

# **LA RESPONSABILIDAD DE COBERTURA DEL DEFICIT CONCURSAL A CARGO DE LOS ADMINISTRADORES (ARTICULO 172.3 LC)**

MARÍA ISABEL HUERTA VIESCA  
DANIEL RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA

## **ABSTRACT**

Estudio crítico de la nueva responsabilidad sanción de los administradores de las sociedades españolas de capital en concurso, que previene el artículo 172.3 LC.

Se analizan los precedentes del precepto, sus presupuestos y ámbito de aplicación, así como su relación con el sistema de responsabilidad de los administradores en nuestro Derecho de sociedades.

Con ello se buscan salvar las dudas e integrar los defectos de un precepto que presenta una técnica legislativa defectuosa fruto de un deficiente cultivo de la ciencia de la legislación.

## 1.- INTRODUCCIÓN Y ANTECEDENTES

La más importante novedad que supone la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal (LC), en materia de responsabilidad de administradores de las sociedades de capital es el establecimiento de una nueva modalidad de responsabilidad en su artículo 172.3 LC, modalidad que se viene a sumar a las ya existentes en el Derecho societario. Ello supone ya un primer obstáculo, porque hace preciso interconectar Derecho de sociedades y Derecho concursal, algo que de por sí es bastante complejo y que en este caso, como veremos, se hace aún más por los defectos de técnica legislativa que se nos presentan.

Los precedentes del artículo 172.3 LC se encuentran en el artículo 213.2 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley concursal (PALC) redactada por el Profesor Angel ROJO FERNANDEZ-RIO en 1995<sup>1</sup>, precepto que se ubicaba en el Título X ("De la calificación del concurso") y cuya importancia ya fue destacada en su momento tanto por la misma Propuesta como por la doctrina científica que analizó la misma<sup>2</sup>.

Lo primero que llamaba la atención al acercarse al artículo 213.2 PALC 95 era la desmesurada discrecionalidad judicial que confería al Juez del concurso<sup>3</sup>:

1.- Tal discrecionalidad arrancaba ya desde la misma posibilidad de imponer o no dicha responsabilidad a los administradores.

2.- Seguía en lo relativo a su ámbito objetivo, respecto del que

---

<sup>1</sup> Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal, redactada por Angel ROJO FERNANDEZ-RIO, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Suplemento al nº 1768, de 15 de febrero de 1996, en adelante PALC 95.

<sup>2</sup> Ya lo reconoce así el autor de la Propuesta en la Exposición de Motivos 5, párrafo segundo y en ello coinciden todos quienes se han acercado hasta ahora a la PALC 95. Así, PULGAR EZQUERRA, J., "La propuesta de reforma del Derecho Concursal Español de 12 de diciembre de 1995", *RdS*, nº 6, 1996, p. 470; ALCOVER GARAU, G., "Consideraciones generales sobre una alternativa a la reforma propuesta del Derecho Concursal español", *RdS*, nº 6, 1996, p. 488; BELTRAN, E., "Una nueva propuesta de Ley Concursal", *AJA*, nº 237, 14 de marzo de 1996, p. 4. Este precepto proyectaba en España una acción que, advirtió LLEBOT MAJO, J. O., "La responsabilidad de los administradores", *RGD*, nº 657, junio 1999, p. 7.564, estaba en línea con la francesa *action en comblement du passif*.

<sup>3</sup> Vid. la acertada crítica a tan amplia discrecionalidad de ALCOVER GARAU, G., "Consideraciones generales...", ob. cit., p. 488 y "La Responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima por las deudas sociales *ex articulo* 262.5 y los procedimientos concursales", *RdS*, nº 8, 1997, p. 271. Sin hacer crítica, simplemente destaca la facultad judicial de condena a los administradores que contemplaba este precepto, CANDELARIO MACIAS, I., "Una interpretación aproximativa a los materiales para la reforma de la legislación concursal", *Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali*, enero-febrero 1997, p. 130.

sólo se fijaba un límite máximo, cuantificado en la cobertura de la totalidad del déficit patrimonial en beneficio de la masa pasiva<sup>4</sup>.

3.- Proseguía en no aclarar si había una responsabilidad mancomunada o solidaria.

4.- Y culminaba en lo referente al ámbito subjetivo, pues se contemplaba la posibilidad de que la condena abarcara a todos o parte de los administradores, pero sin concretar en función de qué.

