La responsabilidad de los administradores en el concurso de acreedores: responsabilidad de la sociedad matriz como administrador de hecho.

Pablo Marrodán Lázaro
Licenciado en Derecho

I. Introducción.
II. Acciones tendentes a la protección de acreedores: incompatibilidad, semejanzas y diferencias de acciones y responsabilidad reguladas en la Ley de Sociedades Anónimas, Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y Ley Concursal.
    a. Otros mecanismos de protección de acreedores: doctrina del levantamiento del velo y acciones de reintegración.
III. Responsabilidad del administrador de hecho en la Ley de Sociedades Anónimas y en la Ley Concursal.
    a. Responsabilidad del administrador de hecho ex art. 133.2 Ley de Sociedades Anónimas.
    b. La responsabilidad de administrador de hecho ex art. 172.3 Ley Concursal y calificación culpable del concurso.
        i. Polémica doctrinal sobre la naturaleza de la responsabilidad concursal: «responsabilidad sanción» vs «responsabilidad indemnización»
IV. El embargo preventivo ex art. 48.3 Ley Concursal.
V. Conclusión.

I. Introducción

La responsabilidad de los administradores en las sociedades mercantiles ha sido un tema muy discutido en la doctrina. La mayoría de la doctrina se ha centrado en el estudio de la responsabilidad de los administradores de derecho, dejando de lado los posibles mecanismos de imputación de responsabilidad de los administradores de hecho. Probablemente este hecho se justifica, en los problemas que giran en torno a la ausencia en nuestro ordenamiento jurídico de un concepto de administrador de hecho, ausencia que ha obligado a la doctrina y a la jurisprudencia aunar esfuerzos para construir un concepto común de administrador de hecho y poder crear un mecanismo de imputación de responsabilidad.

En el presente estudio, partiendo del principio de protección de los acreedores, intentaré realizar una comparativa entre las diferentes acciones que podemos

encontrar en el ordenamiento jurídico español para poder imputar responsabilidad a los administradores tanto de derecho como de hecho, centrándome especialmente en la responsabilidad concursal de las sociedades matrices que actúan como administradores de hecho de sus filiales.

En sede de grupos de empresa, el mecanismo de imputación de responsabilidad a los administradores de hecho de una sociedad es muy atractivo para los acreedores. Desde el mismo momento en que se declara responsable a una sociedad matriz por su actuación como administrador de hecho de alguna de sus filiales, los acreedores tendrán mayores expectativas de cobro de sus créditos. La mayoría de la doctrina está de acuerdo en introducir la figura del administrador de hecho en sede de responsabilidad, pero es necesario ser prudente y realizar un análisis detallado y exhaustivo de los casos en que esta responsabilidad puede imputarse. Este análisis pasa por determinar si la sociedad matriz lleva a cabo una verdadera y efectiva administración de las sociedades filiales. En definitiva, se deberá delimitar qué conductas realizadas por una sociedad matriz son objeto de imputación de responsabilidad. Este mecanismo de imputación de responsabilidad, vendría a sustituir a otros mecanismos como las acciones de reintegración previstas en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante L.C.) o la utilización de la doctrina del levantamiento, utilizada en ocasiones de forma abusiva e indiscriminada.

II. Acciones tendentes a la protección de acreedores: incompatibilidad, semejanzas y diferencias de las acciones y responsabilidad reguladas en la Ley de Sociedades Anónimas, Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y Ley Concursal.

En el ordenamiento jurídico español existen varias normas que ofrecen protección a los acreedores ante supuestos de responsabilidad o incumplimiento de los deberes de los administradores. El art. 48 L.C. establece la compatibilidad para interponer acciones de responsabilidad de administradores conforme a lo establecido en otras leyes. Estas acciones de protección de acreedores se encuentran reguladas en los siguientes artículos del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (en adelante

L.S.A.) y de la Ley 2/1995 de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (en adelante L.S.R.L.):

- ✓ Artículo 134 de la L.S.A.: acción social de responsabilidad que tiene carácter indemnizatorio y pretende el resarcimiento de los daños directos que la sociedad ha sufrido como consecuencia de la acción de los administradores.

- ✓ Artículo 135 L.S.A.: acción individual de responsabilidad, se refiere a los casos en los que los administradores de una sociedad vienen obligados a indemnizar a un tercero (no necesariamente socio de la sociedad) por los daños que éste haya sufrido como consecuencia de la actuación del administrador en el ejercicio de sus funciones al frente de la gestión social. La responsabilidad en este caso de los administradores puede ser contractual o extracontractual.

- ✓ Artículo 262.5 L.S.A. y 105 de la L.S.R.L.: se establece una responsabilidad solidaria de los administradores, considerada objetiva por la doctrina y solamente por las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal. Esta responsabilidad se exige porque cuando se da alguna de las causas legales de disolución, los administradores no convocan en el plazo de 2 meses, la junta general para que acuerde la disolución de la sociedad.

