, debe tomarse en consideración al formular el *petitum* de la demanda lo dispuesto en el art. 219 LEC, señaladamente en sus apdos. 1 y 3.

aunque provengan de diferentes títulos, siempre que aquéllas no sean incompatibles entre sí<sup>207</sup>. Consecuentemente, quienes ejerciten una acción de responsabilidad frente a los administradores concursales demandados podrán, pues, solicitar su destitución al juez del concurso de conformidad con el régimen legal sobre separación del cargo por justa causa, al margen de la facultad del juez de acordarla de oficio (art. 37)<sup>208</sup>.

Corresponde al actor (deudor o acreedores), la prueba de los presupuestos de la responsabilidad *ex* art. 36.1 LC. Esa prueba tiene por objeto, según el art. 281 LEC, los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso, la costumbre y el derecho extranjero. Pretendida, en nuestro caso, la condena a los administradores concursales a reparar los daños y perjuicios causados a la masa, habrá que probarse los hechos que, subsumidos en el supuesto fáctico del art. 36 LC, tienen como consecuencia jurídica dicha concreta tutela judicial pretendida, señaladamente la efectividad del daño o perjuicio, el comportamiento ilícito de los administradores concursales demandados, la relación de causalidad entre ambos y el criterio subjetivo de imputación<sup>209</sup>. Corresponderá a los administrado-

<sup>207</sup> “Será incompatible el ejercicio simultáneo de dos o más acciones en un mismo juicio y no podrán, por tanto, acumularse cuando se excluyan mutuamente o sean contrarias entre sí, de suerte que la elección de una impida o haga ineficaz el ejercicio de la otra u otras” (art. 71.3 LEC).

<sup>208</sup> Ante la demanda los administradores concursales demandados pueden comparecer o no en el proceso. Si no comparecen, serán declarados en rebeldía. Este *status* y sus efectos son regulados por la LEC con carácter general (arts. 496-508). Si comparecen pueden evacuar el trámite de contestación a la demanda o no hacerlo. Esta última posibilidad resulta teórica, y raramente se dará en la práctica. Es posible que antes de contestar a la demanda se den otras circunstancias, aunque éstas no se refieren sólo al demandado: desistimiento del juicio o renuncia a la acción de la parte demandante o del demandado reconviniente (art. 19.1 LEC); transacción y suspensión (art. 19 y 179.2 LEC); terminación del proceso por satisfacción extraprocésal o carencia sobrevenida de objeto (art. 22 LEC); allanamiento del demandado (art. 21.1), que puede ser parcial (art. 21.1); sucesión procesal, ya sea por muerte (art. 16 LEC), ya sea por transmisión del objeto litigioso (art. 17 LEC), etc.

<sup>209</sup> Aplicado el criterio dispuesto en el art. 217.2 LEC, el actor puede encontrar una gran dificultad para conseguir la prueba del criterio subjetivo de imputación, esto es, la prueba de la falta de diligencia debida en su actuación. Además, y dadas las circunstancias, el actor también puede tener dificultades para probar otros hechos

res concursales demandados la prueba de hechos como la prescripción de la acción de responsabilidad o la de alguno de los hechos exoneradores de su responsabilidad *ex* art. 36.2 LC<sup>210</sup>.

### 3.5. Ineficacia exoneratoria de la aprobación o desaprobación de las cuentas de la administración concursal.

El art. 181.4 LC, en una línea continuísta con la normativa anterior<sup>211</sup>, establece que “la aprobación o la desaprobación de las cuentas

que, según el art. 217.2 LEC, le corresponde probar. En estos casos consideramos que la regla del art. 217.2 LEC debe completarse con lo dispuesto en el art. 217.6 LEC, conforme al cual “para la aplicación de lo dispuesto en los partados anteriores (en nuestro caso, el apartado 2) de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes” (el paréntesis es nuestro). Conforme con esa regla el legislador pone de relieve que, en ciertos casos especiales, las reglas generales contenidas en los apdos. 2 y 3 del art. 217 no habrán de ser inflexiblemente aplicadas, sino que el juez habrá de tomar en consideración la facilidad o disponibilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes. Si los administradores concursales tienen mayor facilidad para probar que obraron diligentemente o por su proximidad a las fuentes o por la disponibilidad de los medios de prueba, el juez habrá de valorar la prueba del demandante atemperada o ampliada con la valoración de la conducta procesal de los liquidadores demandados, que obraron pasivamente en cuanto a la práctica de la prueba basándose para ello en la inexistencia de la carga, y despreciando la facilidad o disponibilidad de la prueba de que su comportamiento fue diligente. Creemos que la norma del art. 217.6 LEC da solución adecuada a las dificultades probatorias que puede tener el actor cuando se trata de probar la falta de diligencia debida de los administradores concursales.

<sup>210</sup> El acto del juicio es de capital importancia. No obstante, si los actos que lo preceden se han desarrollado debidamente, se simplifica bastante, sobre todo si, en la audiencia previa, han quedado claramente delimitados los hechos controvertidos. Una vez practicadas las pruebas, las partes formularán oralmente sus conclusiones sobre tales hechos controvertidos. A estos efectos harán un resumen de cada una de las pruebas practicadas sobre aquellos hechos. Podrán, asimismo, alegar lo que resulte de la carga de la prueba sobre los hechos que reputen dudosos (art. 433.2 LEC). Una vez expuestas sus conclusiones sobre los hechos controvertidos, cada parte podrá informar sobre los argumentos jurídicos en que se apoyen sus pretensiones, que no podrán ser alteradas en ese momento (art. 433.2 LEC)

<sup>211</sup> CERDÁ ALBERO y SANCHO GARGALLO, *Curso de Derecho Concursal*, Madrid, 2000, pág. 176, recuerdan que aunque la junta apruebe las cuentas, el quebrado o los acreedores podrán impugnar judicialmente el acuerdo (art. 1134

no prejuzga la procedencia o improcedencia de la acción de responsabilidad de los administradores concursales”, con lo que permite al deudor o a los acreedores para ejercitar la acción de responsabilidad contra aquéllos por daños a la masa incluso tras la aprobación o, en su caso, desaprobación de las cuentas<sup>212</sup>. La justificación de la norma se encuentra en la creencia de que la aprobación de las cuentas no puede significar un *quitus* que suprima toda posible responsabilidad en que puedan haber incurrido los administradores concursales. Téngase en cuenta que el resultado y saldo final de las operaciones realizadas por la administración concursal pueden no traslucir actuaciones dañosas para la masa, ni las cuentas tienen que ser fiel reflejo de la forma en que se ha llegado a la situación que ellas recogen. De ahí, la independencia de la aprobación de las cuentas y de la acción de responsabilidad que puede ejercitarse incluso por el deudor o por los acreedores que no hubieren formulado oposición a las cuentas con arreglo al régimen legal (art. 181.2 LC). Ahora bien, la no aprobación

C.c. 1829). Ello se tramitará por el juicio declarativo ordinario dentro de la Sección segunda de la quiebra (art. 1364 LEC 1881). Junto a esta acción podrá ejercitarse también la de repetición, reclamando los daños y perjuicios causados a la masa por fraude, malversación o negligencia (art. 1365 LEC1881).

<sup>212</sup> Se trata del mismo principio que aparece recogido, por un lado, en el art. 134.3 LSA (e, igualmente, en el art. 69 LSL), al establecer que la aprobación de las cuentas anuales por la junta no impide el ejercicio de la acción de responsabilidad y, por otro lado, en el art. 133.3 LSA, conforme al cual, los administradores sociales no quedarán exonerados de responsabilidad, aunque el acto lesivo haya sido aprobado o ratificado por la junta general. Los argumentos tradicionalmente esgrimidos para justificar estas normas y que nos pueden servir de base para entender lo dispuesto en el art. 181.4 LC son, de un lado, que el legislador pretende con ello reforzar el grado de independencia y autonomía con que los administradores ejercen las competencias que le han sido conferidas [URÍA, R./MENÉNDEZ, A./GARCÍA DE ENTERRÍA, J., “La sociedad anónima: órganos sociales. Los administradores”, en *Curso de Derecho Mercantil, I. Empresario. Establecimiento mercantil y actividad empresarial. Derecho de la competencia y de la propiedad industrial e intelectual. Derecho de sociedades* (coord. R. Uría y A. Menéndez), Madrid, 1999, págs. 895 y ss.] y, de otro lado, que los administradores sociales no pueden aprovechar el déficit de información que puedan sufrir a través de la documentación que somete a su aprobación y, en consecuencia, no pueden ampararse en una inicial aprobación de su gestión para exonerarse después de toda responsabilidad en que hayan incurrido (AURIOLÉS MARTÍN, A., “Notas sobre la acción social de responsabilidad contra los administradores de la Sociedad Anónima”, AC, vol. III, 1994, págs. 125 y ss.).

de las cuentas determinará, en cambio, la inhabilitación temporal de los administradores para ser nombrados en otros concursos (art. 181.4 LC)<sup>213</sup>, tanto si se trata de formar parte de un órgano colegiado (art. 27.1) como si se trata de integrar un órgano unipersonal (art. 27.2.3º y 191.2 LC).

Por lo demás, la aprobación de las cuentas de los administradores concursales tampoco afecta a la tramitación de las acciones de responsabilidad que se hubieran ejercitado con anterioridad y estuvieran tramitándose en ese momento.

