

RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES MERCANTILES DENTRO Y FUERA DEL CONCURSO.

EDMUNDO RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI

Magistrado del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao

La aplicación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC) ha propiciado la aparición de un nuevo debate acerca de la responsabilidad de los administradores. Sabido es que la norma ha previsto la eventual declaración de una responsabilidad especial, no prevista hasta ahora en nuestro ordenamiento jurídico, que se dilucida en la Sección 6ª.

Esa responsabilidad, regulada en el art. 172.3 LC, se extiende a administradores de hecho y derecho, liquidadores y cualquier clase de "cómplices", que pueden verse obligados, caso de que así lo considere el juez al calificar el concurso como culpable, a suplementar la insuficiencia de la masa activa para atender los créditos de los acreedores. De esta forma queda eventualmente vinculado al patrimonio social, en principio único afectado por la declaración de concurso, el patrimonio particular de todas estas personas, que podría por esa razón quedar afecto al resultado del concurso.

Desde la constatación de la existencia de este nuevo tipo de responsabilidad concursal del administrador social, aparece el debate de la compatibilidad o incompatibilidad de las previsiones de la Ley Concursal con las tradicionales acciones que a socios y acreedores concedía tanto del art. 69 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL), como del 133 del R.D.L. 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA), supuestos de responsabilidad civil en el tradicional sentido en que la conocemos, con algunas especialidades, y también respecto de las previsiones de responsabilidad solidaria del administrador por no convocatoria de la junta de disolución, señaladas en los arts. 105.4 con relación al 104 LSRL y 262.5 en relación al 260 LSA.

En efecto, si son compatibles las acciones, enseguida puede apreciarse que habrá acreedores que prefieran utilizar la vía de la responsabilidad *tradicional*, la prevista en LSA

y LSRL, dirigiéndose contra el patrimonio del administrador social de la sociedad concursada, con la plausible esperanza de encontrar un patrimonio suficiente para responder de su deuda, menos afectado por otros intereses concurrentes que el patrimonio del concurso.

Si esto acontece también parece perceptible que el interés de otros acreedores, que cuentan con la eventual declaración de culpabilidad del concurso y, en consecuencia, de la posibilidad de un suplemento de la insuficiencia de la masa activa con el patrimonio de los administradores sociales y cómplices, podría verse afectado, en tanto que si la reclamación extraconcursal prospera el patrimonio de los mismos disminuiría o incluso desaparecería, haciendo inefectiva la decisión judicial adoptada en el concurso.

Aunque no sea estricto, de algún modo el principio de trato igual a los acreedores podría verse vulnerado. En rigor no queda afectado en tanto que dicho principio sólo puede predicarse del patrimonio social, el del deudor declarado en concurso, porque el de los administradores, liquidadores o cómplices es ajeno, en principio, a los efectos del concurso. Pero como en tanto no se declare el carácter fortuito del concurso esos patrimonio son, sin duda, una expectativa legítima de los acreedores concursales para la percepción de sus créditos, es posible afirmar que quizá podría pensarse en un trato desigual.

La otra cara de la moneda es la del acreedor que constata que en el concurso sus posibilidades de ver satisfecho el crédito son mínimas. El procedimiento concursal es gravoso en tanto que, en el mejor de los casos, supone un aplazamiento y/o disminución del crédito, que tras la demora procesal o la que trae consigo el convenio, podría permitir, si se cumple el convenio -lo que no siempre sucede-, o de haber masa activa -en los casos de liquidación-, percibir parte del crédito. Por lo tanto si se dispone de otro patrimonio que no padece semejantes servidumbres, y hay fundamento legal para la pretensión, sería perfectamente legítimo intentar la satisfacción del crédito dirigiéndose a él.

1.- La pretendida prioridad de la responsabilidad concursal

Ante la existencia de diferentes regímenes de responsabilidad de los administradores se ha hablado de la prioridad del disciplinado por la Ley Concursal¹. El acreedor puede sin duda dirigirse frente al administrador social, pero una vez declarado el concurso, ha de esperar al resultado de la sección de calificación, de manera que durante la tramitación del concurso el ejercicio de las acciones de LSA y LSRL queda pospuesto.