Pensemos en el supuesto de que los administradores incumplan sus deberes de diligencia que suponen una imputación de generación o agravación del estado de insolvencia, es decir, un daño patrimonial a la sociedad y que además afecta a los acreedores sociales al determinar el fallido total o parcial de sus créditos. En este caso, se dan los presupuestos de responsabilidad de administradores del art. 133 L.S.A. y el presupuesto de la responsabilidad concursal del art. 173.2 L.C. La cuestión está en determinar qué tipo de responsabilidad prevalece, ya que de unos mismos hechos puede surgir una doble obligación de resarcimiento (vía acción social o vía responsabilidad concursal).

Sobre la compatibilidad de las acciones reguladas en la L.S.A. y en la L.C., la L.C. establece, en el art. 48.2[1] de la misma, que estas acciones no quedarán afectadas por el concurso siempre que se interpongan con anterioridad al mismo pero nada dice sobre que ocurre con las acciones de responsabilidad (social, individual, o del art. 262.5 de la L.S.A. y 105 L.S.R.L.) que se interponen una vez declarado el concurso de acreedores.

Respecto a la interposición de la acción social de responsabilidad una vez declarado el concurso, la doctrina no es pacífica en torno a dos cuestiones. Primero, la legitimación para interponer esta acción. ALONSO UREBA[2] considera que una vez que se haya declarado el concurso, la legitimación para interponer la acción social de responsabilidad sólo corresponde a la administración concursal. En contra, GARCÍA CRUCES[3] considera que la legitimación de la administración concursal para interponer la acción de responsabilidad social una vez declarado el concurso, es una legitimación extraordinaria pues ésta corresponde únicamente cuando se suspende o se limita la capacidad de obrar del deudor debido a la suspensión de las facultades patrimoniales de la concursada trasladándose dichos efectos a los órganos de la persona jurídica. La

---

[1] Art. 48.2. *Sin perjuicio del ejercicio de las acciones de responsabilidad que, conforme a lo establecido en otras leyes, asistan a la persona jurídica deudora contra sus administradores, auditores o liquidadores, estarán también legitimados para ejercitar esas acciones los administradores concursales sin necesidad de previo acuerdo de la junta o asamblea de socios.*

Corresponderá al juez del concurso la competencia para conocer de las acciones a que se refiere el párrafo anterior.

La formación de la sección de calificación no afectará a las acciones de responsabilidad que se hubieran ejercitado.

[2] ALONSO UREBA, A. *La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal. El art. 172.3 de la Ley Concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad*. en AA.VV. (dirs. GARCÍA VILLAVERDE, ALONSO UREBA, y PULGAR EZQUERRA), Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la Reforma Concursal. Madrid: Dilex, 2003, pág. 549 en GARCÍA CRUCES, J.A. "La responsabilidad concursal". En: La responsabilidad de los administradores. Rojo, A. y Beltrán, E. (dirs.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, pág. 321.

[3] GARCÍA CRUCES J.A.: ob.cit., págs. 321 y 322.

segunda cuestión debatida es la incompatibilidad entre el ejercicio de la acción social de responsabilidad y la responsabilidad derivada del art. 172.3 de L.C. GARCÍA CRUCES[4] se pronuncia a favor de la compatibilidad de las dos acciones atendiendo a su distinta naturaleza; la acción social de responsabilidad frente a los administradores tiene un carácter indemnizatorio; mientras que la declaración de responsabilidad concursal (art. 172.3 L.C.) tiene finalidad sancionadora.

En cuanto a la acción individual de responsabilidad, no existe problema para ser interpuesta ya que no entra en concurrencia con la posible responsabilidad concursal que llegara a exigirse a los administradores. En esta misma línea, SARAZÁ JIMENA[5] considera que es perfectamente posible ejercitar acciones individuales de responsabilidad, pues la L.C. no excluye la posibilidad de su ejercicio. Además, esta autora interpreta la interrupción de la prescripción para ejercitar acciones desde la declaración hasta la finalización del concurso del art. 60.2 de la L.C. como una ampliación del plazo para ejercitar acciones individuales. En contra, ALONSO UREBA[6] considera que únicamente la responsabilidad individual del art. 135 L.S.A. será efectiva cuando sea cubierta la responsabilidad concursal del art. 172.3 de la L.C.

Por último, en cuanto a la compatibilidad de la acción de responsabilidad por deudas, regulada en el art. 262.5 L.S.A. una vez declarado el concurso, la mayoría de los autores considera que existe compatibilidad pero con matizaciones: sería necesario evitar pronunciamientos que pese a declarar la responsabilidad solidaria por deudas sociales de los administradores, sólo beneficiaría a los acreedores demandantes. ALONSO UREBA considera en una interpretación más acertada que de acuerdo a los principios de «universalidad» del concurso y de «par conditio creditorum» debe

[4] GARCÍA CRUCES J.A.: ob.cit., pág. 325.

[5] SARAZÁ JIMENA, R. "Responsabilidad concursal y grupos de sociedades". *Anuario de Derecho concursal*. 2007-1, nº 10, pág. 233.