### 3.6. Prescripción de la acción de responsabilidad

Como sabemos, el transcurso del tiempo puede ocasionar, por imperativo legal, la adquisición y la extinción de derechos. Este segundo fenómeno, esto es, la prescripción extintiva, ha sido prevista expresamente en el art. 36.5 LC. El plazo de prescripción fijado por el precepto para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil contra los administradores, seguramente en paralelismo con el fijado en materia de sociedades mercantiles para la responsabilidad de los administradores, se ha establecido, finalmente<sup>214</sup>, en cuatro años<sup>215</sup> (art. 36.5).

Para determinar el momento de inicio del cómputo o *dies a quo* para ejercitar la acción de responsabilidad civil contra los administradores concursales en interés de la masa, el art. 36.5 LC emplea dos

<sup>213</sup> Este último inciso del art. 181.4 LC no es sino una reiteración del art. 28.2.2º inciso LC, que establece que no podrá ser nombrados administradores concursales quienes se encuentren inhabilitados conforme el art. 181 por sentencia firme de desaprobación de cuentas de un concurso anterior.

<sup>214</sup> Decimos “finalmente” porque en el Proyecto de LC el plazo de prescripción era de dos años.

<sup>215</sup> Este plazo coincide con el plazo previsto en el art. 949 C. de c. respecto del ejercicio de las acciones contra los socios gerentes o administradores de compañías o sociedades. Concretamente, dicho precepto señala que “La acción contra los socios gerentes y administradores de las compañías o sociedades terminará a los cuatro años, a contar desde que por cualquier motivo cesaren en el ejercicio de la administración”.

criterios: uno subjetivo —el conocimiento del daño por el actor— y otro objetivo —la cesación en el cargo de los administradores concursales—. El fin del cómputo o *dies ad quem* tendrá lugar cuatro años después, siempre que no se haya interrumpido mediante reclamación judicial o extrajudicial (arts. 944 C.co. y 1973 C.c.), en cuyo caso el cómputo se inicia de nuevo y finaliza más tarde<sup>216</sup>.

La LC dispone que se aplique en primer lugar, aunque no con carácter excluyente, el criterio subjetivo (es decir el momento en que el actor tuvo conocimiento del daño por el que reclama —y no, por tanto, el momento en que dicho daño se produjo—), lo que representa una auténtica excepción al régimen general previsto tanto en el C.c. (art. 1.972) como en el C. de c. (art. 949), que emplean como criterio único la cesación en el cargo. Esta novedad resulta, a nuestro juicio, acertada en el sentido de que el actor puede conocer la existencia de una conducta dañosa, contraria a los intereses de la masa concursal, mientras ésta se está gestionando, lo que le permitirá interponer la correspondiente acción de responsabilidad civil, sin tener que esperar necesariamente a la cesación en el cargo de los administradores concursales. Hay que recordar que el daño por el que se reclama lo es a la masa concursal, no necesaria y específicamente al demandante.

Ahora bien, y como quiera que el legislador intuye que el conocimiento del actor puede ser muy posterior al momento en que se produjo el daño, la LC dispone, en pos del principio de seguridad jurídica, que la acción de responsabilidad deberá ejercitarse antes de que vengán los cuatro años desde el cese del administrador o administradores frente a los que se reclama. Luego, si los sujetos legitimados para interponer las acciones de responsabilidad desconocen la existencia de unos daños durante la gestión de la masa concursal, la cesación en el cargo actuará indefectiblemente, como segundo criterio, en la determinación del momento inicial del cómputo. Es

<sup>216</sup> La unificación del régimen de interrupción de la prescripción de las obligaciones ha sido perfilada por el Tribunal Supremo a través de una jurisprudencia muy consolidada, que admite la reclamación judicial o extrajudicial en la reclamación de las obligaciones civiles y mercantiles, *vid.*, entre otras, las SSTS de 4 de diciembre de 1995 (RJ 9157), 21 de septiembre de 1998 (RJ 7285), 31 de diciembre de 1998 (RJ 9769), 21 de marzo de 2000 (RJ 2022) y 31 de marzo de 2001 (RJ 4780) donde nuestro Tribunal Supremo se ha orientado decididamente en la dirección apuntada.

decir, el administrador concursal cesado sólo puede ser demandado por responsabilidad en los cuatro años siguientes a su cese. De este modo, al establecerse un criterio de carácter objetivo que se aplica con independencia de la previa aplicación del primer criterio (subjetivo) del art. 36.5 LC, se evitan las posibles alegaciones que el perjudicado pudiera realizar de desconocimiento de los daños con el objeto de retrasar el inicio del cómputo.

En este segundo criterio la LC no aclara si el cese del administrador concursal debe ser de hecho o de derecho, aunque la dicción literal del art. 36.5 LC (“que hubieren cesado en su cargo”) y el art. 37 LC (que alude a un “procedimiento” de cese) aconsejan entender —pese a la interpretación restrictiva a que debe someterse el instituto de la prescripción— que la acción debe ejercitarse antes de cuatro años desde el cese de derecho del administrador, *item* más cuando el auto de cese permite al actor —por público y notorio— conocer sin lugar a dudas el momento efectivo en que el administrador concursal dejó de serlo, ahorrándole elucubraciones sobre el momento exacto en que el administrador obvió —o se deshizo— de sus competencias.

El *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción será la fecha de la renuncia por causa grave (art. 29.3), la fecha de la sentencia que resuelva el incidente concursal de recusación a favor del recusante (art. 33.4), la fecha del auto por el que se acuerde la separación del cargo por justa causa (art. 37.3), la fecha del auto de separación del cargo por prolongación indebida de la liquidación (art. 153), la fecha de la sentencia de aprobación del convenio (art. 133.2 LC), la fecha en que se produzca la firmeza del auto de la Audiencia Provincial que revoque en apelación el auto de declaración de concurso (art. 176.1.1º), la fecha del auto de conclusión del concurso por la íntegra satisfacción de los acreedores (art. 176.1.3º), la fecha del auto de conclusión del concurso por la inexistencia de bienes y derechos del concursado (art. 176.2.4º), o, por último, la fecha del auto de conclusión del concurso por la firmeza de la resolución que acepte el desistimiento o la renuncia de la totalidad de los acreedores reconocidos (art. 176.2.5º). Pasados cuatro años a partir de alguna de estas fechas ya no cabe tal

demanda, aunque el daño se haya conocido con posterioridad<sup>217</sup> o no hayan transcurrido cuatro años desde el conocimiento del perjuicio.

La Ley no aclara si es suficiente con el cese del administrador concursal, o si además éste debe haber sido inscrito en el Registro público a que se refiere el art. 198 LC<sup>218</sup>. Creemos que resulta más razonable con el espíritu de la LC considerar que los cuatro años se cuentan desde el cese, y/o desde su inscripción en aquél Registro. Ahora bien, aunque no se comparta esta postura no hay dudas en que el plazo contaría al menos desde que el tercero que reclama conociera la realidad del cese aún no inscrito, en virtud de lo dispuesto en los arts. 20 y 21 C.de c.

### 3.7. La sentencia condenatoria de responsabilidad de los administradores concursales

En nuestro Derecho de daños toda la regulación de la responsabilidad civil tiene como finalidad última la reparación del daño causado compensándolo y restableciendo, de este modo, el orden jurídico. El art. 36 LC es claro a la hora de establecer la obligación por parte de los administradores concursales de responder de los daños y perjuicios causados a la masa, pero no indica nada respecto a cómo evaluar el daño ocasionado y, en consecuencia, fijar la indemnización que aquéllos deben satisfacer.

<sup>217</sup> Para Vicente ILLESCAS, "Derecho concursal...", pág. 232, si el daño se revela con posterioridad al cese (e incluso pasados cuatro años desde el mismo), el plazo cuenta desde ese conocimiento. No compartimos esta postura, porque a nuestro juicio el tenor literal de la LC es claro ("...y, en todo caso..."), y no admite duda alguna.

<sup>218</sup> Esta misma cuestión se ha venido suscitando en materia de responsabilidad social en sociedades anónimas y limitadas, con una jurisprudencia muy vacilante; así, mientras en unas ocasiones nuestro Tribunal Supremo afirma que si el cese no ha sido inscrito no es oponible a terceros, de modo que el administrador cesado sigue respondiendo (cfr. SSTS de 30 de octubre de 2001 -RJ 2001/8140- y 2 de abril de 2002 -RJ 2002/2531-), en otras mantiene que si el administrador cesado ya no ejercía el cargo cuando se realizó el evento dañoso no puede responder, pese a la falta de inscripción de tal cese (cfr. SSTS de 23 de diciembre de 2002 -RJ 2003/637- y 24 de diciembre de 2002 -RJ 2002/10969-).

La finalidad de la acción de responsabilidad civil contra los administradores concursales del art. 36.1 LC es la reintegración de la masa del daño causado por su actuación. Al no determinar el art. 36 LC el alcance del daño resarcible, resulta necesario acudir al art. 1.106 C.c., conforme al cual la indemnización de daños y perjuicios comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante. Así pues, los administradores concursales deben responder tanto de la posible disminución patrimonial efectiva producida a la masa, como de la hipotética ganancia dejada de percibir<sup>219</sup>, como consecuencia de un comportamiento contrario a ley o realizado sin la debida diligencia.

En el caso de que los administradores concursales sean condenados por los actos y omisiones causados a la masa concursal estarán obligados a indemnizar en los términos fijados en la sentencia. Si son condenados durante el concurso, la indemnización consistirá en un crédito a favor de la masa, que podrá compensarse, si se cumplen los presupuestos del art. 1196 C.c., con los créditos contra la masa de que fueran titulares los administradores concursales condenados<sup>220</sup>, pero no con los créditos concursales de que fueran titulares los administradores concursales acreedores. En cambio, si la condena se produce una vez concluido el concurso, la indemnización será un crédito del deudor, cuyo nacimiento significa la reapertura del concurso por aparición de nuevos bienes y derechos (arts. 178 y ss. LC).