Esa tesis encuentra apoyo en la previsión del art. 60.2 LC, que al regular los efectos del concurso dispone que "*desde la declaración hasta la conclusión del concurso quedará*

¹ ALONSO UREBA, ALBERTO. "*El artículo 48.2 LC y el marco de relaciones de la responsabilidad concursal del artículo 172.3 LC con la responsabilidad de los auditores y con las acciones societarias de responsabilidad de administradores y liquidadores*". Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal 2004, pp. 91-107; VIERA GONZALEZ, A. y ALONSO UREBA, ALBERTO, en "*Comentarios a la legislación concursal*", Juana Pulgar Ezquerro, Carmen Alonso Ledesma, Alberto Alonso Ureba, Guillermo Alcover Garau (Dres), Edit. Dykinson S.L., Madrid 2004, Tomo I, pág. 655.

interrumpida la prescripción de las acciones contra socios y contra administradores, liquidadores y auditores de la persona jurídica deudora". De este modo añade una nueva causa² de interrupción de la prescripción a las previstas en el art. 1.973 del Código Civil, asegurando que el acreedor no resultará perjudicado por la demora que supone la tramitación del concurso.

La imposibilidad de ejercicio de acciones derivadas de LSRL y LSA frente al administrador de la sociedad declarada en concurso, o al menos la prioridad de la responsabilidad prevista en el art. 172.3 LC frente a aquella ha tenido acogida en alguna resolución como el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo, de 13 de diciembre de 2005 (JUR 2006\123836), que suspende la demanda presentada por un acreedor del concurso contra el administrador social de la persona jurídica declarada en tal situación, hasta que concluya el procedimiento concursal.

Aunque esa resolución fue revocada después por Auto de 29 de diciembre de 2006, de la Audiencia Provincial de Asturias, Id. Cendoj: 33044370012006200119. en algún otro caso se ha resuelto de esta forma³, por lo que se ha discutido la incompatibilidad de los regímenes de responsabilidad, que algunos otros ordenamientos jurídicos adoptan, de modo expreso, en sus respectivas regulaciones.

2.- La limitación en el acceso a la jurisdicción

El primer impedimento que se constata cuando se analiza la pretensión de prioridad de la responsabilidad prevista en la Ley Concursal, es que supone, de hecho, una limitación en el ejercicio a la jurisdicción que se sustenta en una interpretación de textos legales que en ningún caso han prohibido el ejercicio de las acciones previstas en LSA y LSRL durante el concurso.

Es preciso partir, en consecuencia, de que la Ley Concursal, a pesar de que en sus Disposiciones Finales 20 y 21 reforman los arts. 262 LSA y 105 LSRL, no dispone en ningún caso una previsión que impida el ejercicio de dichas acciones durante el concurso. Es una interpretación de la ley la que permite sostener la imposibilidad, pero no un precepto legal expreso que lo prohíba. En definitiva, que ni la Ley Concursal, ni LSA ni LSRL impiden el ejercicio de las acciones previstas en las leyes societarias.

Está en cuestión, en consecuencia, el derecho a la tutela judicial efectiva declarado en el art. 24.1 CE. Al respecto el Tribunal Constitucional tiene declarado que no puede el juez "*...imponer requisitos o consecuencia impeditivos, obstaculizadores, limitativos o disuasorios del ejercicio de las acciones sin o existe previsión legal de las mismas...*" (STC 206\1987, de 21 de diciembre). Ha afirmado igualmente que "*...la inadmisión basada en un*

² BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL y BOLDÓ RODA, CARMEN, en "*Comentarios a la Ley Concursal*", Rodrigo Bercovitz Rodríguez Cano (coord.), Tecnos, Madrid 2004, Tomo I, pág. 664.

³ Auto de 13 de febrero de 2006 del Juzgado de 1ª Instancia nº 10 de Santander, Id. Cendoj: 39075470102006200001.

motivo inexistente constituye no sólo una ilegalidad, sino inconstitucionalidad que afecta al derecho fundamental del art. 24.1 de la Constitución" (STC 201\1987, de 17 de diciembre). También que una negativa *"carente de una base legal, supondría manifiestamente una negativa a la satisfacción del derecho a la tutela judicial"* (STC 171/1988, de 30 de septiembre).

Por otro lado las STC 1/1987, de 14 de enero, y 90/1985, de 22 de julio, mantienen que *"el mandato contenido en el art. 24.1 de la Constitución encierra el derecho a escoger la vía judicial que se estime más conveniente para la defensa de los derechos e intereses legítimos"*. Esto supone, en el concurso, que el acreedor puede tratar de hacer efectivo su crédito en el procedimiento universal o emplear caminos procesales diferentes, si no hay prohibición para que lo verifique.