[6] ALONSO UREBA, A. ob.cit., págs. 505-576.

prevalecer la responsabilidad concursal, que es respecto a todos los acreedores frente a la responsabilidad por no solicitar la disolución o el concurso que sólo juega frente a los acreedores que la hayan solicitado.

A efectos prácticos, también es importante señalar las principales diferencias entre las acciones reguladas en la L.C. y las acciones recogidas en la L.S.A. y L.S.R.L. La principal y más importante diferencia y que apunta SARAZÁ JIMENA[7] es que el régimen de responsabilidad concursal (art. 172.3 L.C.) es menos severo que el que se prevé en los arts. 262.5 L.S.A. y 105 L.S.R.L. ya que el juez dispone de discrecionalidad pues el art. 172.3 L.C. dice literalmente « (…) la sentencia «podrá», además condenar a los administradores (…) », por tanto, la condena que se establece en el mismo artículo es potestativa, además de que el juez podrá modular la responsabilidad condenando al pago total o parcial. En cambio, si se cumplen los requisitos fijados en los arts. 262.5 L.S.A. y 105 L.S.R.L. de forma automática los administradores responden solidariamente de las deudas de la sociedad. Otras diferencias de menor importancia giran en torno a los requisitos para ejercitar las acciones de responsabilidad. A modo de ejemplo, en el art. 135 L.S.A. no es necesario que el daño sufrido por el tercero consista en el impago de la deuda que con él mantenía la sociedad por causa de la insolvencia de ésta. Asimismo, ocurre en el art. 265.2 L.S.A. que permite exigir la responsabilidad solidaria por las deudas sociales posteriores a la existencia de causa legal aunque la sociedad sea solvente.

En cuanto a responsabilidad[8], el presupuesto de culpabilidad del art. 164.1 de la L.C. «la generación o agravamiento del estado de insolvencia» a título doloso o culpa grave dejaría fuera aquellos supuestos en los que el administrador ha incurrido en mera culpa o culpa leve. Esto contrasta con la L.S.A. en donde no se excluye la responsabilidad en función del grado de culpa. Asimismo, en cuanto a la solidaridad, el art. 133 y siguientes de la L.S.A. prevén la responsabilidad solidaria a diferencia del art.

[7] SARAZÁ JIMENA, R. ob.cit., pág. 233.

[8] PUYOL MARTÍNEZ, B. *La responsabilidad concursal de los administradores*. En: Gobierno Corporativo y crisis empresariales. Pág. 280.

172.3 L.C., diferencia que explican algunos autores en que la responsabilidad del art. 172.3 L.C. viene fijada por el juez del concurso.

Respecto a las similitudes, es evidente que tanto en la normativa societaria como en la mercantil, los artículos analizados tratan de extender la responsabilidad más allá de la sociedad con el objetivo de satisfacer los intereses de socios y de terceros. En el caso de la normativa societaria, se extiende la responsabilidad de la sociedad a los administradores de la misma no sólo de derecho si no también a los administradores de hecho (art. 133.2 L.S.A.). En la normativa concursal se trata de extender la responsabilidad a los « (…) administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable (…) ». Por tanto en la L.C. es posible extender la responsabilidad a una sociedad matriz por su actuación como administrador de hecho, mecanismo de extensión considerado muy atractivo por los acreedores por la capacidad de solvencia de las sociedades matrices.

a. Otros mecanismos de protección de acreedores: doctrina del levantamiento del velo y acciones de reintegración.

La doctrina del levantamiento del velo tiene su origen en la jurisprudencia de orden social y se desarrolló principalmente para proteger a los trabajadores y evitar lagunas de impunibilidad en grupos de empresas. No procede analizar cuáles son los requisitos para la aplicación de esta doctrina pero sí cabe mencionar que ésta ha sido utilizada en muchas ocasiones de forma abusiva. Por ello, en general los estudiosos del derecho no se muestran favorables a su aplicación en el concurso como mecanismo de extensión de responsabilidad, aunque es cierto que en ocasiones la jurisprudencia ha acudido a ella para aclarar y arrojar luz sobre la situación de un grupo de empresas e imputar responsabilidades en un procedimiento concursal[9]. En relación al concurso, la

[9] Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Palma de Mallorca de 9 de octubre de 2007.

doctrina del levantamiento del velo se plantearía en todo caso fuera del mismo y no sería competente el juez del concurso[10].