En cualquiera de los supuestos apuntados, una sentencia favorable al actor le da derecho al reembolso de los gastos necesarios soportados para ese cometido con cargo a dicha indemnización, debiéndose reintegrar el resto a la masa (art. 36.6 LC). Es decir, la LC viene a configurar una especie de crédito "por reembolso" con cargo a la masa a favor del actor que, habiendo perseguido una declaración de responsabilidad y condena pecuniaria contra el administrador concursal, consiga ambas y logre, además, percibir de forma efectiva alguna cantidad. Ello representa todo un estímulo a no dejar inmune la actuación de la administración concursal y una medida, a todas luces, positiva ya

<sup>219</sup> *Vid.*, sobre los conceptos de lucro cesante y daño emergente, *supra*, apdo. V, I.4.2., y, muy especialmente, en la doctrina, SANTOS BRIZ, J., "La responsabilidad civil...", cit., págs. 258 y ss.

<sup>220</sup> Por ejemplo el crédito a la retribución a que se refiere el art. 34.1 LC.

que la iniciativa de uno o varios acreedores beneficia a todos, incluso al deudor. Ahora bien, el art. 36.6 LC viene a imponer al actor un “plus” ciertamente criticable, porque éste debe, además, lograr que la condena obtenida sea efectiva y ello no sólo de forma material, sino eminentemente “líquida”. De ahí, que parezca que la LC no premie la consecución de un crédito directamente ejecutable para la masa sino tan sólo la efectiva entrada de dinero. Además, la forma expositiva del precepto plantea importantes problemas interpretativos.

En primer lugar, el precepto dispone que el actor, en caso de sentencia favorable, tiene derecho al reembolso de los gastos necesarios “con cargo a la cantidad percibida”, de tal modo que de la parte que se condena a pagar como daños y perjuicios se descuentan esos gastos; la masa concursal perjudicada no recupera toda la cantidad de la condena, sino reducida en esa cuantía, y además se reembolsan los “gastos necesarios” pero en ningún caso la deuda del acreedor actor insatisfecho. Además, se trata de unos gastos que no van a ser reembolsados si ya existe una condena en costas que los cubra.

En segundo lugar, el precepto introduce una limitación un tanto imprecisa, al disponer que únicamente se reembolsan “los gastos necesarios que hubiera soportado”, sin que quede muy claro a que necesidad se está refiriendo. Con todo, creemos que esa necesidad no debe interpretarse en un sentido demasiado estricto y que deben reembolsarse todos los gastos que razonablemente se realicen con vistas al ejercicio de la acción (gastos de abogado, procurador, tasas de registros públicos, informes periciales, etc.), aunque finalmente no hayan sido estrictamente necesarios para la resolución del litigio<sup>221</sup>.

En tercer y último lugar, el derecho nace exclusivamente si la sentencia condena a la indemnización de los daños y perjuicios causados, lo que debe entenderse en el sentido de que bastaría una estimación parcial, es decir, una condena al pago de los daños y perjuicios aunque no fuera al total de lo reclamado, sin que sea necesario, consecuentemente una estimación total de la demanda, ni aún menos una condena en costas en virtud del principio de vencimiento (art. 394 LEC).

Esa sentencia condenatoria que recae sobre los administradores concursales que les obliga a indemnizar por los daños causados sobre la masa no es motivo de incapacidad, incompatibilidad o prohibición para ser nombrado administrador concursal (art. 28 LC), ni causa de recusación (art. 33 LC), aunque puede ser tenida en cuenta por el juez a la hora de nombrar administradores concursales en otros concursos. Se trata de una sentencia condenatoria sobre los administradores concursales, que al margen del deber de indemnizar que recae sobre ellos, no conlleva su cese en el cargo, pero el juez puede estimar esa conducta como justa causa de separación y destituirlos, bien de oficio, bien a instancia de cualquiera de las personas legitimadas para solicitar la declaración de concurso, o de cualquiera de los demás miembros de la administración concursal (art. 37 LC). Además, la sentencia condenatoria no supone la pérdida del derecho a la retribución, ni la obligación de devolver las cantidades percibidas, aunque pueda coincidir con esta sanción en los supuestos previstos en el Ley (arts. 74.3, 117.1 y 153.3 LC), ni la inhabilitación temporal para ser nombrado administrador concursal en otros concursos, a diferencia de lo que ocurre con la desaprobación de las cuentas (art. 181.4 LC).

Por último, cabría atender a dos cuestiones básicas, que derivan de la doctrina general sobre el daño pero que ayudan a comprender el alcance de una posible sentencia condenatoria contra los administradores concursales ante un comportamiento contrario a ley o realizado sin la diligencia debida.

En primer lugar, resulta oportuno cuestionarse si en sede de responsabilidad civil de los administradores concursales sería de aplicación la expresión *compensatio lucrum cum damno*; es decir, si habría que atender, y con qué alcance, a la existencia de factores que disminuyan o supriman la obligación resarcitoria de los administradores concursales como consecuencia de la ventaja que aquéllos procuran a la masa, y, consecuentemente, al deudor y a los acreedores. Pues bien, una respuesta adecuada a la cuestión apuntada pasa por diferenciar según la ventaja emane del propio acto dañoso o de otra actuación del administrador concursal. En el primer supuesto, resulta viable dicha compensación (así, por ejemplo, aquellas actuaciones que aunque causan una disminución de la masa tienen por finalidad

<sup>221</sup> En este mismo sentido VALPUESTA GASTAMINZA, E., “Art. 36”, en *Comentarios a la Ley Concursal* (dir. Cerdón Moreno, F.), Navarra, 2004, pág. 331.

última evitar un menoscabo mayor de aquélla). Ahora bien, si lo que se persigue es compensar el daño causado con el beneficio que por su actividad general han ocasionado a la masa, la respuesta a la cuestión planteada ha de ser negativa, ya que ese daño es consecuencia de la posición que ocupa el administrador concursal<sup>222</sup>.

En segundo lugar, en relación con el alcance del daño resarcible conviene tener presente el art. 1.107 C.c., que distingue entre el deudor de buena fe y el de mala fe. El primero, responde de los daños y perjuicios “previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento”. En caso de dolo, en cambio, se amplía la responsabilidad del deudor alcanzando a “todos los que conociadamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación”. Ambos supuestos contemplados en la norma resultan de indudable aplicación a los administradores concursales, porque resultaría contrario a la justicia material que el grado de responsabilidad de los administradores concursales condenados, causantes del daño a la masa, fuera idéntico tanto en el caso de que éste traiga causa de un descuido que, aunque contrario a la diligencia que le exige el art. 35 LC, no reviste una importante gravedad, como en aquél otro en que el daño deviene de un comportamiento consciente orientado a obtener un lucro injustificado.

<sup>222</sup> En este sentido se pronuncia el art. 1.686 C.c., aunque en relación a los socios, que consideramos debe aplicarse por analogía al supuesto que contemplamos. En este sentido, *vid.* las posturas mantenidas por un sector autorizado de nuestra doctrina aunque referidas a la responsabilidad de los administradores sociales de las sociedades anónimas; en concreto, entre otros, GARRIGUES, J., en Garrigues, J./URÍA, R., “Comentario...”, cit., t. II, pág. 163; QUIJANO GONZÁLEZ, *op. cit.*, págs. 208 y ss.; VELASCO ALONSO, A., *La Ley de Sociedades Anónimas, anotaciones y concordancias*, Barcelona, 1973, pág. 380.

## VII. LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS A INTERESES PARTICULARES

### 1. PRELIMINAR

Los actos y omisiones de los administradores concursales pueden lesionar no solamente a la masa activa del concurso sino también a los intereses de ciertas personas individualmente, como el deudor, los acreedores y los terceros (art. 36.7 LC). Se trata, también, en este caso, de una aplicación próxima del principio general contenido en el art. 1.902 C.c., que exige la acción u omisión, el daño o lesión de un interés y la relación de casualidad entre ambos. Representa una acción individual de responsabilidad concursal, que no sustituye ni elimina las demás acciones dirigidas a resarcir los daños y perjuicios causados a la masa activa por la actuación de los administradores concursales (si tuviera ese carácter sustitutivo o excluyente vendría determinado expresamente por el precepto), y cuyos efectos pueden quedar suavizados cuando, a juicio del juez, concorra culpa del perjudicado (art. 1.103 C.c.).

Esta acción individual de responsabilidad tiene por finalidad proteger no la masa activa del concurso en su conjunto, como la acción concursal especial, sino los intereses del deudor, de los acreedores o de terceros que se han visto lesionados como consecuencia de los actos y omisiones de los administradores concursales y auxiliares delegados. Normalmente esta acción de responsabilidad será la contenida en el art. 1.902 C.c., ya que el administrador concursal al actuar negligentemente o de forma contraria a la ley, ha ocasionado un perjuicio a un tercero. Pero nada impide que esa acción pueda

ser cualesquiera otras de carácter resarcitorio previstas legalmente, como la acción revocatoria, que están regidas por sus propias reglas de legitimación, prescripción, contenido, etc.