Por ello, en aras de la necesaria seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución), consideramos necesario que en el texto definitivo debiera haberse limitado esa amplísima discrecionalidad judicial, pues si el legislador estima que es positivo el hacer responsables a los administradores, de la sociedad víctima de concurso culpable, del déficit patrimonial sufrido por la misma, en beneficio de sus acreedores, deberá imponerse al Juez que en la Sentencia de calificación del concurso resuelva en tal sentido, pero no dejarlo a su arbitrio, sin aportar criterio alguno para decidir en uno u otro sentido. En otro caso, fijense los criterios, tales como participación o no de los administradores, todos o parte de ellos, en las circunstancias que determinan la culpabilidad del concurso, mayor o menor diligencia de los administradores en la gestión social, u otros cualesquiera que puedan ocurrirse y sean razonables, con el objeto de poner coto a esa indeseable discrecionalidad judicial<sup>5</sup>.

## 2.- ANÁLISIS CRÍTICO DEL ARTÍCULO 172.3 LC.

Lamentablemente, los problemas de falta de concreción y de exceso de discrecionalidad judicial que se apreciaban en la PALC no se corrigieron en la LC y ello arrojó un artículo 172.3 LC, de difícil interpretación y que puede ser en el futuro un semillero de conflictos<sup>6</sup>. El

<sup>4</sup> Como advierte ALCOVER GARAU, G., "Consideraciones generales...", ob. cit., p. 488, la cobertura del déficit patrimonial es una sanción muy grave, dada la dicción del artículo 215 PALC 95, que previene tal cobertura incluso sobre la parte objeto de condonación en caso de convenio, así como para la eliminación, en su caso, de la espera, que igualmente se hubiera convenido.

<sup>5</sup> Vid. la reducción de la discrecionalidad judicial que hace LLEBOT MAJO, J. O., "La responsabilidad...", ob. cit., pp. 7.564-7.566, para quien sólo está justificada esta nueva responsabilidad sanción cuando los administradores han incumplido sus deberes de colaboración e información en el concurso (artículo 58 ALC), lo que impediría maximizar el concurso, finalidad fundamental de la nueva legislación concursal para LLEBOT MAJO.

<sup>6</sup> Vid. ALCOVER GARAU, G., "La calificación del concurso", *Estudios sobre el Anteproyecto de*

artículo 172.3 LC es sustancialmente una traslación al texto legal definitivo de la LC del artículo 213.2 PALC, con la primera diferencia de que contempla la condena de los administradores al pago a los acreedores del importe de sus créditos no satisfechos en la liquidación de su masa activa, no la cobertura del déficit patrimonial en beneficio de la masa<sup>7</sup>.

Procede, pues, entrar en el estudio y la interpretación de los diversos aspectos que presenta esta nueva modalidad de responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital españolas.

## 2.1.- PRESUPUESTOS MATERIALES.

La apertura de la fase de liquidación del concurso es calificada doctrinalmente como presupuesto material de esta modalidad de responsabilidad, ya que si no hay tal apertura es imposible que se declare dicha responsabilidad<sup>8</sup>. *Sensu contrario*, el convenio del concurso excluye esta responsabilidad. Pero ¿tiene justificación esta diferencia tan importante para los administradores por el mero hecho de que haya o no liquidación concursal? Si tenemos en cuenta que el convenio, ya consista en una quita, en una espera o en ambas, puede ser igual o más gravoso para los acreedores que la liquidación concursal<sup>9</sup>, que la calificación del concurso como culpable cabe también cuando se haya aprobado el convenio y si partimos de la base indudable de que la finalidad de la responsabilidad que se instaura es resarcitoria para los acreedores, queda patente la incongruencia en este punto del precepto proyectado<sup>10</sup>.

---

*Ley Concursal de 2001*, García Villaverde, R., A. Alonso Ureba y J. Pulgar Ezquerro (dirección), Universidad Rey Juan Carlos, Universidad de Almería y Dillex, Madrid, 2002, p. 257, que habla de la falta de tipificación intolerable del artículo 171.3 ALC 2001; en el mismo sentido ALONSO UREBA, A., "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...*, ob. cit., pp. 306-313.