En cuanto a las acciones de reintegración reguladas en el art. 71 de la L.C. vienen a constituir un elemento más de protección a los acreedores. El sentido de este artículo es facilitar el ejercicio de estas acciones rescisorias ya que no se exige que se demuestre la existencia de ánimo defraudatorio sino únicamente demostrar la existencia de un perjuicio en la masa de acreedores. Asimismo, dejando de lado la polémica suscitada por la jurisprudencia sobre la consideración de «perjuicio», la acción rescisoria se suma y por tanto es perfectamente compatible según el art. 71.6 L.C. con otras acciones tales como la acción pauliana y nulidad absoluta o relativa completando así el legislador, todo un sistema de reintegración con el fin de proteger a los acreedores. Las acciones de reintegración no suponen una extensión a terceros de la responsabilidad por las deudas de la sociedad concursada, aunque la consecuencia práctica es parecida: se afecta el patrimonio de un tercero que previamente a la declaración del concurso ha adquirido bienes de la sociedad concursada para posibilitar que las deudas de la concursada puedan ser satisfechas.[11]

III. Responsabilidad del administrador de hecho en la Ley de Sociedades Anónimas y en la Ley Concursal.

a. Responsabilidad del administrador de hecho ex art. 133.2 Ley de Sociedades Anónimas.

En el proyecto de la Ley de Transparencia ya hubo intentos por parte del legislador de hacer mención en sede de responsabilidad a la figura del administrador de hecho. En un primer momento, en el art. 133 de la L.S.A. se incluyó un apartado tercero donde se preveía la responsabilidad de los administradores de la sociedad dominante,

[10] SARAZÁ JIMENA, R. ob.cit., pág. 251.

[11] SARAZÁ JIMENA, R. ob.cit., pág. 235.

frente a la sociedad dominada, sus accionistas y acreedores, por los daños que a ésta causasen en el cumplimiento de las instrucciones impartidas por aquella. Finalmente, esta previsión fue eliminada lo que provocó en la doctrina cierto desconcierto sobre la voluntad del legislador. Esta conducta del legislador tuvo dos interpretaciones: el legislador no quería regular esta cuestión en sede de grupos o el legislador consideraba suficiente el apartado 2 del art. 133 de la L.S.A. introducido por la Ley 26/2003, de 17 de julio[12] para establecer el mecanismo de imputación de responsabilidad a la sociedad matriz.

La doctrina se ha planteado la cuestión de si es posible realizar una equiparación del administrador de hecho y de derecho en relación con los deberes y obligaciones de los mismos y la responsabilidad exigible en caso de que no se cumplan. De realizarse esta equiparación el administrador de hecho respondería no sólo por sus actos positivos sino también por sus omisiones (formalidades de publicidad, obligación de convocar junta general de accionistas…). La jurisprudencia venía exigiendo al administrador de hecho el cumplimiento de obligaciones que por su propia naturaleza no estaba legitimado formalmente. Posteriormente, debido a que el concepto mismo de administrador de hecho conlleva la imposibilidad competencial de la figura para desempeñar funciones legales, la doctrina matizó la responsabilidad de los administradores de hecho. De forma que, hoy son aplicables a los administradores de hecho aquellas obligaciones más relevantes a efectos de responsabilidad que regulan y disciplinan el desarrollo de la actividad gestora de la sociedad quedando excluida toda aplicación de deberes de orden «formal» (publicaciones, convocatorias).

[12] «133.2. de la L.S.A. El que actúe como administrador de hecho de la sociedad responderá personalmente frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores del daño que cause por actos contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes que esta Ley impone a quienes formalmente ostenten con arreglo a ésta la condición de administrador.»

b. La responsabilidad de administrador de hecho ex art. 172.3 Ley Concursal y calificación culpable del concurso.

El régimen legal de responsabilidad de administradores concursales se encuentra regulado en el art. 172.3 de la L.C.

> «Si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, la sentencia podrá, además, condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa.»

La responsabilidad concursal se vincula sólo al supuesto de liquidación, es decir, cuando se haya llegado a tal calificación como consecuencia de que se haya abierto o en su caso, reabierto, la sección sexta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, no de convenio, y siempre que proceda la calificación del concurso como culpable.

La sección de calificación es una de las principales vías para imputar responsabilidad a una sociedad matriz que actúa como administrador de hecho. Para ello es necesario que se den varios presupuestos:

1. Que el concurso se califique como culpable conforme a los arts. 164.1, 164.2 y 165 de la L.C. y que la pieza de calificación haya sido abierta o en su caso reabierta, como consecuencia de la apertura de la liquidación concursal.

2. El presupuesto de carácter subjetivo limita la responsabilidad a los que ostenten la condición de administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso sea calificado como culpable, en los dos años anteriores a la declaración del concurso. Por tanto, en relación con este

presupuesto para imputar responsabilidad a la sociedad matriz en sede de grupos, es necesario que ésta se considere administrador de hecho.

3. El tercer presupuesto es de carácter cuantitativo, consistente en la insuficiencia del activo de la concursada para hacer frente al pago de los acreedores.

1. Que el concurso se califique como culpable atendiendo a tres criterios de imputabilidad:

   a. En el art. 164.1 de la L.C. se establece que se considerara culpable el concurso cuando la insolvencia se haya generado o agravado mediante dolo o culpa grave del deudor o en caso de personas jurídicas de sus administradores o liquidadores.

   b. En el art. 164.2[13] L.C. se establecen unos supuestos que si se dan en todo caso se considerara el concurso como culpable, son presunciones «iuris et de iure» y sin perjuicio de que dichas conductas hayan generado o agravado la insolvencia.

   c. En el art. 165[14] L.C. se recogen una serie de presunciones («iuris tantum») que admiten prueba en contra.