## 2. PRESUPUESTOS MATERIALES DE LA ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD CONCURSAL

El art. 36.7 LC exige únicamente una acción u omisión de los administradores concursales, sin más precisiones. No obstante, resulta imprescindible que la conducta que da lugar a responsabilidad sea contraria a la ley o realizada sin la debida diligencia (es decir, se trata de una acción basada en una actuación negligente del administrador concursal que tiene como patrón específico de esa diligencia el contemplado en el art. 35.1 LC) y que ocasione un daño sobre determinados intereses particulares y no sobre la masa activa.

## 3. LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS AL DEUDOR

Los administradores concursales van a responder por su actuación cuando causen daños a los intereses particulares del deudor; es decir, el perjuicio ha de recaer en intereses o derechos sin repercusión patrimonial. Así, por ejemplo, los administradores concursales responderán sobre el concursado por el daño que le causen cuando no le permitan obtener alimentos durante el concurso, con cargo a la masa, conforme a lo dispuesto en la Ley (art. 47 y 84.2-4º LC), o cuando el daño se haya producido sobre sus bienes o derechos que sean inembargables (arts. 605 y ss. LEC). La responsabilidad de los administradores concursales por su actuación surgirá, igualmente, cuando divulguen expresiones o hechos, o revelen datos concernientes al concursado, siempre que esa conducta dañe la imagen o prestigio de esa persona (art. 7 Ley 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen). En muchos de esos supuestos puede ser difícil diferenciar

cuándo los daños se producen al deudor y cuándo se causan a la masa activa porque, por definición, los daños a la masa activa lesionan el interés del deudor.

## 4. LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS A LOS ACREEDORES

Los administradores concursales, con su actuación, pueden igualmente atentar contra los intereses particulares de los acreedores a lo largo de todo el procedimiento concursal. Durante la fase de reconocimiento y clasificación de créditos, la conducta de los administradores concursales puede causar daños a los intereses particulares de los acreedores clasificando un crédito en un grupo inferior en el orden de prelación al que le corresponda (art. 89 y ss. LC); omitiendo la comunicación personal, por cualquier medio que acredite su recibo, que deben dirigir a cada uno de los interesados que hayan sido excluidos, incluidos sin comunicación previa del crédito, por cuantía inferior o con calificación distinta a las pretendidas (art. 95 LC); no incluyendo en la lista un crédito que debiera figura en ella (art. 86 LC); incluyendo un crédito pero con un importe menor que el debido<sup>223</sup>. Pero los daños también se pueden ocasionar por los administradores concursales durante la fase de convenio (por ejemplo cuando actuando uno de ellos como presidente de la junta de acreedores por designación judicial –art. 116.2 LC- prive a algún acreedor del derecho de asistencia, voz o voto, o durante la fase de liquidación) o durante la fase de liquidación (así ocurrirá cuando dejen de satisfacer total o parcialmente el crédito de un acreedor concursal por no haber respetado el orden de pago previsto en la ley –arts. 154 y ss. LC–, sin perjuicio de la posibilidad que asiste a este acreedor de repetir de otro u otros las cantidades indebidamente percibidas).

<sup>223</sup> Como se ha apuntado los efectos de la acción de responsabilidad individual concursal del art. 36.7 LC pueden quedar suavizados cuando, a juicio del juez, concurra culpa del perjudicado (art. 1103 C.c.). Ello puede suceder cuando un acreedor hubiera proporcionado a la administración concursal datos incorrectos o equívocos en el escrito de comunicación del crédito (art. 85.3 LC), o cuando hubiera dejado pasar la oportunidad de impugnar la lista de acreedores (arts. 96 y 97 LC).



## 5. LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS A TERCEROS

### 5.1. Preliminar

Puede suceder que la actuación de la administración concursal resulte lesiva a los intereses de terceros, de ahí que el art. 36.7 LC los legitime para el ejercicio de acciones de responsabilidad contra los actos y omisiones de los administradores concursales que vengán a lesionar sus intereses, lo que nos lleva a destacar los supuestos más llamativos en los que los administradores concursales pueden, con su actuación, atentar contra los intereses de esos terceros.

### 5.2. Los titulares de créditos contra la masa

Los acreedores de la masa no forman parte propiamente de la lista de acreedores pues sus créditos figuran en relación separada<sup>224</sup>, de ahí que no estén vinculados por el contenido del convenio que, en su caso, se alcance y que puedan ser calificados, a los efectos del art. 36.7 LC, como “terceros”. Y es que la prededucción<sup>225</sup> de los créditos contra la masa que consagra el art. 154.1 LC y el hecho de que los mismos no formen parte de la masa pasiva (art. 84 LC) hace que esta clase de créditos no concurra con los restantes acreedores del deudor común, de tal forma que pueden calificarse de créditos extraconcursales. Estos créditos, cuyo pago se realiza de una forma ordinaria, como si no existiera concurso, porque se trata sencillamente de créditos que no se ven afectados por el concurso de acreedores abierto, únicamente pueden hacerse efectivos en el seno del procedimiento concursal, sobre el patrimonio del concursado y mientras éste subsista como masa activa del concursado (con exclusión, claro está, de los bienes afectos a privilegio especial), aunque si este patrimonio fuera insuficiente

<sup>224</sup> De ahí que estos acreedores no disfruten del derecho a asistir a la junta de acreedores, ya que, de acuerdo con lo establecido en el art. 118 LC, este derecho ha de ser reconocido sólo a los acreedores que hayan sido incluidos en la lista.

<sup>225</sup> *Vid.*, Exposición de Motivos, III, donde se señala que “los créditos contra la masa operan como prededucibles”.

para satisfacer todos los créditos de la masa, éstos subsistirían (total o parcialmente) en la medida en que no hubieran podido ser íntegramente satisfechos con arreglo al criterio del vencimiento establecido en el art. 154.3 LC.

Pues bien, los administradores concursales pueden, bajo determinadas circunstancias, responder personalmente frente a los titulares de esos créditos contra la masa, a que se refiere el art. 84.2 LC, por el importe no satisfecho de esos créditos.

En primer lugar, tal y como se ha apuntado, el art. 154 LC establece el deber de los administradores concursales de prededucir de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra ésta a sus respectivos vencimientos, cualquiera que sea el estado del concurso. El incumplimiento de este deber de pago en prededucción por parte de los administradores concursales, respecto de algún o algunos de los créditos contra la masa, permitirá a sus titulares ejercitar la acción de responsabilidad contra aquéllos siempre que, como consecuencia de ello, estos créditos hubieran quedado total o parcialmente insatisfechos, lo que no impide que, además, los titulares de esos créditos contra la masa puedan repetir de los acreedores concursales las cantidades indebidamente percibidas.

En segundo lugar, los titulares de créditos contra la masa pueden exigir responsabilidad a los administradores concursales cuando surjan nuevas deudas de la masa, y los administradores concursales hayan incumplido el deber de no contraer nuevas obligaciones cuando la masa activa del concurso resulte insuficiente para pagarlas (art. 154 LC).

Ahora bien, para que surja la responsabilidad de los administradores concursales en estos casos, es necesario que se cumplan los presupuestos a los que se refiere el art. 36.7 LC; es decir, una acción u omisión de los administradores concursales que, además, y como venimos defendiendo, ha de ser contraria a la ley o realizada sin la debida diligencia, y un daño directo sobre los intereses del tercero lesionado y no sobre la masa activa. Ello nos lleva a analizar estos presupuestos.

En primer lugar, es necesario que el crédito insatisfecho haya nacido como consecuencia de un acto u omisión de los administradores concursales, por lo que éstos no tendrán que responder ante la imposibilidad de pago de los créditos contra la masa que hubiesen nacido al margen de su voluntad, como ocurre con los créditos salariales por los últimos treinta días de trabajo (art. 84.2.1º LC), las costas y gastos judiciales ocasionados por la declaración de concurso (art. 84.2.2º LC), o los créditos por alimentos (art. 84.2.4º), pero sí responderán de los créditos que vienen constituidos por las costas y gastos judiciales derivados de los juicios que, en interés de la masa, continúen o inicien los administradores concursales (art. 84.2.3º LC), de aquellos otros que derivan de la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso (art. 84.2.5º LC), y de los que deriven de la continuación de contratos pendientes de cumplimiento (arts. 61.1 y 84.2.6º LC).

En segundo lugar, el nuevo crédito contra la masa debe tener su origen en una actuación *culpable* de los administradores concursales, es decir, que les resulte imputable la imposibilidad de satisfacer aquellos créditos, lo que sucederá indudablemente cuando la administración concursal continúe asumiendo obligaciones o gastos después de haber constatado (o haber debido constatar) la insuficiencia de la masa activa para satisfacer el coste del concurso, sin que exista posibilidad de ejercitar acciones de reintegración de la masa ni de responsabilidad de terceros en medida suficiente para esa satisfacción (art. 176.3 LC). Téngase en cuenta que los administradores concursales tienen los deberes de pagar los créditos de la masa de forma ordinaria y extracontractual y, paralelamente, de no contraer nuevas obligaciones cuando resulte patente la insuficiencia de la masa<sup>226</sup>.

<sup>226</sup> Téngase en cuenta que, como hemos apuntado, *supra* apdo. VI.5.3 los efectos de esta acción individual de responsabilidad concursal pueden quedar suavizados cuando, a juicio del juez, concorra culpa del perjudicado (art. 1103 C.c.), en este caso el acreedor. Esto puede suceder, como señala JUAN Y MATEO, F., "Art. 36", cit., pág. 738, cuando el acreedor hubiera sido consciente al conceder crédito a la masa (por ejemplo, gracias a la información proporcionada por los administradores concursales) de que la probabilidad de no cobrar era mayor que la de hacerlo.