<sup>7</sup> Como ha observado ALONSO UREBA, A., "La responsabilidad...", ob. cit., p. 271 y como se aprecia con la simple lectura comparada de los artículos 213.2 PALC 95 y 172.3 LC.

<sup>8</sup> *Vid.* GARCIA-CRUCES GONZALEZ, J. A., "Acumulación y coordinación de acciones de responsabilidad de los administradores de una persona jurídica en concurso (Sobre la inserción de la llamada responsabilidad concursal en el régimen general de responsabilidad de administradores)", *AC*, nº 18, enero 2004, consultado en su versión electrónica de [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es).

<sup>9</sup> *Vid.* GARCIA-CRUCES GONZALEZ, J. A., "Acumulación...", ob. cit., p. 252.

<sup>10</sup> En este sentido, *vid.* la crítica de ALONSO UREBA, A., "La responsabilidad...", ob. cit., pp. 306-307 y "La responsabilidad concursal de los administradores", *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal*, García Vi-

Hay además otro presupuesto material sin cuya concurrencia no puede desencadenarse la responsabilidad del artículo 172.3 LC: que la calificación del concurso sea culpable<sup>11</sup>. Por ello, sólo incurrirán en esta responsabilidad los administradores que de forma dolosa o gravemente negligente hubieran generado o agravado el estado de insolvencia de la sociedad, requisitos que exige el artículo 164.1 LC para que el concurso sea calificado como culpable en relación con la conducta de los administradores de la sociedad concursada. Fuera de la concurrencia de esas conductas falta un presupuesto material del artículo 172.3 LC y por ello la posible responsabilidad de los administradores deberá exigirse conforme a la legislación de sociedades<sup>12</sup>. La exigencia de este presupuesto material resulta francamente peligrosa y criticable, ya que:

1.- puede ser una barrera que haga inaplicable el precepto, pues de ser los Tribunales rígidos en la apreciación de la concurrencia de la negligencia grave, no digamos ya del dolo, la situación de hecho en la que podemos encontrarnos puede ser la misma que se generó como consecuencia de la aplicación de la LSA de 1951, que también exigía la negligencia grave para la estimación de las acciones individuales de responsabilidad de los administradores. Tal situación fue la de una práctica inaplicación del precepto de 1951 por parte de los Tribunales españoles, favorables en su inmensa mayoría a estimar que las conductas de los administradores estaban incardinadas en el marco de la culpa leve y por ello exentas de generar responsabilidad para sus autores;

2.- hace que el artículo 172.3 LC aparezca como un islote en el marco general de la moderna responsabilidad de los administradores de

---

Ilaverde, R., A. Alonso Ureba y J. Pulgar Ezquerria (dirección), Dilex, Madrid, 2003, pp. 532 y 536-537.

<sup>11</sup> Así ALONSO UREBA, A., "La responsabilidad...", ob. cit., p. 533.

<sup>12</sup> Vid. ALONSO UREBA, A., "La responsabilidad...", ob. cit., pp. 289-290, partidario de expandir el ámbito de la responsabilidad concursal para que cubriese los supuestos de la responsabilidad social del artículo 134 LSA y la excluyese dentro del concurso. No compartimos este criterio, pues justamente lo que habrá que hacer es coordinar, y, en la medida de lo posible, no innovar para derogar medidas legales ya asentadas, como es el caso de la acción social de responsabilidad. La solución, a nuestro juicio, estará más bien en coordinar tales acciones y no introducir nuevas en cuanto la protección resulte suficiente con las ya existentes, esto es, consideramos que la protección de socios, sociedad y acreedores se mantiene en el concurso con la susceptibilidad de ejercicio de la acción social del artículo 134 LSA y lo que ocurre es que el artículo 172.3 LC es en gran medida redundante e innecesario, pues sus objetivos coinciden y su ámbito de posibilidad de actuación es más restringido; en este último sentido, vid. ALCOVER GÁRAU, G., "La calificación...", ob. cit., pp. 259-260.

las sociedades de capital en España, que arrancó de la reforma del Derecho de anónimas de 1989, caracterizado sustancialmente a estos efectos, por suprimir la franquicia de la culpa leve, haciendo responder a los administradores también en tal caso (artículo 133.1 LSA, tanto en su redacción de 1989 como en la actualmente vigente, fruto de la Ley 26/2003, de 17 de julio, que modifica la Ley 24/1988, de 18 de julio de 1988, 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 de 1989, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas, en adelante Ley de transparencia para abreviar)<sup>13</sup>;

3.- hace incurrir en incongruencia sistemática a la ordenación concursal. La previsión fuera del concurso, como acabamos de apuntar, es que los administradores respondan incluso por culpa leve (artículos 133, 134 y 135 LSA), mientras que en el concurso, una vez que la sociedad ha devenido a tal grave situación, se protege a los administradores y sólo se les hace responsables por culpa grave.