---

[13] «Art.164.2 LC. En todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos:

1. Cuando el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad incumpliera sustancialmente esta obligación, llevara doble contabilidad o hubiera cometido irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara.
2. Cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento, o hubiera acompañado o presentado documentos falsos.
3. Cuando la apertura de la liquidación haya sido acordada de oficio por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado.
4. Cuando el deudor se hubiera alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores o hubiera realizado cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación.
5. Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos.
6. Cuando antes de la fecha de la declaración de concurso el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia.»

[14] Art 165. Presunciones de dolo o culpa grave.

2. En este apartado será necesario no sólo constatar la existencia de un grupo de empresas si no también demostrar en sede de grupos jerárquicos, que la sociedad matriz actúa como administrador de hecho cumpliendo todos los requisitos doctrinales y jurisprudenciales[15] para ello, en especial atención a la constatación de que la sociedad matriz no está actuando en el marco de una dirección unitaria si no que está actuando de forma efectiva en la administración de las sociedades filiales.

3. Una vez se cumplan los requisitos anteriores como dice el art. 172.3 L.C., el juez «podrá» modular la condena haciendo pagar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho el importe total o parcial de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa. La norma por tanto, establece un límite por el que han de responder los administradores (el déficit existente tras la liquidación), aunque no dispone unos parámetros para determinar el importe de la responsabilidad, dejando al criterio del juez del concurso su concreción. No obstante, el juez estará vinculado por la calificación dada por el Ministerio Fiscal y por la administración concursal. Asimismo, por aplicación del principio de rogación que inspira el procedimiento civil es necesario que exista una petición concreta de

---

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

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

[15] Requisitos doctrinales y jurisprudenciales:

- Actividad positiva de la gestión.
- Carácter sistemático o reiterado de la actividad.
- Ejercicio independiente de la actividad gestora.
- Consentimiento por parte de la sociedad de la actividad gestora.
- Actuación directa o en primera persona del administrador de hecho.

condena a los administradores ya que de lo contrario el juez no podrá imponer una condena que no haya sido solicitada por las partes.[16]

i. Polémica doctrinal sobre la naturaleza de la responsabilidad concursal: «responsabilidad sanción» vs «responsabilidad indemnización».

Se ha escrito mucho sobre la naturaleza de la responsabilidad concursal regulada en el art. 172.3 de la L.C. Dicho precepto es uno de los más importantes de la normativa concursal por los efectos y el alcance que tiene en el patrimonio de los administradores de la sociedad concursada. Entre los trabajos que analizan esta cuestión merece destacar especialmente el de DE ÁNGEL YAGUEZ[17] en el que se hace un exhausto y detallado análisis de las posiciones que mantiene la doctrina y jurisprudencia más autoritaria y sobre la naturaleza de la responsabilidad concursal. El objeto de este apartado se centra en poner de manifiesto las dos tesis existentes sobre la cuestión planteada y realizar una selección de la doctrina más relevante y resoluciones judiciales más importantes para comparar las razones expuestas por cada uno de ellos que les llevan a posicionarse en una u otra tesis.

En la tesis de la responsabilidad concursal como una responsabilidad por daños, de carácter indemnizatorio debe acreditarse la concurrencia de la especial culpa de los administradores exigida por el precepto (dolo o culpa grave en la generación de la insolvencia), el daño consistente en los créditos impagados (el déficit patrimonial resultante tras la liquidación) y el nexo de causalidad entre aquella culpa y el daño. También, algunos autores consideran que es una responsabilidad por daño y culpa o una responsabilidad culpabilista.

---

[16] Sentencia del juzgado de lo Mercantil nº 1 de La Coruña de 30/05/2007; nº 1 de Lérida 05/05/2008; nº 1 de Alicante de 21/11/2007 en ROJO, A Y BELTRAN, E. *Legislación y jurisprudencia concursales*. Cizur menor: Aranzadi, 2008, págs. 272 y ss.

[17] DE ÁNGEL YAGUEZ, R. *Un enigma de la Ley Concursal: la naturaleza de la llamada responsabilidad concursal del art. 172.3. Panorama doctrinal y soluciones judiciales*. En: Congreso UNIJÉS 2007. Tomo 1. Derecho de sociedades. 2008, págs. 1-46. En: http://www.vlex.com/vid/39127737

La otra tesis sostiene que la responsabilidad concursal es una «responsabilidad sanción», impuesta «ex lege», y que por ello tan sólo requiere la concurrencia de los presupuestos (subjetivo, objetivo y material) contemplados en el art. 172.3 L.C.; no siendo preciso, por tanto, que una vez haya sido calificado el concurso como culpable, deba acreditarse la concurrencia de relación de causalidad entre el dolo o la culpa grave en la generación o agravación de la insolvencia y la existencia de un déficit patrimonial tras la liquidación. La doctrina y jurisprudencia al referirse a esta cuestión hablan de la función punitiva y de la naturaleza sancionatoria del precepto. También se suele utilizar la expresión de pena civil.