En tercer y último lugar, tiene que producirse un daño para el acreedor de la masa al quedar total o parcialmente insatisfecho el crédito por falta de bienes en la masa activa. Ello ocurrirá en el caso de que alguien sea inducido a contratar con el deudor en base a cierta información falsa o inexacta evacuada por la administración concursal, o en el supuesto de que se interponga de mala fe la acción de reintegración contra un tercero sin cumplirse claramente los requisitos exigidos por el art. 71 LC.

### 5.3. Los titulares de bienes y derechos separables de la masa

Conforme con el principio de universalidad instaurado en el art. 76 LC constituyen la masa activa del concurso los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración de concurso y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento. En relación con los bienes de propiedad ajena que se encuentren en poder del concursado y sobre los cuales éste no tenga derecho de uso, garantía o retención, la administración concursal tiene el deber de entregarlos a sus legítimos titulares, a solicitud de éstos; es decir, deben ser separados del patrimonio concursal (art. 80 LC). Pero cabe la posibilidad de que los legítimos titulares de esos bienes que se encuentran en poder del deudor no soliciten la separación de sus bienes del patrimonio concursal, lo hagan trascurrido un cierto período de tiempo o sobre bienes cuya pertenencia resulte dudosa. En el caso de concurso necesario, donde se suspende el ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, corresponderá a la administración concursal el ejercicio de esas facultades (art. 40.2 LC) sobre todos los bienes que se encuentren en poder del deudor al tiempo de declararse el concurso, incluidos, claro está, los bienes de propiedad ajena sobre los que no tenga derecho de uso, garantía o retención, aquéllos cuya pertenencia al concursado resulte dudosa, o cuya separación ha sido solicitada por un tercero. Pues bien, los administradores concursales responderán frente a los titulares legítimos de esos bienes por sus actos y omisiones negligentes, realizados en el ejercicio de su competencia, que los dañen o deterioren.

Es posible que los administradores concursales se vean imposibilitados para separar de la masa activa los bienes de propiedad ajena que se encuentren en poder del concursado y sobre los cuales éste no tenga derecho de uso, garantía o retención, a pesar de haber sido solicitada dicha separación por los legítimos titulares. Esa imposibilidad puede provenir por diferentes motivos, incluso por una actuación negligente de los administradores concursales que han podido enajenar dichos bienes susceptibles de separación a tercero de quien no puedan reivindicarse, a pesar de que conocían (o podrían haber conocido, en el caso de haber actuado con la diligencia debida) que esos bienes pertenecían o podían no pertenecer al concursado.

Este supuesto legitima a los titulares de los bienes separables y enajenados por una actuación negligente de los administradores concursales para exigirles responsabilidad, mediante el ejercicio de la acción individual concursal, sin que ello impida, además, que los titulares legítimos de esos bienes puedan hacer uso de otros remedios previstos legalmente para los casos de imposibilidad de separación de los bienes enajenados por el deudor antes de la declaración del concurso (art. 81 *per analogiam*), como puede ser que los titulares legítimos de los bienes y derechos exijan la cesión del derecho a recibir la contraprestación si todavía el adquirente no la hubiere realizado, o comunicar a la administración concursal, para su reconocimiento en el procedimiento concursal, el crédito correspondiente al valor que tuvieran los bienes y derechos en el momento de la enajenación o en otro posterior, a elección del solicitante, más el interés legal.

## 6. LEGITIMACIÓN ACTIVA

Si el daño sufrido por los administradores en el desempeño de sus competencias lesiona directamente los intereses individuales del deudor, de los acreedores o de los terceros, la legitimación activa corresponde a cualquiera de ellos ex art. 36.7 LC. Es decir, la responsabilidad de los administradores concursales por su actuación no se agota ante el ejercicio por el deudor y los acreedores de la acción a que se refiere el art. 36.1 LC, sino que el art. 36.7 LC permite al deudor,

a los acreedores y a los terceros que hubieran visto lesionado su patrimonio individual ejercitar la correspondiente acción de reparación de los daños y perjuicios sufridos

## 7. PRESCRIPCIÓN

Como hemos visto, el art. 36.5 LC dispone claramente que la acción de responsabilidad prescribirá a los cuatro años. Ahora bien, no cabe dudas de que esta clara referencia sobre el plazo de prescripción se refiere a la acción de responsabilidad en interés de la masa (art. 36.1 LC). Sin embargo, surge el problema en relación a la acción individual de responsabilidad del art. 36.7 LC que guarda silencio respecto al plazo de prescripción. En suma, en torno a la acción individual de responsabilidad a que se refiere el art. 35.7 LC surge la duda de si su plazo de prescripción es el de un año del art. 1.902 C.c. o el de cuatro años del art. 36.5 LC.

A nuestro juicio, este plazo de prescripción de cuatro años del art. 36.5 LC es aplicable tanto para la acción de responsabilidad civil contra los administradores concursales por daños a la masa concursal, como por daños a otros intereses individuales —del deudor, de los acreedores o de los terceros—<sup>227</sup>, y ello porque, aunque el art. 36.7

<sup>227</sup> En contra de nuestra postura VALPUESTA GASTAMINZA, E., *op. cit.*, pág. 332, para quien el plazo de prescripción del art. 36.7 LC debe ser el propio de la acción que se ejercita. La LC difiere, afortunadamente, en este aspecto, de la LSA, donde, frente al silencio del legislador en lo concerniente al plazo de prescripción correspondiente a cualquiera de las acciones de responsabilidad (social o individual), la doctrina (*vid.*, entre otros, SÁNCHEZ CALERO, F., “Administradores”, *cit.*, págs. 336-337; ARROYO MARTÍNEZ, I., “Art. 133. Responsabilidad”, *cit.*, pág. 1445; GARRIGUES, J., en Garrigues, J./Uría, R., “Comentario...”, *cit.*, II, pág. 199; RUBIO, J., *op. cit.*, pág. 267; POLO SÁNCHEZ, E., *op. cit.*, págs. 378 y ss.) y la jurisprudencia [cfr. STS de 29-04-1999 (RJ. 1999/8697), fundamento jurídico segundo; SAP de Madrid de 31 de enero de 2000 (RJ. 2000/3097)] acogieron dos posturas diferentes, dependiendo del carácter contractual o extracontractual de la relación existente entre el administrador y el sujeto legitimado activamente para interponer la acción. Así, cuando estemos ante una relación entre socios y administradores, se aplicaría el plazo de prescripción de cuatro años establecido en el art. 949 C.c., tanto en el ámbito de la acción individual como en el de la acción social de responsabilidad, aunque el ejercicio de esta última presente una escasa

LC no haga alusión alguna al plazo de prescripción de esta segunda acción, debe tenerse presente que tanto una como otra acción van dirigidas a exigir responsabilidad a los administradores concursales, y por tanto, en la medida en que el art. 35.5 LC no hace distinciones, y, por consiguiente, tampoco procede hacerlas allí donde la propia Ley no las hace, hay que aplicar el plazo de los cuatro años también a la acción individual de responsabilidad del art. 36.7 LC. Además, si acudimos al criterio de la analogía parece más coherente aplicar el art. 36.5 LC en lugar del art. 949 C.co., aunque, desde el punto de vista práctico ambos preceptos contemplen idéntico plazo de prescripción.

Con todo, creemos que la jurisprudencia tendrá mucho que decir en torno al silencio del art. 36.7 LC en relación al plazo de prescripción de la acción contemplada por él. Si los Tribunales, finalmente, descartan la aplicación del plazo del art. 36.5 LC para la acción del art. 36.7 LC, habría que acudir, a falta de solución en nuestro Código de Comercio (arts. 942 y ss.), supletoriamente a las disposiciones del Código Civil (arts. 1961 y ss.), y, por consiguiente, estimar que el plazo de prescripción es de un año (arts. 1.968.2 LC), en el supuesto de que la responsabilidad de los administradores concursales con el deudor, acreedores y terceros sea de naturaleza extracontractual, o de quince años, en caso contrario (art. 1964)<sup>228</sup>

No obstante, hubiera sido conveniente que en el apdo. 7 del art. 36 LC se incluyese la siguiente expresión al final del texto: “la acción de responsabilidad de este apartado tendrá el mismo plazo prescriptivo que el establecido en el número 5 de este artículo”; y ello, no solo por razones de seguridad, sino también de claridad en la técnica legislativa empleada, lo que permitiría dejar patente que el plazo preceptivo es

utilidad práctica. Por el contrario, cuando la acción de responsabilidad individual sea ejercitada por los terceros o por los mismos socios –cuando éstos actúen como terceros– se aplicará el plazo anual del art. 1.968.2 C.c., en conexión con los arts. 943 C. de co., y 1.902 C.c.

<sup>228</sup> En este mismo sentido, entre otros, MACHADO PLAZAS, J., “Comentario al art. 36”, en *Nueva Ley Concursal* (coord.. Sala, a./Mercadal, F./Alonso-Cuevillas, J.), Barcelona, 2003, pág. 221; ILLESCAS RUS, A.V., “Comentario al art. 36”, en *Derecho concursal práctico* (coord.. Fernández-Ballesteros, M.A.), Madrid, 2004, pág. 233.

igual en un tipo de acción que en otra, dada su semejante naturaleza y finalidad.

En el supuesto de que, finalmente, los Tribunales interpreten que no es aplicable a la acción individual de responsabilidad del art. 36.7 LC el plazo prescriptivo de cuatro años a que se refiere el art. 36.5 LC, el inicio del cómputo o *dies a quo* comienza el día en que pudieron ejercitarse las acciones (arts. 943 C.co. y 1969 C.c.), y el *dies ad quem* o fin del cómputo se producirá, si no ha habido interrupción, al fin del período que, según lo ya explicado, se considere que exista para interponer la acción.