Puede producirse, lógicamente, un escapismo del artículo 172.3 LC, ya que siendo más fácil acreditar la culpa leve que la culpa grave, los acreedores preferirán la acción individual de responsabilidad (artículo 135 LSA) que esperar a que el Juez aplique el artículo 172.3 LC, pues, además, a falta de precepto legal expreso entendemos que la *par conditio creditorum* opera respecto del concursado, no respecto de sus administradores, que en principio no son concursados. Por esta razón discrepamos del criterio doctrinal que ha venido a defender que tales acciones individuales de responsabilidad sean subordinadas a la ausencia de cobertura de la responsabilidad de los administradores sociales frente a los acreedores sociales basada en el artículo 172.3 LC<sup>14</sup>. Ahora bien, en el caso en que el propio administrador declarado responsable conforme al artículo 172.3 LC no tenga patrimonio suficiente para hacer frente al pago de los créditos a cuyo abono hubiese sido condenado, también ese administrador debe declararse en concurso y entonces puede ser de aplicación la acumulación de concursos prevista en el artículo 25 LC, al

<sup>13</sup> Como bien destaca ALONSO UREBA, A., "La responsabilidad...", ob. cit., p. 537.

<sup>14</sup> Vid. ALONSO UREBA, A., "La responsabilidad...", ob. cit., pp. 292-293, donde sostiene esta tesis.

considerar que tales administradores son susceptibles de ser incluidos en la noción de “integrantes personalmente responsables de las deudas de la persona jurídica”. De esta forma se consigue el efecto beneficioso de que se evita la descoordinación de concursos cara a que los acreedores se satisfagan efectivamente por el orden y en la forma queridos por el legislador<sup>15</sup>.

## 2.2.- ÁMBITO SUBJETIVO

En primer lugar quedan sujetos al artículo 172.3 LC, por lo que aquí interesa, los administradores de derecho o de hecho de la sociedad. No hay problema en cuanto a determinar qué se entiende por administradores de derecho, esto es, aquellos que ocupan legítimamente su cargo como tales, figurando así inscritos en el Registro Mercantil. La cuestión problemática se plantea al analizar qué se entiende por administradores de hecho. En este punto la LC no contiene definición alguna de los administradores de hecho. Fuera de la LC es cierto que el artículo 133.2 LSA, tras su reforma por la Ley de transparencia, introdujo por vez primera en dicho texto legal la referencia a la asimilación de administradores de hecho y derecho a efectos de responsabilidad por daños, considerando como administradores de hecho a quienes actúan como administradores de la sociedad sin ostentar formalmente la condición de tales. Pese a que dicho precepto esté dictado cara a una responsabilidad por daños, que como veremos más adelante no es, a nuestro juicio, la naturaleza que presenta la del artículo 172.3 LC, sí podemos acoger esa noción de administrador de hecho que de forma un tanto oscura recoge el artículo 133.2 LSA y que en realidad viene a coincidir con la que doctrina y la jurisprudencia españolas vinieron anticipando, noción amplia del administrador de hecho que permite acoger en la misma tanto a quienes manejan los hilos de los administradores de paja o testaferros sin haber llegado a ser nunca formalmente administradores, como a quienes habiendo sido en su día formalmente administradores, dejaron de serlo en la forma pero no en el fondo, como consecuencia de caducidad en sus cargos, destituciones o dimisiones.

---

<sup>15</sup> Con GARCIA-CRUCES GONZALEZ, J. A., “Acumulación...”, ob. cit.,

Determinado que pueden ser declarados responsables los administradores de hecho y/o de derecho –también “y”, aunque el artículo 172.3 LC sólo diga “o”, ya que no vemos inconveniente para que en la práctica concurren, como de hecho tantas veces ocurre, administradores de hecho y de derecho en una misma sociedad–, la siguiente cuestión, que la Ley no resuelve, es si habiendo varios habrán de responder solidaria o mancomunadamente. Otra de las clásicas previsiones legales de la responsabilidad de los administradores en España, la solidaridad, se abandona aparentemente en este caso, buscándose en la doctrina su justificación en el optimista argumento del profundo conocimiento que de la sociedad puede tener la administración judicial, lo que le permitirá delimitar perfectamente quiénes han sido los administradores causantes de la insolvencia o de su agravación<sup>16</sup>.