Posiciones doctrinales a favor de la tesis de responsabilidad por daños:

ALONSO UREBA Y PULGAR EZQUERRA[18] consideran que se trata de una responsabilidad por daño y culpa ya que la sanción la constituye la inhabilitación para administrar los bienes ajenos durante un periodo de 2 a 15 años fijado en el art. 172.2.2º L.C. Persiguiendo, por tanto, el art. 172.3 L.C. reparar un daño causado a los administradores, que se materializa en su insatisfacción tras la conclusión de la liquidación, cuando este daño aparezca casualmente conectado al comportamiento del administrador o liquidador que con su conducta contribuyó con dolo o culpa a generar o agravar el estado de insolvencia. Además, estos autores consideran que el hecho de que en el art. 172.3 L.C. se hable de que el juez «podrá» responde al esquema de responsabilidad por daño y culpa. SÁNCHEZ CALERO[19] admite la posible existencia de una «responsabilidad sanción» pero finalmente se decanta por una responsabilidad de carácter indemnizatorio que sólo existirá si el juez estima, que junto al daño sufrido por los acreedores al no percibir la totalidad de importe del crédito, se prueba la

[18] ALONSO UREBA, A.; PULGAR EZQUERRA, J. "Relación de grupo y administrador de hecho en el concurso de sociedades integradas en un grupo". *Revista de derecho de sociedades*, 2007, nº 29, pág. 34.

[19] SÁNCHEZ CALERO, J.S. *Los administradores en las sociedades de capital*. Cizur Menor: Civitas, 2005, Pág. 455 en DE ÁNGEL YAGUEZ, R. ob.cit., pág. 11.

existencia de una relación de causalidad entre la conducta dolosa (o con culpa grave) de cada administrador y ese daño.

Posiciones doctrinales a favor de la tesis responsabilidad por sanción:

VELA TORRES[20] mantiene la postura de la responsabilidad por sanción basándose en que el «podrá» «además» parece indicar que es una responsabilidad que se añade o se superpone a las demás que correspondan legalmente al sujeto en cuestión. Pero sobre todo considera que se trata de una responsabilidad por sanción porque la responsabilidad de carácter indemnizatorio está recogida en el art. 172.2.3º L.C. en la medida en que no sólo se persigue el castigo del infractor, sino también la satisfacción de los acreedores. GARCÍA CRUCES[21] realiza una argumentación sólida para defender la naturaleza de la responsabilidad concursal. Este autor desmonta los argumentos que sustentan la naturaleza de carácter sancionador entre los que cabe mencionar, que ya existe el art. 172.2.3º L.C. para exigir indemnización y por tanto no es ese fin el del art. 172.3 L.C. También considera que mantener una responsabilidad de carácter indemnizatorio vendría a suponer el carácter superfluo de la norma, dada la compatibilidad en el concurso de aquella y el régimen general de responsabilidad de los administradores que acoge el art. 48.2 L.C. se estaría afirmando una duplicidad de regímenes para conseguir un mismo resultado, la reparación del daño a la sociedad concursada y el de sus acreedores. Finalmente, el autor dice que el art. 172.3 de la L.C. responde a un deseo de moralización de las conductas, a fin de reprimir aquellas que, actuadas con ocasión de la producción o del empeoramiento del estado de insolvencia, pudieran considerase más graves.

[20] VELA TORRES, P.J. "Tramitación procesal de la sección de calificación del concurso y efectos de la sentencia de culpabilidad". *Revista de derecho concursal y paraconcusal*, 2005, nº3, pág.101 en DE ÁNGEL YAGUEZ, R ob.cit., pág. 23.

[21] GARCÍA CRUCES. J.A. ob.cit., págs. 271-280 en DE ÁNGEL YAGUEZ, R. ob.cit., pág. 14.

En cuanto a la jurisprudencia, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de febrero de 2006 apoya la naturaleza de la responsabilidad concursal por daño y culpa y dice expresamente:

> « (…) Se trata de un supuesto de responsabilidad por daño y culpa pues presupone su concurrencia. Por una parte, la responsabilidad procede únicamente cuando se opte por la liquidación como solución al concurso, y el objeto de la condena es el pago de la totalidad o parte de los créditos concursales no satisfechos con la liquidación. En realidad estos créditos no satisfechos con la liquidación son el perjuicio sufrido por los acreedores concursales como consecuencia del estado de insolvencia del deudor (…). Contribuye a argumentar así el tenor literal del artículo 172.3 de la L.C., que no se refiere a la imposición de una sanción automática consecuencia de la calificación de concurso culpable, sino que otorga al juez la facultad de poder condenar o no a los administradores (…)».

