

Breve acercamiento a la responsabilidad de los administradores y liquidadores sociales a la luz de la nueva Ley Concursal

Autor: Daniel Prades Cutillas

Profesor de Derecho Mercantil de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid

Sin lugar a dudas la nueva Ley Concursal viene a endurecer aún más la ya complicada situación en que la Ley de Sociedades Anónimas sitúa a los administradores de la sociedad, atribuyendo a éstos una cada vez más clara posición de responsabilidad objetiva, al menos en cuanto se refiere al ejercicio de la acción social de responsabilidad en sus diferentes supuestos legales.

En cuanto a la acción individual de responsabilidad parece mantenerse la actual calificación de ésta como culpa extracontractual, en términos generales, pero ciertamente para algunos supuestos se agrava la situación de los administradores, hasta el punto de incluirlos también en la calificación de objetiva.

Pero antes de entrar en la problemática de la calificación de los distintos supuestos de responsabilidad de los administradores y liquidadores sociales, pasaremos a dar cuenta de las novedades que introduce el texto legal, para después aplicarlas a la legislación preexistente y tratar de ordenar en lo posible la probable casuística.

Primero: de los efectos inmediatos del concurso sobre el patrimonio de los administradores y liquidadores: el art. 48.3 de la ley concursal

Destaca por encima de todo el contenido del art 48, 3º de la Ley Concursal, que introduce en nuestra legislación la posibilidad para el juez de ordenar directamente (incluso de oficio) el embargo de los bienes propios de los administradores y liquidadores como medida precautoria y ante la “fundada posibilidad” de que el concurso se califique como culpable sin que existan bienes suficientes para cancelar la totalidad de las deudas, es decir antes de que se proceda a la calificación del concurso y a la evaluación real de activo y pasivo.

Se trata pues de una medida meramente precautoria, pero de tal importancia que su aplicación indiscriminada abrirá problemas no previstos en la Ley, como por ejemplo las consecuencias de la traba en el caso de que finalmente el activo sea suficiente para cubrir el pasivo en su totalidad, o bien de que la calificación definitiva del concurso resultase como fortuita en lugar de culpable. ¿Quién responderá de los perjuicios causados al administrador por el innecesario embargo de sus bienes?

Veamos en primer lugar el texto literal de la norma y los diversos reenvíos para establecer cuales son las situaciones en que procederá el embargo.

Art. 48.3.- *Desde la declaración de concurso de persona jurídica, el juez del concurso, de oficio o a solicitud razonada de la administración concursal, podrá ordenar el embargo de bienes y derechos de sus administradores o liquidadores de derecho o de hecho, y de quienes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de aquella declaración, cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas. El embargo se acordará por la cuantía que el juez estime bastante y podrá ser sustituida, a solicitud del interesado, por aval de entidad de crédito.*

Hasta aquí la norma. Analicemos por partes:

1. Desde la declaración de concurso: Cabe dictar el embargo en cualquier momento, no hay que esperar a la calificación ni a la valoración del activo y el pasivo, ni por tanto a comprobar el equilibrio de las masas patrimoniales ni a la comprobación de la concurrencia de culpabilidad en el concurso.

De hecho basta que exista el auto de Declaración del concurso, previsto en el art 20 de la Ley, para que pueda ordenarse el embargo, incluso aunque el auto resultase apelado, ya que el nº 2 del art. 20 establece que la apelación del auto de declaración no tendrá efecto suspensivo “*salvo que, excepcionalmente, el juez acuerde lo contrario*”.

Así pues se trata de una medida perentoria de aseguramiento, que puede ordenarse a continuación de la emisión del auto de declaración de concurso, y sin más justificación que la “fundada posibilidad” que analizaremos más abajo.

2. El juez del concurso, de oficio o a solicitud razonada de la administración concursal: La medida puede ser ordenada por el juez por propia iniciativa desde el mismo momento en que declara el concurso e inmediatamente a continuación de declarado éste, con base en su propia impresión de la situación y de la posible concurrencia de la “fundada posibilidad” ya aludida.

Igualmente puede acordarse la medida, y es el único supuesto que exige al menos una justificación por leve que sea, por iniciativa de los administradores del concurso, quienes, estos sí, deberán razonar su petición, se supone que fundamentándola en algo más que la simple impresión.