Frente a esta interpretación optimista consideramos que, pese a que tal conocimiento se pueda dar, quienes evidentemente, de haber actuado con diligencia, podrán contar con mayor facilidad probatoria en tal sentido son los propios administradores, por lo que nos resistimos a que desaparezca aquí la responsabilidad solidaria como previsión legal expresa, genérica, susceptible de prueba en contrario, cuya pervivencia puede defenderse a través de la aplicación subsidiaria del artículo 133.3 LSA e incluso del próximo artículo 262.5 LSA. Esta interpretación que aquí defendemos es, a nuestro juicio, más satisfactoria que otra que se ha venido defendiendo en la doctrina para alcanzar esa misma solidaridad, que pretende fundarse en el principio de unidad de fin, ya que si contamos con una regla especial aplicable a la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital consideramos que es preferible hacer uso de la misma que no remontarse a doctrina jurisprudencial pronunciada además en relación con supuestos de responsabilidad por daños<sup>17</sup>.

Partiendo de la delimitación subjetiva que acabamos de hacer, el artículo 172.3 LC introduce un factor temporal que debe añadirse a la hora de delimitar quiénes van a ser los administradores responsables

<sup>16</sup> Es la tesis de ALONSO UREBA, A., “La responsabilidad...”, ob. cit., pp. 307-308 y “La responsabilidad...”, ob. cit., pp. 540-542.

<sup>17</sup> En el sentido indicado que no seguimos, en nuestra doctrina, GARCIA-CRUCES GONZALEZ, J. A., “Acumulación...”, ob. cit.

conforme a dicho precepto.

En este sentido, se concreta el abanico de responsables a los administradores que lo fueran al tiempo del concurso y en los dos años anteriores, pero con ello queda una laguna, porque no se cubre la situación de los administradores que hubiesen generado o agravado la insolvencia en un período anterior a esos dos años. Lo más lógico hubiera sido que dado que se está ante una responsabilidad de los administradores y que se cuenta con el redivivo artículo 949 C. Com. – tantos años incomprensiblemente orillado por la práctica jurisprudencial- que contempla la prescripción cuatrienal de la responsabilidad de los administradores contada desde su cese, también aplicable en este caso<sup>18</sup>, se hubiese cohonestado el artículo 172.3 LC con dicho precepto, de modo que se hubiera previsto que su responsabilidad comprendería a los administradores al tiempo del concurso y también a los administradores culpables con responsabilidad no prescrita por haber cesado hace menos de cuatro años contados hacia atrás desde la fecha en que se inicien las actuaciones contra los mismos tendentes a plasmar su responsabilidad y cubriendo en todo caso a los administradores que lo hubiesen sido en los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso<sup>19</sup>.

### 2.3.- ÁMBITO OBJETIVO Y DESTINATARIO

Se prevé la condena de los administradores al pago total o parcial del importe pendiente de cobro de los créditos contra la masa activa como presupuesto cuantitativo para un sector de la doctrina<sup>20</sup>, para nosotros mejor como el ámbito objetivo de la responsabilidad. De esta forma, los administradores pueden aquí ser condenados a sufragar con su propio patrimonio, como máximo, el déficit patrimonial entre la masa activa y la masa pasiva<sup>21</sup>. Pero inmediatamente asalta al intérprete la

<sup>18</sup> Con GARCIA-CRUCES GONZALEZ, J. A., "Acumulación...", ob. cit.

<sup>19</sup> Vid. ALONSO UREBA, A., "La responsabilidad...", ob. cit., pp. 538-539. QUECEDO ARACIL, P., *Proceso concursal práctico*, Fernández-Ballesteros, M. A. (coordinador), Iurium, Madrid, 2004, p. 780.

<sup>20</sup> Como dice GARCIA-CRUCES GONZALEZ, J. A., "Acumulación...", ob. cit.