En sentido contrario, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 14 de Granada de 2 de octubre de 2006 mantiene la naturaleza sancionatoria de la responsabilidad concursal y dice:

> «Sin embargo, la aplicación del precepto exige determinar la naturaleza jurídica de esta responsabilidad, discrepando la doctrina entre su carácter indemnizatorio o sancionador siendo mayoritaria esta posición, que debe considerase como más razonable, ya que sistemáticamente no tendría sentido que se hubiesen previsto dos pronunciamientos condenatorios en la misma sentencia, de idéntico origen, y no se vincula esta última condena a una conducta o actuación concreta de los administradores, o específicamente en el precepto que actuación «podrá» hacer determinar la aplicación de esta sanción. Por otra parte, la interpretación más prudente de esta expresión, podrá, parece llevarnos a que no debe imponerse de forma automática esta sanción, si no sólo cuando en función de la gravedad de la conducta de los administradores se obtiene la conclusión de que su actuación dolosa o culposa es merecedora de ella (…)».

IV. El embargo preventivo ex art. 48.3 Ley Concursal.

El embargo preventivo regulado en el art. 48.3 de la L.C. también ha sido un artículo muy criticado por la doctrina porque en ocasiones se utiliza de forma indiscriminada sin que se cumplan íntegramente sus requisitos. El embargo preventivo

es objeto de estudio en el presente trabajo en la medida en que se puede extender a los administradores de hecho con las gravísimas consecuencias que ello conlleva.

Antes de empezar analizar los requisitos necesarios para que se decrete el embargo preventivo, es necesario precisar que éste en el art. 48.3 L.C. es una verdadera medida cautelar y como tal le es aplicable de forma supletoria los presupuestos del art. 728 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante L.E.Civ.) para la aplicación de las medidas cautelares. Según ALONSO UREBA y PULGAR EZQUERRA[22], esta medida cautelar es de carácter accesorio respecto de la pretensión principal que deberá ejercitarse en la sección de calificación, cuando proceda la calificación de culpable, siendo la acción principal la de responsabilidad de administradores o liquidadores. Esta accesoriedad no sólo se deriva de la interpretación sistemática de la norma conforme al régimen que regula la calificación concursal (art. 163 L.C. y siguientes) si no del régimen contenido en el art. 728 L.E.Civ. aplicable supletoriamente conforme la Disposición Final 5ª de la L.C.

Además de los presupuestos del art. 728 L.E.Civ., el art. 48.3 L.C. establece una serie de supuestos que merecen comentario. En cuanto al momento del decreto del embargo cautelar, el art. 48.3 L.C. dice expresamente «desde la declaración de concurso», de forma que a partir de la declaración del concurso en cualquier momento se podría decretar el embargo, no obstante, la lógica conlleva a pensar que se decretará el mismo en un momento en que se disponga de elementos suficientes para fundar el juicio provisional sobre una eventual declaración posterior de culpabilidad del concurso en la sentencia de calificación. En cuanto a las personas legitimadas para acordarlo, a diferencia del art. 728 L.E.Civ., el art. 48.3 L.C. únicamente legitima a la administración concursal para su solicitud o al juez para imponerla de oficio. Respecto a la cuantía del embargo por el cual puede ser impuesto, no hay uniformidad de criterios pero la tendencia jurisprudencial es que se haga coincidir con el previsible déficit del activo sobre el pasivo.

[22] ALONSO UREBA, A.; PULGAR EZQUERRA, J. ob.cit., pág.33.

En la extensión del embargo a los administradores de hecho o de derecho, se debe evitar situaciones abusivas como la adopción de un embargo en función del tamaño del patrimonio de los administradores o la extensión del embargo preventivo a la sociedad matriz por su actuación de administrador de hecho por el simple hecho de la existencia de un grupo. Como dice MARTÍNEZ SANZ[23] de forma más que acertada, la mera existencia de grupo no significa que de forma automática exista la figura del administrador de hecho (sociedad matriz en grupos jerárquicos) si no que es necesario que se cumplan todos los requisitos fijados por la doctrina y jurisprudencia para la constatación del mismo. De esta forma, será necesario analizar caso por caso para determinar la existencia de administrador de hecho en grupos de empresa.