## 8. ACUMULACIÓN DE ACCIONES

Como hemos apuntado<sup>229</sup>, es posible que un mismo acto u omisión de los administradores concursales causen un daño a la masa y a los intereses particulares del deudor, de los acreedores o de los terceros, en cuyo caso le es dado al perjudicado optar entre el ejercicio por separado de la acción de responsabilidad por daños a la masa y de la acción individual que se deriva del art. 36.7 LC, o acumularlas en un solo procedimiento (art. 71 LEC). Entre estas acciones existe un indudable nexo en el título o causa de pedir, porque ambas pretenden reparar o indemnizar el daño causado por los administradores concursales por los actos y omisiones realizados en el ejercicio de su cargo. Luego, el actor puede intentar ejercitar su derecho a reclamar la reparación del daño ocasionado, bien, en unas ocasiones, basándose cada una de aquellas acciones en sus causas propias, bien, en otras, mezclando los hechos, preceptos y argumentos que fundamentan una y otra. Ahora bien, la posibilidad de acumular la acción del art. 36 LC con la del art. 1.902 C.c., se hará, siempre, deslindando claramente que cada una de ellas responde a fundamentos en parte diferentes. Así, mientras la primera exige demostrar un daño a la masa concursal y busca que el administrador concursal condenado indemnice a ésta, no al demandante, la segunda, en cambio, debe probar un perjuicio concreto al deudor, a los acreedores o a terceros y pretende un resarcimiento

<sup>229</sup> *Supra* apdo. V.3.4.

individual al actor. Luego, en el supuesto de que se acumulen ambas acciones el súplico tiene que ser completamente distinto para cada una y basar cuál de las acciones ejercitadas es petición subsidiaria respecto de la otra<sup>230</sup>.

<sup>230</sup> Así, por ejemplo, en el suplico de la demanda se puede hacer constar la siguiente expresión: “Indemnícese a la masa concursal o, si no se estima la acción del art. 36 LC, subsidiariamente, indemnícese al actor con base en el art. 1.902 C.c.” (o viceversa)

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, II-1, Barcelona, 1980
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Interés social y derecho de suscripción preferente. Una aproximación económica*, Madrid, 1995.
- “La llamada acción individual de responsabilidad contra los administradores sociales”, *RdS*, núm. 18, 2002, págs. 45-76.
- ALONSO UREBA, A., “Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima”, *RDM*, núm. 198, octubre-diciembre 1990, págs. 639 y ss
- “La responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal (el art. 171.3 del Anteproyecto de Ley Concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad)”, *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001* (dir. García Villaverde, R./Alonso Ureba, A./Pulgar Ezquerro, J.), Madrid, 2002, págs. 265 y ss
- ÁNGEL YAGÜES, R., “Responsabilidad de la administración concursal” ponencia presentada al V Congreso Nacional de la Asociación Española de Abogados Especializados en RC y Seguro sobre “La Responsabilidad Civil en la Ley Concursal”, publicado en pdf, en Internet.
- ARANGUREN URRIZA, F. J., “Disolución de la sociedad anónima”, *Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación*, (dir. Garrido de Palma, V.M./Sánchez González, J.C./Aranguren Urriza, F.J./Martínez Fernández, T.A./Gardeazabal del Río, F.J.), Madrid, 1990, págs. 575 y ss

- “Los órganos de la sociedad anónima: II. Los administradores de la sociedad anónima”, *Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación* (dir. Garrido de Palma, V.M./Sánchez González, J.C./Aranguren Urriza, F.J./Martínez Fernández, T.A./Gardeazabal del Río, F.J.), Madrid, 1990, págs. 495 y ss.
- ARROYO MARTÍNEZ, I., y EMBID IRUJO, J.M. (coord.), *Comentarios a la ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Madrid, 1997
- “Art. 133. Responsabilidad”, *Comentarios a la Ley de sociedades anónimas* (coord. Arroyo Martínez, I./Embido Irujo, J.M.), II, Madrid, 2001, págs. 1385 y ss.
- y BOET SERRA, “Art. 134. Acción social de responsabilidad”, *Comentarios a la Ley de sociedades anónimas* (coord. Arroyo Martínez, I./Embido Irujo, J.M.), II, Madrid, 2001, págs. 1421 y ss.
- AURIOLES MARTÍN, A., “Notas sobre la acción social de responsabilidad contra los administradores de la Sociedad Anónima”, *AC*, vol. III, 1994, págs. 125-140
- BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, 1987
- en AA.VV., “Comentario a los artículos 1904 a 1105 del C.c.”, en AA.VV., *Comentario del Código Civil*, t. II, Madrid, 1991
- BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *La disolución de la sociedad anónima*, 2ª ed., Madrid, 1991
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Régimen general de la responsabilidad civil de los administradores de las sociedades de capital”, *Responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital* (coords. Galán Corona, E. y García-Cruces González, J.A.), Madrid, 1999

- BÉRGAMO LLABRÉS, A., *Sociedades Anónimas (Las acciones)*, III, Madrid, 1970
- BONELLI, F., “La responsabilità degli amministratori di s.p.a.: giurisprudenza attuale e prospettive”, *Giur. Comm.*, I, 1986, págs. 58 y ss.
- *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano, 1992
- BRENES CORTÉS, J., “Comentario a la Sentencia de 26 de octubre de 2001”, *CCJC*, núm. 58, enero-marzo 2002, págs. 375-392
- BROSETA PONT, M., “La responsabilidad de los administradores”, *Estudios Barrera Graf*, I, México, 1989, págs. 247 y ss.
- *Manual de Derecho Mercantil*, vol. I, 11ª ed., (revisión de Martínez Sanz, F.), Madrid, 2002
- CANDELARIO MACÍAS, M. I., “El nuevo régimen italiano sobre la administración extraordinaria de la gran empresa en situación de insolvencia –nuevo régimen italiano, viejo régimen español–”, *Derecho de los Negocios*, núm. 117, 2000, págs. 11-22
- CARRASCO PERERA, A., “Comentario al art. 1.101 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. Albaladejo, M.), t. XV, 1º, Madrid, 1989, págs. 374 y ss.
- “Comentario al art. 1.106 del Código civil”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. Albaladejo), t. XV, vol. 1º, Madrid, 1989, págs. 670 y ss
- CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, t. III: *Derecho de obligaciones, la obligación y el contrato en general*, 13ª ed., Madrid, 1983
- CERDÁ ALBERO, F. y SANCHO GARGALLO, *Curso de Derecho Concursal*, Madrid, 2000
- CORTADAS ARBAT, R./LLATIÓS SANUY, I./CAPDEVILA FRANCÀS, J./CAPDEVILA DALMAU, D. *La Administración concursal*, Barcelona, 2005

- CRISTÓBAL MONTES, A. *El incumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1977
- DE ÁNGEL YÄGUEZ, R., *Responsabilidad civil*, Bilbao, 1988
- “Comentarios a los arts. 1.106 y 1.107 C.c.”, en *Comentarios al Código civil* (dirs. Paz-Ares Rodríguez/Díez-Picazo/Bercovitz Rodríguez-Cano, Salvador Coderch), II, Madrid, 1991, págs. 45-53
- *Tratado de responsabilidad civil*, 1993
- *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Madrid, 1995
- “Artículo 1.902 Código civil”, en *Comentario del Código civil*, (coord. Sierra Gil de la Cuesta), t. 8, Madrid, 2000, págs. 271 y ss.
- DE LA OLIVA SANTOS/DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ y VEGAS TORRES, *Derecho Procesal. Introducción*, 2ª ed., Madrid, 2001.
- DE LOS MOZOS, J.L., *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho civil español*, Barcelona, 1965
- DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Elementos de Derecho civil de Lacruz*, II-1, Barcelona, 1985
- DEUTSCH, E., *Unerlabte Handlungen, Schadenerstz und Schmerzensgeld*, 2 Afl., Köln, Berlin, München, 1993
- DÍAZ MUYOR, M., *La reactivación de la sociedad anónima disuelta*, Madrid, 1994
- DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima*, Madrid, 1995
- *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, Navarra, 2004
- DÍAZ-REGAÑON GARCÍA-ALCALÁ, C./UREÑA MARTÍNEZ, M., en *Comentarios a la Ley Concursal*, (coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), vol. I, (artículos 1 a 115), “Artículo 36”, Madrid, 2004

- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, 5ª ed., -2ª en Civitas-, Madrid, 1996
- *Derecho de daños*, Madrid, 1999
- “Los Juzgados de lo mercantil”, *La reforma de la legislación concursal* (dir. Rojo, A.) Madrid-Barcelona, 2003
- y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil*, vol. II, 9ª ed., Madrid, 2001
- y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil*, vol. I, 11ª ed (reimpresión), Madrid, 2003
- DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., “Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de sociedades anónimas”, en *Derecho de sociedades anónimas. La fundación*, t. I, Madrid, 1991, págs. 15-110
- ESTEBAN VELASCO, G., en AA.VV. (coord. Pau Pedrón, A.), *Comentarios a la Ley de Agrupaciones de interés Económico*, Madrid, 1992
- voz, “Responsabilidad civil de los administradores”, *EJBC*, 1995, pág. 5912 y ss.
- “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a socios y a terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución”, *RdS*, 1995, págs. 47 y ss
- “La acción individual de responsabilidad”, en *La responsabilidad de los administradores* (dir. Rojo Fernández-Río, A./Beltrán Sánchez, E.), Valencia, 2005, págs. 155 y ss.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “El régimen de responsabilidad de los administradores en la Ley de Sociedades Anónimas: supuestos, principios y problemas”, *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, nº.5, junio, 1997, págs. 9 y ss.
- y GARCÍA-PITA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Responsabilidad de los administradores de sociedades de capital en la esfera