<sup>21</sup> Como dicen ALONSO UREBA, A., "La responsabilidad...", ob. cit., p. 539 y FERNANDEZ DE LA GANDARA, L., "La responsabilidad concursal de los administradores de sociedades de capital", *Comentarios a la Ley concursal*, Fernández de la Gándara, L. y M. M<sup>o</sup>. Sánchez

pregunta de ¿en función de qué se fija tal porción o totalidad?. La doctrina interpreta que pudiera tomarse como canon la participación de los administradores responsables en la generación o agravación de la insolvencia, de modo que a mayor participación mayor porción, hasta alcanzar la totalidad<sup>22</sup>. Evidentemente dicho criterio, que al menos trata de evitar la arbitrariedad, es sumamente delicado de aplicación en la práctica, por lo que de seguirse es indudable que será otro semillero de litigios.

Determinado el ámbito objetivo, que se concreta en deudas, lo siguiente que debemos plantearnos, dado que no hay que olvidar que estamos en el seno de un concurso, es cómo se materializa el pago de tales deudas, esto es, a quiénes se deben pagar las deudas, a la masa o a los acreedores singularmente considerados. No se concreta en la Ley quién es directamente el beneficiario de la responsabilidad, si la masa o los acreedores singularmente considerados. La propia esencia del concurso y la inserción de los acreedores en la masa de tales debe conducir a entender que los administradores deberán hacer frente a su responsabilidad frente a la masa, aunque no estaría de más que el legislador lo contemplase expresamente, ya que la dicción legal del artículo 172.3 LC refiriéndose a los acreedores concursales ya ha dado pie al debate en nuestra doctrina, entre quienes están a la literalidad de la Ley, y entienden que el pago debe hacerse directamente a los acreedores concursales, y quienes defienden que debe primar la universalidad del concurso, de modo que la materialización de esta nueva responsabilidad revierta a la masa, para que el pago a los acreedores se haga dentro del concurso de acuerdo con los artículos 154 y ss. LC, interpretación esta última que, además, entendemos que es la que resulta congruente con la ausencia de una acción individualizada del artículo 172.3 LC susceptible de ser ejercitada por cada acreedor, ya que conviene no olvidar que estamos ante un efecto legal de la calificación como culpable de un concurso, no de una acción ejercitable a instancia de parte<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> Alvarez (coordinadores), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, p. 714.

Así, ALONSO UREBA, A., "La responsabilidad...", ob. cit., p. 309 y "La responsabilidad...", ob. cit., pp. 534-535, QUECEDO ARACIL, P., *Proceso...*, ob. cit. p. 780.

<sup>23</sup> Vid. ALONSO UREBA, A., "La responsabilidad...", ob. cit., p. 544, GARCIA-CRUCES GONZALEZ, J. A., "Acumulación...", ob. cit. y VAZQUEZ CUETO, J. C., "La legitimación activa de los administradores concursales para el ejercicio de acciones de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital", *La Ley*, n° 5995, 13 de abril de 2004, p. 3.

Ya para concluir, entendemos que en el caso de que con posterioridad a la cobertura del déficit patrimonial por los sancionados administradores de la sociedad concursada, apareciese un activo patrimonial sobrevenido de dicha sociedad, tales administradores podrían resarcirse del déficit cubierto, de manera que debería entregárseles tal activo sobrevenido, a menos que hubiese quedado aún sin cubrir déficit patrimonial, por insuficiencia de bienes de los administradores, en cuyo caso el activo sobrevenido habría de ser destinado, primero, al pago de acreedores aún insatisfechos.

#### 2.4.- LA IMPERATIVIDAD DEL PRECEPTO

Al acercarse a la literalidad del artículo 172.3 LC lo primero que se ve es que falta un régimen imperativo de responsabilidad, pues la expresión legal “podrá”, interpretada literalmente parece facultar al Juez del concurso para que declare o no dicha responsabilidad, una vez concurren los presupuestos aquí analizados, y sometiéndose sólo a su arbitrio. La perpetuación de tal situación sería, sin duda, todo un monumento a la inseguridad jurídica, atentatoria del artículo 9.3 de la Constitución, lo que debió ser evitado mediante la previsión expresa y clara de que concurriendo los presupuestos de la responsabilidad el Juez deberá declarar la misma<sup>24</sup>. Esa misma solución entendemos que se puede alcanzar por vía interpretativa, como ya lo ha hecho la doctrina en criterio que compartimos, mediante la consideración de que el “podrá” que utiliza la Ley en su artículo 172.3 se refiere a que es opcional tal contenido sancionatorio en la sentencia de calificación del concurso, frente al resto de contenidos del precepto citado, imperativos siempre al determinar los efectos personales y patrimoniales de la sentencia de calificación del concurso. Por ello, si se dan los requisitos para que se declare esta nueva responsabilidad de los administradores el Juez no podrá, deberá, declararla, de modo que la potencialidad sólo concurre en cuanto a que la calificación del concurso como culpable no acarrea *ex lege* y de forma indefectible la responsabilidad, que sí deviene así cuando además de la