En cualquier caso se trata de una medida arriesgada, ya que permite el embargo de bienes de tercera persona, distinta del deudor, sin que exista una previa declaración de su responsabilidad ni del alcance de ésta. Es decir, estamos ante una medida propia del aseguramiento de una responsabilidad de carácter objetivo, que no precisa declaración de su existencia, sino que se establece como consecuencia de la presunción legal de que se ha incurrido en responsabilidad, con inversión plena en todo caso de la carga de la prueba y correspondiendo al propietario de los bienes embargados demostrar que no ha incurrido en responsabilidad.

Un problema añadido a la aplicación de la medida, y que la tiñe de draconiana, es que no se prevé la posibilidad de escuchar siquiera a la persona o personas afectadas por el embargo, que no podrán defenderse del mandamiento hasta que haya sido ordenado, y aún así precariamente como veremos.

Hay que destacar que la norma no prevé la posibilidad de un recurso específico contra este embargo, sino su simple sustitución por un aval, por lo tanto habrá que estar a lo dispuesto por la propia Ley en el art. 197 sobre los recursos, volveremos más adelante sobre este punto.

3. Podrá ordenar el embargo: Luego se trata de una medida potestativa del juez, de carácter discrecional y que queda encomendada a su criterio y albedrío ya que las circunstancias que la justifican no están suficientemente determinadas al quedar calificadas solo con la expresión “fundada posibilidad”.

No existe obligación para el juez de dictar este embargo preventivo, y esto significa que solo el juez determina en cada caso si se ha incurrido o no en situación que justifique la oportunidad o improcedencia de la medida.

Existe aquí un nuevo semillero de problemas para la aplicación de la medida, ahora tanto se considere procedente o improcedente el embargo. El problema radica en que el único recurso posible es el de reposición (art 197.2) ya que no se otorga otro recurso ni se declara expresamente irrecurrible.

Así resultará que el propio juez será el único que, de momento, revisará su previa resolución, siendo este el primer momento en que puede ser oído el afectado por el embargo, y tampoco cabe esperar que el juez modifique su criterio, sea el que fuere, tras el recurso de reposición (considere aquí el lector cuantos recursos de reposición conoce que hayan sido acogidos y en cuantos otros se mantiene la decisión inicial)

Además contra el auto que resuelva la reposición no cabrá recurso alguno (art. 197.3), quedando como única posibilidad de revisión la reproducción “en la apelación más próxima” y solo en el caso de que se haya formulado protesta expresa en cinco días, lo que hace que podamos considerar la medida acordada, sea cual sea, como “provisionalmente definitiva”.

4. De bienes y derechos de sus administradores o liquidadores de derecho o de hecho: Por el momento solo me atrevo a indicar que no cabrá la menor duda sobre quienes sean los administradores o liquidadores de derecho, ya que sus cargos constarán inscritos en el registro mercantil.

Lo que ya resulta más aventurado es el establecer quienes puedan ser los administradores y liquidadores de hecho, ya que no existe indicación legal alguna sobre este particular, ni tampoco criterios o al menos presunciones legales de la existencia de los mismos.

Esta atribución por el juez del carácter de administrador de hecho no precisa, al parecer, motivación en este momento procesal, ya que solo se exige su motivación (art. 172.2.1º) en la sentencia de calificación, contra la que sí cabe, lógicamente, apelación y será en esta apelación donde se pueda discutir también la procedencia del embargo preventivo dictado.

Por lo tanto solo cabe concluir que habrá de ser también el juez, quizá a instancia de la administración concursal, quien determine, no sabemos como, la personalidad de los administradores y liquidadores de hecho; y luego, y sin darles oportunidad de ser oídos previamente a los efectos de defenderse al menos de tal imputación, dicte embargo contra sus bienes, del que tampoco podrán defenderse, más que en reposición, hasta en su caso la apelación contra la sentencia del procedimiento principal.

5. Y de quienes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de aquella declaración: El plazo al menos está claramente determinado, lo curioso es precisamente su extensión ¿por qué dos años?

Habría sido absolutamente lógico que el plazo fuese de cuatro años, que es el de prescripción de la acción de los socios contra los administradores sociales previsto en el 949 del Código de Comercio, si nos encontrásemos ante el ejercicio de la acción social de responsabilidad, como creo que es el caso (más adelante volveremos sobre este particular)

Igualmente habría sido lógico el de un año, del 1.968 del Código Civil, establecido para la culpa extracontractual, si opinamos que se trata de una acción individual de responsabilidad.