De la doctrina constitucional resumida se concluye, por lo tanto, que serán importantes los impedimentos de rango constitucional para concluir que lo no prohibido por la Ley Concursal, LSA o LSRL, no puede hacerse.

3.- Las previsiones de la Ley Concursal

Como se ha buscado explicación a esta tesis en la Ley Concursal, en particular en la regulación de la prescripción contenida en el art. 60, también ha de hacerse alguna precisión. Por un lado algunos han criticado el precepto, pues no se entiende la razón de que se interrumpa el ejercicio de acciones que en ningún caso están suspendidas, paralizadas o afectadas por la declaración de concurso⁴.

Obviamente los acreedores que hayan iniciado sus acciones contra el administrador social de la persona jurídica luego declarada en concurso no se verían afectados. En cuanto a los que pretenden hacerlo una vez se declara el concurso, la previsión del art. 60.3, que permite computar el plazo del art. 949 del Código de Comercio a partir de la conclusión del concurso, ven extendido el término para el ejercicio de la acción.

Por otro lado el art. 48.2 LC ha extendido la legitimación para el ejercicio de la acción social a la administración concursal, sin necesidad de acuerdo de la junta. Si la voluntad legal fuera la suspensión del ejercicio de acciones de responsabilidad contra los administradores sociales de una sociedad en concurso poca coherencia tendría esta previsión legal.

Quizá podría alegarse que esto no atañe a la acción individual. Sin embargo más adelante la misma norma indica que *"la formación de la sección de calificación no afectará a las acciones de responsabilidad que se hubieren ejercitado"*. No distingue, por tanto, las acciones que no van a quedar afectadas, y no se percibe la razón por la que precisamente la acción de responsabilidad civil del 133 LSA o de solidaridad con las deudas sociales hayan de ser excluidas de la previsión de esa norma.

⁴ LOPEZ MATEO, PILAR, en *"Nueva ley Concursal"*, A. Sala, F. Mercadal y J. Alonso-Cuevillas (Coords), Edit. Bosch, 2ª Edic, Barcelona 2. 2004, pág. 323.

La doctrina ha entendido que el art. 48.2 LC se refiere a cualquier tipo de acciones, no sólo la social⁵. Es decir, que la tramitación de la sección de calificación a la que alude el art. 48.2 LC no afecta a cualquier tipo de acción de responsabilidad. Se ha dicho también que cuando esa norma dice que la sección "no afectará" a las acciones de responsabilidad, significa que la calificación que merezca el concurso no vincula a las demás acciones, de manera que podrían prosperar aunque este fuera declarado fortuito, o desestimarse pese a calificarse de culpable⁶.

De manera expresa BELTRÁN⁷ entiende que el régimen de responsabilidad civil y de responsabilidad solidaria por no convocatoria de junta subsiste durante la tramitación del proceso concursal, de manera que los acreedores sociales podrían dirigirse, de interesarles, frente al administrador social de la sociedad declarada en tal situación. De obtener satisfacción de su crédito, ello influiría en la masa pasiva del concurso, que se vería así disminuida.

4.- Naturaleza diversa de las responsabilidades

La novedad de la responsabilidad contenida en el art. 172.3 LC obliga también a comparar los términos en que desenvuelven sus efectos las responsabilidades que pueden ser exigidas al administrador social de la sociedad en concurso. Aunque el debate acaba de comenzar tenemos algunos fundamentos que podrían utilizarse en la comparación.

En efecto, las causas que suponen la calificación de un concurso como culpable nunca permitirían analizar si se han cumplido obligaciones que el art. 104 LSRL y 260 LSA imponen a los administradores sociales, porque no tienen nada que ver el reproche que contienen ni el plazo temporal para su ejercicio.

En cuanto al *reproche*, son diferentes las previsiones de las leyes societarias y la Ley Concursal. Algunas de las previsiones para declarar el concurso culpable que contienen los arts. 164 y 165 LC podrían superponerse a las exigencias que derivan del art. 133 LSA y 69 LSRL, y los deberes propios de cualquier administrador conforme al 127 y ss LSA, en tanto que se sustentan en el incumplimiento de los deberes de diligencias que corresponden a cualquier administrador social.