<sup>24</sup> En este sentido, ALONSO UREBA, A., “La responsabilidad...”, ob. cit., pp. 308-309 y “La responsabilidad...”, ob. cit., pp. 539-541 y FERNANDEZ DE LA GANDARA, L., “La responsabilidad...”, ob. cit., p. 714.

culpabilidad del concurso concurren sus concretos presupuestos<sup>25</sup>.

## 2.5.- LA LIMITADA UTILIDAD EN LA PRÁCTICA DE LA NUEVA RESPONSABILIDAD

Si analizamos los supuestos que en el artículo 164 LC se contemplan como determinantes de la calificación culpable del concurso nos encontramos con una serie de ellos que vendrían a determinar, *per se*, el posible ejercicio de acciones sociales o individuales de responsabilidad de los administradores o bien de las acciones de responsabilidad-sanción por no disolución de los artículos 262.5 LSA y 105.4 LSRL, máxime tras la reforma, desafortunada, de los mismos en la propia LC, con la que también han vinculado la responsabilidad de los administradores a la no promoción del concurso. Ahora bien, ello no significa, a nuestro juicio, que (en los dos primeros casos, acción social y acción individual) quede totalmente desprovista de sentido la responsabilidad del artículo 172.3 LC –como en su día ya se sostuvo respecto de su precedente artículo 213.2 PALC<sup>26</sup>–, por cuanto que con este precepto, al tratarse de nuevo de una responsabilidad-sanción en la que no se trata de hacer responder por daños al administrador sino de imputarle *ex lege* la sanción de cubrir deudas de la sociedad que no tienen porqué ser el daño causado por los administradores condenados<sup>27</sup>, se evitan los clásicos problemas de la

---

<sup>25</sup> A favor de la imperatividad RAMOS MONTESA, A., *Nueva Ley concursal*, A. Sala, F. Mercadal y J. Alonso-Cuevillas (coordinadores), Bosch, Barcelona, 2004, pp. 746-747, QUECEDO ARACIL, P., *Proceso...*, ob. cit., p. 780 y especialmente GARCIA-CRUCES GONZALEZ, J. A., "Acumulación...", ob. cit.

<sup>26</sup> Así lo plantea ALCOVER GARAU, G., "Consideraciones generales...", ob. cit., p. 488.

<sup>27</sup> Compartimos la tesis de LLEBOT MAJÓ, J. O., "La responsabilidad...", ob. cit., p. 7.564, a la que se adhirió también GARCIA-CRUCES GONZALEZ, J. A., "El problema de la represión de la conducta del deudor común", *La reforma de la legislación concursal. Jornadas sobre la reforma de la legislación concursal. Madrid, 6 a 10 de mayo de 2002*, Rojo Fernández - Río, A. (dirección), Marcial Pons, Madrid-Barcelona 2003. "El problema...", ob. cit., pp. 310 y 317, y en el mismo sentido también RAMOS MONTESA, A., Nueva..., ob. cit., p. 746, FERNANDEZ DE LA GANDARA, L., "La responsabilidad...", ob. cit., pp. 711, 715 y 719. En contra, ALONSO UREBA, A., "La responsabilidad...", ob. cit., pp. 533-535 y 544 -a quien se suma RONCERO SANCHEZ, A., "El seguro de responsabilidad civil de los administradores de una Sociedad Anónima", *working paper* n° 207, www.indret.com, Barcelona, abril de 2004-, para quien es otro supuesto de responsabilidad por daños, al entender que a ello conduce la exigencia de que el concurso se declara culpable cuando hubiere mediado dolo o culpa grave del administrador en la generación o agravación del estado de insolvencia, de donde extrae que el administrador responde por los daños causados a los acreedores derivados de los daños causados a la sociedad por generar o agravar el estado de insolvencia, algo

conurrencia de los tres requisitos de las responsabilidades social e individual de los administradores sociales: comportamiento negligente, daño en el patrimonio social o en el patrimonio personal de terceros, y relación de causalidad entre el comportamiento negligente y el daño.