- jurídico-societaria”, en *Responsabilidad de Consejeros y altos cargos de sociedades de capital*, Madrid, 1996
- “La responsabilidad jurídica del Consejo de Administración”, *Revista Dirección y Progreso*, nº 159, mayo-junio, 1998
- y SÁNCHEZ ALVAREZ (coord), *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid, 2004
- FONT RIBAS, “La asegurabilidad de la responsabilidad de los administradores de sociedades”, en AA.VV., *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital* (coord. Galán Corona, E. y García-Cruces González, J.A.), Madrid, 1999, págs. 99-116
- GALLEGO SÁNCHEZ, E., *La intervención judicial en la suspensión de pagos*, Valencia, 1999
- “Art. 36”, *Ley Concursal. Comentarios, jurisprudencia y formularios* (coord. Gallego Sánchez, E.), t. I, Madrid, 2005, págs. 435-459
- GARCÍA AMIGO, M., “Consideraciones a la buena fe contractual”, *A.C.*, 2000-1, marg. 1-15
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, 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)”, *Aranzadi Civil*, núm. 18, febrero 2004, págs. 15-34
- GARCÍA VILLAVERDE, R./ALONSO UREBA, A./PULGAR EZ-QUERRA, J., *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley concursal de 2001*, Madrid, 2002
- GARRETA SUCH, J. M., “La responsabilidad de los administradores en la sociedad anónima”, *RJC*, 1981, págs. 585-627
- *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de sociedades*, Madrid, 1991.

- GARRIDO GARCÍA, J.M., *Las instrucciones en el contrato de comisión*, Madrid, 1995
- “La reforma del derecho concursal español (reflexiones entorno a la Propuesta de Anteproyecto de la Ley concursal del Profesor Ángel Rojo)”, *RDBB*, núm. 64, 1996, págs. 889-943
- GARRIGUES, J./URÍA, R., *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, vol. II, Madrid, 1976
- *Negocios fiduciarios en el Derecho mercantil*. Madrid, reimpresión 1991.
- GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades Anónimas*, Valladolid, 1952
- “La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima en el Derecho español”, *ADC*, 1959, págs. 419-450
- “Introducción (temario para una encuesta)” y “Los institutos concursales en el Anteproyecto de Ley concursal: sus funciones y relaciones”, *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley concursal*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, núm. 8, Madrid, 1985, págs. 7-28 y 133-134, respectivamente
- GÓMEZ MARTÍN, F., “Art. 36”, *Comentarios a la legislación concursal* (dirs. Sánchez-Calero Guilarte, J./Guilarte Gutiérrez, V.), Valladolid, 2004, págs. 655-665
- GÓMEZ ORBANEJA, *El ejercicio de los derechos*, Madrid, 1975
- GONZÁLVEZ AGUADO, G., “La práctica concursal en el marco de la actual y futura normativa en función de los órganos del concurso”, *Crisis Económica y Derecho Concursal*, Madrid, 1989, págs. 184-188
- GONZÁLEZ POVEDA, P., *La administración judicial de la masa*, Escuela de Verano del Consejo General del Poder Judicial, La Coruña, junio de 2001
- GULLÓN BALLESTEROS, A., “Comentario al art. 4 C.c.”, en *Comentarios al Código civil* (dirs. Paz-Ares/Díez-Picazo, Ber-



- covitz Rodríguez-Cano, Salvador Coderch), I. Madrid, 1991, págs. 19-31
- HERNÁNDEZ MARTÍ, J., "La quiebra: Primera Junta de acreedores. Los síndicos", en *Quiebra, suspensión de pagos e insolvencias punibles*, Valencia, 2001
- HERRERA CUEVAS, E.J., "Algunas cuestiones del estatuto de la administración concursal", *Diario La Ley*, núm. 6437, 9 de mayo de 2006
- ITURMENDI, G., "La responsabilidad de los administradores en la sociedad anónima", *RES*, nº 64, octubre-diciembre 1990, págs. 37-93
- IGNACIO TIRADO, "Artículo 32", *Comentario de la Ley Concursal*, (dirs. Rojo, A./Beltrán, E.), t. I, Madrid, 2004, págs. 645-667
- "Artículo 37", *Comentario de la Ley Concursal*, (dirs. Rojo, A./Beltrán, E.), t. I, Madrid, 2004, págs. 741-754
- ILLESCAS ORTIZ, R., "La adaptación del Derecho español al Derecho comunitario europeo", en *L'adhésion de l'Espagne et du Portugal à la CEE. Bilan et perspectives, Actes du Colloque International de Tâleuse*, 29-30 de enero de 1993, Textos reunidos por F. Guichard y B. Lavallé, Bordeaux, 1993, pág. 977-982
- ILLESCAS RUS, A.V., "Comentario al art. 36", en *Derecho concursal práctico* (coord.. Fernández-Ballesteros, M.A.), Madrid, 2004, págs. 223-233
- IZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid, 2001
- JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987
- JUAN Y MATEO, F., "Artículo 35", *Comentario de la Ley Concursal* (dirs. Rojo, A./Beltrán, E.), t. I, Madrid, 2004, págs. 706-724
- "Artículo 36", *Comentario de la Ley Concursal* (dirs. Rojo, A./Beltrán, E.), t. I, Madrid, 2004, págs. 725-740

- LANFRANCHINI, L. C., *Amministrazione controllata e diritto vigente*, Milán, 1996
- LARENZ, K., *Derecho de obligaciones* (trad. Santos Briz), t. I, Madrid, 1958
- LLEBOT MAJÓ, J. O., *Los deberes de los administradores en la S.A.*, Madrid, 1996
- "El sistema de la responsabilidad de los administradores. Doctrina y jurisprudencia", *RdS*, núm. 7, 1996, pág. 49 y ss.
- LOJENDIO OSBORNE, I., "Delimitación de competencias entre los órganos de la sociedad anónima y modificación de balance", *RDM*, 1976, págs. 281-345
- LORENTE AZNAR, C. J., *La responsabilidad legal de los administradores y directivos de empresas. Régimen jurídico del personal de alta dirección*, Zaragoza, 1994
- MACHADO PLAZAS, J., "Comentario al art. 36", en *Nueva Ley Concursal* (coord.. Sala, a./Mercadal, F./Alonso-Cuevillas, J.), Barcelona, 2003, pág. 221
- MARÍN LÓPEZ, E., "Responsabilidad de los interventores judiciales en la suspensión de pagos", *RJNot.*, julio-septiembre 1994, págs. 285-303
- MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M., "La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima en la nueva normativa", *RCDI*, nº 603, 1991, págs. 491 y ss
- MONTERO AROCA, en Montero Aroca/Gómez Colomer/Montón Redondo/Barona Vilar, *Derecho jurisdiccional. I. Parte general*, Valencia, 13ª ed., 2004
- MORA MATEO, A. "Responsabilidad civil del administrador de la sociedad anónima", *RGD*, nº 591, 1993, págs. 11849-11865
- MORILLAS JARRILLO, M. J., "La reforma del Derecho concursal español: el Proyecto de Ley Concursal de 5 de julio de 2002", *Derecho de los Negocios*, núm. 149, 2003, págs. 1-41

- *Las normas de conducta de los administradores de las sociedades de capital*, Madrid, 2002
- MORRAL SOLDEVILLA, R., “Artículo 35”, *Comentarios a la Ley Concursal* (coords. Sagrera Tizón, J.M<sup>a</sup>., Sala Reixachs, A. y Ferrer Barriendos, A.), Barcelona, 2004, pág. 388-397
- “Artículo 36”, *Comentarios a la Ley Concursal* (coords. Sagrera Tizón, J.M<sup>a</sup>., Sala Reixachs, A. y Ferrer Barriendos, A.), Barcelona, 2004, pág. 397-414
- MOYA JIMÉNEZ, A., *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes. Con las reformas SLNE, el art. 127 LSA y la Ley concursal*, Barcelona, 2004
- MUÑOZ MARTÍN, N., *Disolución y derecho a la cuota de liquidación en la sociedad anónima*, Valladolid, 1991
- OLIVENCIA RUIZ, M., “El Derecho concursal: modernas orientaciones y perspectivas de reforma”, *La reforma de la legislación mercantil*, Madrid, 1979, págs. 315 y ss
- “Planteamiento de la reforma concursal en el derecho español y en el derecho comparado”, *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley concursal*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, núm. 8, Madrid, 1985, págs. 29-45
- “Los deberes de los administradores: el deber de diligencia”, conferencia pronunciada en el Curso *El Gobierno de las compañías Mercantiles en España*, Barcelona, 8 de julio de 1997, texto mecanografiado
- OLIVENCIA (dir), *La Nueva Ley Concursal*, CGPJ. Estudios de Derecho Judicial, 59, Madrid, 2005
- PANTALEÓN PRIETO, F., “Responsabilidad extracontractual”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. IV, Madrid, 1995, págs. 5942-5948
- “Comentario al art. 1.902 C.c.”, *Comentarios al Código civil*, (Paz-Ares Rodríguez, Díez-Picazo, Bercovitz Rodríguez-Cano, Salvador Coderch), t. II, Madrid, 1991, págs. 1971-2003