Sin embargo no hay, ni por asomo, parecido alguno entre las previsiones de 164 y 165 LC y la solidaridad en caso de incumplimiento de convocatoria de junta del 262.5 LSA

⁵ JUAN Y MATEU, FERNANDO, en "*Comentario de la Ley Concursal*", Ángel Rojo y Emilio Beltrán (Drs), Thomsom-Aranzadi, Madrid 2004, Tomo I, pág. 1.110; DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS, en "*Comentarios a la legislación concursal*", Juan Sánchez Calero y Vicente Guilarte Gutiérrez (Drs), Edit. Lex Nova, Valladolid 2004, Tomo I, pág. 1.125.

⁶ TORIBIOS FUENTES, FERNANDO, en "*Comentarios a la legislación concursal*", Juan Sánchez Calero y Vicente Guilarte Gutiérrez (Directores), Edit. Lex Nova, Valladolid 2004, Tomo I, pág. 946.

⁷ BELTRÁN, EMILIO, en "*Comentario d la Ley Concursal*", Ángel Rojo y Emilio Beltrán (Drs), Thomson-Aranzadi, Madrid 2004, Tomo I, pp. 960 a 988.

y 105.5 LSRL. Es decir, que aunque el concurso se calificara de culpable, nunca podría declarar la solidaridad que previenen esas normas, de modo que es absurdo retrasar su conocimiento hasta la finalización del procedimiento concursal.

Por otro lado se aprecia otra diferencia de naturaleza *temporal*. En el caso de la previsión del art. 172.3 LC se concreta a lo acontecido "*dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración de concurso*". Esa limitación choca con la falta de previsión de LSA y LSRL, de modo que puede exigirse responsabilidad por actos u omisiones realizados fuera de ese periodo, aunque con la limitación del término de prescripción de cuatro años que contiene el art. 949 CCom para el ejercicio de la acción.

Ese régimen común es, como se ha dicho, de prescripción (STS 9 de marzo 2006, RJ 2006\1072, 22 de diciembre 2005, RJ 2006\1216). De esta forma, el juez no puede apreciar de oficio la falta de acción si no se esgrime por el demandado (STS 22 de diciembre 2000, RJ 2000\10137, 19 de marzo de 1999, RJ 1999\1860). El juez que califica el concurso, por el contrario, tiene limitado su conocimiento, por disposición legal, a las conductas que se hayan realizado por administradores de hecho o derecho, liquidadores o cómplices, durante los dos años anteriores al concurso, sin que pueda en modo alguno entrar a determinar otras responsabilidades más allá de tal límite.

5.- Consecuencias prácticas

Que no sea posible impedir el ejercicio de las acciones de acreedores fuera del concurso frente al administrador de la sociedad concursada no significa que no hayan de arbitrase soluciones para tratar de satisfacer todos los (legítimos) intereses en conflicto. No cabe impedir a los acreedores que conozcan la situación concursal utilizar instrumentos no concursales para satisfacer su crédito. Pero tampoco los administradores concursales tienen que permanecer ociosos cuando aprecien que el patrimonio del administrador social se ve disminuido con aquéllas.

La norma concursal facilita un instrumento para verificarlo: el embargo preventivo previsto en el art. 48.3 LC. En este caso, de sospecharse que el concurso podría declararse culpable, pueden solicitar al juez del concurso el inmediato embargo, que la norma autoriza a practicar desde el momento mismo de la declaración de concurso.

Con tal embargo los administradores concursales lograrían prioridad sobre bienes del administrador social de la concursada, puesto que la sentencia ulterior en un procedimiento declarativo, ya se ejecutara provisional o definitivamente, tendría acceso al registro con posterioridad.

Si finalmente no se califica el concurso como culpable, o de verificarse, no se dispone la obligación de suplementar con el patrimonio del administrador social la insuficiencia de la masa activa, el acreedor que haya realizado la reclamación judicial fuera del concurso haría efectiva su pretensión. En cambio si se declarara esa responsabilidad del art. 172.3, sólo podría optar con posterioridad al resto de los acreedores.

De esta forma también asegurarían los administradores concursales su posición, pues cualquiera que fuera la decisión del juez ante la petición de embargo, no tendría fundamento la pretensión de un acreedor de exigirles responsabilidad por su falta de diligencia cuando, enterados de la pretensión del tercero, no adoptaran las medidas precisas para que el patrimonio de suplemento se mantuviera incólume o no se viera disminuido en perjuicio de los acreedores del concurso.