La extensión del embargo preventivo al administrador de hecho puede conllevar graves consecuencias no sólo porque su patrimonio queda embargado sino porque como administrador de hecho puede resultar persona afectada por la calificación del concurso culpable y puede ser condenado a cubrir el déficit total o parcialmente conforme el art. 172.3 L.C. Por ello, es necesario que la calificación de administrador de hecho se realice con prudencia exigiéndose un plus de análisis por el carácter accesorio del embargo preventivo. Esto es lo que se establece en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de febrero de 2006 que considera que es necesario que resulte acreditado aunque sólo sea indiciariamente, que el administrador o liquidador de derecho o de hecho a quien se pretende embargar, se le puede imputar la conducta que merece la calificación culpable del concurso y que dicha conducta ha generado o agravado la insolvencia, o cuando menos es apta para

[23] MARTÍNEZ SANZ, F., *Ámbito subjetivo de la responsabilidad*. En: La responsabilidad de administradores, Rojo, A. y Beltrán, E. (dirs.). Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005, págs. 70 y 71 en GARCÍA VILLARUBIA, B. "Presupuestos del embargo de bienes de los administradores en el concurso. Especial atención al presupuesto del peligro por la mora procesal y al embargo de los administradores de hecho". *Diario La Ley*, nº 7000, Sección Doctrina, 30 de julio de 2008, Año XIXX. Pág. 7.

ello. Como muy bien dice GARCÍA-VILLARRUBIA[24] la jurisprudencia sobre grupos de empresa tiende a utilizar un concepto expansivo de la figura de administrador de hecho para extender los efectos del embargo de bienes y derechos para garantizar mejor la satisfacción de los créditos de los acreedores. Un ejemplo de ello es el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Sevilla de 13 de junio de 2007 que dice:

> «En el caso de un grupo de empresas, la sociedad dominante podrá ser considerada administrador de hecho, cuando los actos de administración adoptados por la dominada obedezcan a instrucciones imperativas impuestas por la matriz», añadiéndose que «el carácter de administrador de hecho que tienen alguna de las empresas del grupo sobre la concursada (…) debe deducirse de indicios y datos que permitan presumir el poder de control y la unidad de dirección»

Para evitar este tipo de resoluciones de expansión del concepto de administrador de hecho será necesario como dice GARCÍA VILLARRUBIA que la atribución de administrador de hecho deba tener una vocación definitiva cumpliendo con los requisitos que exige la doctrina y jurisprudencia para constatar su existencia.

Para terminar con este apartado y mostrar claramente que los tribunales están extendiendo de forma errónea el embargo preventivo al administrador de hecho, considero adecuado traer a colación el Auto de 12 de julio de 2007 del Juzgado de Lo Mercantil nº 1 de Bilbao sobre el cual hace un comentario MERCADAL VIDAL[25]. El citado juzgado constata la existencia de administrador de hecho basándose en 3 hechos: (i) El grupo de empresas se implantó en España y a través de la concursada fue adquiriendo y absorbiendo diversas empresas. (ii) La sociedad concursada tiene como accionista único a la sociedad extranjera dominante, justificándose en la unipersonalidad la figura de la matriz como administrador de hecho. (iii) La sociedad

---

[24] GARCÍA VILLARUBIA, B. "Presupuestos del embargo de bienes de los administradores en el concurso. Especial atención al presupuesto del peligro por la mora procesal y al embargo de los administradores de hecho". *Diario La Ley*, nº 7000, Sección Doctrina, 30 de julio de 2008, Año XIXX, pág. 8.

[25] MERCADAL VIDAL, F. "La extensión del embargo preventivo (ex art. 48.3 LC) a la sociedad dominante de la concursada. (en torno al auto de 12 de julio de 2007 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao)". *Anuario de derecho concursal*, 2008, nº 14, pág. 387.

dominante controla económicamente a la concursada, su condición de accionista único es dato suficiente para constatar la administración de hecho ya que le permite controlar las decisiones de la sociedad concursada a través del administrador social que ha designado.

En mi opinión, en este Auto se deja un aspecto que considero clave a efectos de constatar la existencia de administrador de hecho y poder imputarle responsabilidad. En este caso, no se valora si la conducta de la sociedad matriz se deriva del principio de unidad de dirección que caracterizan a los grupos de empresa pudiéndose justificar las conductas cuestionadas (matriz como socio único de la sociedad filial, control económico etc.) en el ejercicio de los derechos que le corresponden como socio o si por el contrario efectivamente realiza una verdadera gestión de la sociedad filial pudiendo imputarle su actuación como un auténtico administrador de hecho.

V. Conclusión

En el presente estudio intento poner de manifiesto el amplio abanico de posibilidades que el ordenamiento jurídico ofrece a los acreedores para exigir responsabilidad a los administradores de una sociedad en caso de insolvencia. Es muy importante detectar la intervención de administradores de hecho en la actividad diaria de una sociedad para evitar lagunas de impunibilidad. En sede de grupos de empresa, como he mencionado se debe analizar si la sociedad matriz ha actuado como administrador de hecho de las sociedades filiales llevando a cabo una auténtica y efectiva administración de las mismas. Si se constata este hecho, los acreedores tendrán mayores expectativas de cobro al poder imputar la responsabilidad a la sociedad matriz por su actuación como administrador de hecho. A pesar de la tendencia a la protección de los acreedores, es necesario que se cumplan todos los requisitos establecidos por la doctrina y jurisprudencia para constatar en primer lugar, la existencia de administrador de hecho y en segundo lugar, la actuación como tal para poder imputarle responsabilidad. Sólo de esta forma podemos evitar situaciones injustas y abusivas de imputación de responsabilidad.