Harina de otro costal es lo que ocurre cuando enfrentamos el artículo 172.3 LC con los artículos 262.5 LSA y 105.5 LSRL. Recordamos que el artículo 164 LC califica el concurso como culpable “cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviera, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho”.

A su vez, el estado de insolvencia se define en el artículo 2.2. LC como la impotencia del deudor para cumplir sus obligaciones.

Cuando esa impotencia del deudor provenga de las carencias de activo para hacer frente al pasivo social es evidente que se podrá estar en el caso del artículo 260.1.4 LSA, luego en la posibilidad de acudir al artículo 262.5 LSA para hacer al administrador responsable de todas las deudas sociales. Y en este caso será mucho más sencillo que el administrador devenga responsable de las deudas sociales por esta vía que por el artículo 172.3 LC, que así quedará orillado.

¿Cuándo resulta entonces de aplicación el artículo 172.3 LC? Cuando los administradores hayan actuado de forma dolosa o gravemente negligente causando o agravando la insolvencia pero no puedan ser declarados responsables de las deudas sociales por ninguna otra acción de responsabilidad extraconcursal ya existente. Y ello sólo se nos ocurre en el hipotético caso de que:

1.- Los administradores hubieran cumplido con las obligaciones que les imponen los artículos 262 LSA y 104 LSRL.

2.- La conducta de los administradores no haya causado directamente daños a sus acreedores. Algo que vemos francamente difícil si se tiene en cuenta que han causado o agravado la insolvencia social que impide atender el pago de los créditos de tales acreedores.

Vemos, así pues, muy difícil justificar el porqué de una nueva

---

que en realidad el legislador no exige, pues el mismo no contempla que el déficit patrimonial que cubra el administrador deba ser el causado dañosamente por el mismo.

responsabilidad cuyo ámbito de aplicación queda tan restringido. Por ello, entendemos que aunque se quiera potenciar la declaración voluntaria del concurso y evitar la prolongación de situaciones insolventes que no hacen sino aumentar el número de damnificados por las mismas no es fácil encontrar la utilidad ni en su día de la propuesta<sup>28</sup>, ni actualmente de la LC.

En conclusión, somos partidarios de que el concurso se gana fuera de él. Por ello no vemos justificación para que con el magnífico (en cuanto a su filosofía, aprehendida por la doctrina y jurisprudencia españolas, que no en lo referente a la defectuosa redacción legal) sistema de responsabilidad de administradores con el que contamos, que tan buenos resultados está proporcionando, haya que crear nuevas responsabilidades en el seno del propio concurso.

Hubiera sido preferible, a nuestro juicio, que la LC hubiera previsto claramente que el concurso no afectará a las acciones de responsabilidad de los administradores que ya existen fuera de en dos aspectos:

1.- Adición de la legitimación activa, en todo caso, para su ejercicio, de la administración concursal, convirtiendo de esta forma el artículo 172.3 LC en una nueva acción de responsabilidad, ya que hoy por hoy tal acción no existe, es simplemente un posible efecto judicial del concurso que el Juez acuerda de oficio<sup>29</sup>.

2.- Acumulación de procedimientos contra los administradores, que bien puede tener lugar ante el Juez del concurso, quien mejor habrá de conocer las condiciones del concursado y al que, por este motivo, resultará más sencillo enjuiciar con mayor conocimiento de causa.

---

<sup>28</sup> Vid. GARRIDO, J. M<sup>a</sup>., "La reforma...", ob. cit., p. 906, donde destaca la eficacia de esta medida a los fines de evitar la apertura tardía del procedimiento concursal; también, táticamente, BELTRAN, E., "Una nueva propuesta...", ob. cit., p. 3, cuando menciona, sin nombrarlo, el duro castigo que se impone a los administradores en caso de incumplir su deber de solicitar el concurso necesario.

<sup>29</sup> Como advierte ALONSO UREBA, A., "La responsabilidad...", ob. cit., p. 542.