- PARRA LUCÁN, “Responsabilidad civil de administradores de sociedades”, *Tratado de responsabilidad civil* (coord. Reglero Campos), 2<sup>a</sup> ed., Navarra, 2003, págs. 1359-1441
- PEDRO MORO, J.L. DE y MARROQUÍN PARRA, F., “La diligencia y la lealtad de los administradores en las sociedades anónimas”, *La Ley*, n<sup>o</sup> 4836, de 9 de julio de 1999, págs. 1-7
- PERDIGUERO BAUTISTA, E., “Especialización judicial mercantil. Avanzando hacia una justicia ágil, moderna y eficaz”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2004, págs. 191 y ss.
- PÉREZ CARRILLO, E., *La administración de la Sociedad Anónima. Obligaciones, responsabilidad, aseguramiento*, Madrid, 1999
- “El deber de diligencia de los administradores de sociedades”, *RdS*, n<sup>o</sup> 14, 2000, págs. 275-323
- PÉREZ CEPEDA, A. I., *La Responsabilidad de los Administradores de Sociedades: Criterios de Atribución*, Barcelona, 1997
- POLO DÍEZ, A., *Ante una nueva reforma de la Sociedad Anónima*, Barcelona, 1965
- POLO SÁNCHEZ, E., *Los administradores y el Consejo de Administración de la Sociedad Anónima (artículos 123 a 143 de la Ley de Sociedades Anónimas)*, en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, (dir. Uría, R./Menéndez, A. y Olivencia, M.), t. VI, Madrid, 1992
- PORFIRIO CARPIO, L.J., *El acceso a la administración concursal (examen del artículo 27 de la Ley Concursal)*, Valencia, 2005
- PORTELLANO DÍEZ, P., *El deber de fidelidad de los administradores mercantiles y oportunidades de negocio*, Madrid, 1996
- PUIG BRUTAU, J., “La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima”. *RDP*, XLV, enero-diciembre 1961, págs. 361-371
- *Fundamentos de Derecho civil*, I-2, Barcelona, 1976

- QUIJANO GONZÁLEZ, J., *La responsabilidad civil de los Administradores de la Sociedad Anónima. Aspectos sustantivos*, Valladolid, 1985
- RAMÍREZ, J., *Derecho concursal español. La quiebra*, Barcelona, 1959
- REGLERO CAMPOS, “Los sistemas de responsabilidad civil”, en *Tratado de responsabilidad civil* (coord. Reglero Campos), Navarra, 2003, págs. 181-218
- RIESCO MILLA, J., “Los Juzgados de lo mercantil en la futura Ley concursal”, *Derecho de los Negocios*, núm. 141, junio 2002, págs. 1-5
- ROCA TRÍAS, “Comentario al art. 4 C.c.”, en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. XXI, vol. 2º, Madrid, 1986.
- *Derecho de daños. Textos y materiales*, 3ª ed., Valencia, 2000.
- RODRÍGUEZ-ARTIGAS, F./QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Los órganos de la sociedad anónima: junta general y administradores”, en *El nuevo Derecho de las sociedades de capital* (dir. Quintana Carlo, I.), Zaragoza, 1989, pág. 122 y ss.
- RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D./HUERTA BISECA, Mª.I., “¿Más responsabilidad de los administradores en el Anteproyecto de Ley concursal de 2001?”, *Derecho de los Negocios*, núm. 139, abril 2002, págs. 1 y ss
- RODRÍGUEZ SAN VICENTE, M. M., “La intervención judicial en la suspensión de pagos”, *Derecho Concursal II, Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1996, págs. 77-82
- “Los Juzgados de lo mercantil”, *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la reforma concursal*, Madrid, 2003, págs. 161-171
- ROJO FERNÁNDEZ-RIO, A., “Las opciones del Anteproyecto de Ley Concursal”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 8, Madrid, 1985, págs. 88-131

- en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Suplemento al nº 1768*, de 15 de febrero de 1996
- y BELTRÁN SÁNCHEZ, E., *La responsabilidad de los administradores*, Valencia, 2005
- ROSCOE POUND, *An introduction to the philosophy of law*, New York, 1945
- RUBIO, J., *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, 3ª ed., Madrid, 1974
- SAGRERA TIZÓN, J.M., *Comentarios a la ley de suspensión de pagos*, 2ª ed., Barcelona, 1989
- SACRISTÁN BERGIA, F., “La naturaleza de la responsabilidad de los administradores por no promoción de la disolución”, *RdS*, núm. 6, 1996, págs. 268-390
- SALELLES CLIMENT, J.C., *El funcionamiento del Consejo de Administración*, Madrid, 1995
- SALVADOR CODERCH, P. y CASTIÑEIRA PALOU, M.T., *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Madrid, 1997
- SÁNCHEZ CALERO, F., “Supuestos de responsabilidad de los administradores en las sociedades anónimas”, *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea (Estudios en homenaje a José Girón Tena)*, Madrid, 1991, págs. 903-934
- *Administradores. Artículos 123 a 143*, en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, t. IV, Madrid, 1994
- *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. II, 26ª ed., Madrid, 2004
- SANTAMARÍA PASTOR, J., *Comentarios al Código Civil*, II, Madrid, 1958
- SANTOS BRIZ, J., “La culpa en Derecho civil, ampliación actual de su concepto”, *RDP*, 1967, págs. 615 y ss.

- *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y derecho procesal*, I y II, Madrid, 1993
- SCHÄFER, H.B./OTT, C. *Manual de análisis económico del derecho civil* (trad. Española), Madrid, 1991
- SCHMIDT, K., “Estudio preliminar. Fundamentos del nuevo derecho concursal alemán. La Ley alemana de insolvencia de 1994 (*InsO*)”, (trad. Al español supervisada por pulgar Ezquerra), *Estudios sobre el anteproyecto de ley concursal de 2001*, (García Villaverde, R./Alonso Ureba, A./Pulgar Ezquerra, J.), Madrid, 2002, págs. 15 y ss
- SEQUEIRA MARTÍN, A., “La eficacia de las causas de disolución en la sociedad anónima según la Ley de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la CEE en materia de sociedades y su regulación en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas”, *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid, 1991, págs. 1043 y ss.
- SEQUEROS SAZATORNIL, F., “La responsabilidad civil y penal de los administradores en Derecho concursal”, *Diario La Ley*, 1 de febrero de 2006, núm. 6412, págs. 1-10.
- SUAREZ-LLANOS GÓMEZ, L., “Responsabilidad de los administradores de sociedad anónima (disciplina jurídica de la acción social)”, *ADC*, 1962, págs. 921-997
- TIRADO MARTÍ, J.L., “Síndicos y administradores. Reflexiones en torno a la competencia del órgano de administración durante la quiebra de la sociedad de capital”, *RDM*, núm. 236, 2000, págs. 509-543
- “La sindicatura concursal”, en AA.VV., *La reforma de la legislación concursal* (dir. Rojo, A.), Madrid-Barcelona, 2003, págs. 151-224
- TORRES DE CRUELLES, J. y MAS Y CALVET, R., *La suspensión de pagos*, 2ª ed., Barcelona, 1995

- URÍA, R., *Derecho mercantil*, 28ª ed. revisada en colaboración con Aparicio, M.L., Madrid-Barcelona, 2004
- URÍA, R./MENÉNDEZ, A./BELTRÁN, E., “Lecciones correspondientes al derecho concursal”, AA.VV., *Curso de derecho mercantil*, t. II, Madrid, 2001
- URÍA, R./MENÉNDEZ, A./GARCÍA DE ENTERRÍA, J., “La sociedad anónima: órganos sociales. Los administradores”, *Curso de Derecho Mercantil. I. Empresario. Establecimiento mercantil y actividad empresarial. Derecho de la competencia y de la propiedad industrial e intelectual. Derecho de sociedades* (coord. R. Uría y A. Menéndez), Madrid, 1999
- VALPUESTA GASTAMINZA, E., “Art. 36”, en *Comentarios a la Ley Concursal* (dir. Cordon Moreno, F.), Navarra, 2004
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Comentarios a la Ley Concursal. Ley 22/2003, de 9 de julio*, Madrid, 2003
- VEGA PÉREZ, F., “Régimen ético-jurídico en la gestión de entidades financieras”, en AA.VV. *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al Profesor Justino Duque Domínguez*, vol. 1, Valladolid, 1998, pág. 689-707
- VELASCO ALONSO, A., *La Ley de Sociedades Anónimas, anotaciones y concordancias*, Barcelona, 1973
- VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho mercantil*, 3ª ed., t. I, vols. 1º y 2º, Barcelona, 1991
- “Responsabilidad de los administradores en sociedades no operativas”, *Derecho de los Negocios*, núm. 28, 1993, págs. 1 y ss
- “Variaciones mercantiles sobre responsabilidad civil de los administradores y auditores, en vísperas de la unificación concursal”, *Derecho de los Negocios*, núm. 144, septiembre 2002, págs. 1 y ss
- VICENTE DOMINGO, “El daño”, en *Tratado de responsabilidad civil* (coord. Reglero Campos), Navarra, 2003, págs. 219-302

VINEY, G., *Les obligations. La responsabilité: conditions*, París, 1982

YANES YANES, P., "La administración concursal", en AA.VV., *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal* (dirs. García Villaverde, R./Alonso Ureba, A./Pulgar Ezquerro, J.), Madrid, 2003, págs. 173-233