Sin embargo se establece este nuevo plazo, quizá como intermedio entre los dos anteriores, sin que aparezca una justificación clara del mismo, como si el legislador no hubiese querido aclarar si considera la responsabilidad como objetiva o como mera culpa extracontractual.

De otra parte, resulta también curioso que no se aclare, como habría sido de esperar, que el juez para dictar el embargo habrá de entender que el propietario de

los bienes cuyo embargo ordena es el causante directo de la calificación del concurso como culpable, o que al menos también existe “fundada posibilidad” en este aspecto.

Nada dice el texto, más que el plazo de dos años, con lo que en teoría cabrá el embargo de los bienes de un ex-administrador (que lo fue dentro del plazo indicado) que actuó con la diligencia exigible durante su mandato, pero tuvo la desgracia de ser sucedido por otro que se llenó los bolsillos y desapareció, dejando empantanada la sociedad y vacía de patrimonio en menos de dos años.

Si aplicamos la norma literalmente a este caso encontraremos que se cumplen las tres condiciones del texto legal: concurso culpable, insuficiencia de activos y menos de dos años desde el cese en el cargo del embargado. ¿Alguien ha pensado en la “dulce venganza” que puede suponer vaciar la sociedad descargando la responsabilidad económica en nuestro antecesor en el cargo?

Es evidente que en lo expuesto se está extremando la aplicación literal de la ley, y se continuará haciendo en el resto del presente artículo, pero el artificio es intencionado, en la idea de poner de manifiesto las consecuencias de la ley no queridas por el legislador y todavía evitables.

6. Cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa sea insuficiente para satisfacer todas las deudas. Es decir que deben cumplirse ambas condiciones. Es obvio que no podrá proceder el embargo si la masa activa es superior a la masa pasiva, ya que sería innecesario el aseguramiento a favor de los acreedores.

Sin embargo bastará la “fundada posibilidad” de que las cifras de las masas patrimoniales no estén correctamente determinadas (por ejemplo un diferente criterio de valoración de existencias, de inmuebles o de cualquier derecho de crédito, un criterio distinto en las provisiones por insolvencias, etc.) para que quede justificado el embargo, aunque los hechos posteriores desautoricen el cambio en los criterios de valoración.

En cuanto a la presunción de culpabilidad en el concurso remito al lector unos párrafos más adelante, en que analizaremos las normas de calificación del concurso.

7. El embargo se acordará por la cuantía que el juez estime bastante: Nuevamente es potestad del juez, sin indicación legal, el establecer la cuantía del embargo. Nótese que ni siquiera se dice que deba asegurarse la presunta diferencia entre activo y pasivo, sino que el embargo puede ser superior o inferior a esta diferencia y sin que exista criterio alguno para su determinación.

8. Y podrá ser sustituida, a solicitud del interesado, por aval de entidad de crédito. Como ya hemos comentado anteriormente la única posibilidad que tiene en su defensa la persona afectada por el embargo es sustituir este por un aval suficiente, recurrir el mandamiento en reposición, hacer constar protesta expresa y después esperar hasta la apelación de la calificación del concurso para tener la posibilidad de que se le escuche.

El resumen de todo lo expuesto es que el juez, por propia iniciativa o a petición de los administradores del concurso, podrá dictar mandamiento de embargo sobre bienes de un tercero que no es parte en el procedimiento, sin llamarle previamente al mismo, sin oírle y en la cuantía que el propio juez estime procedente, sin más fundamento que la opinión del propio juez de que exista “fundada posibilidad” de que el concurso sea declarado culpable, de que el activo no baste para cubrir el pasivo y de que el embargado haya sido “administrador o liquidador de hecho” o de que en verdad lo haya sido de derecho en los dos años anteriores a la fecha del Auto de Declaración del Concurso, y sin que exista siquiera sospecha de que el antiguo administrador haya actuado sin la diligencia exigible.

Y todo ello sin posibilidad de suspensión del mandamiento judicial de embargo ni de revisión inmediata de la decisión judicial, quedando ésta pospuesta hasta la apelación de la sentencia de calificación del concurso.

Segundo: de la calificación del concurso como culpable. Los art. 163 a 165 de la Ley Concursal

Para determinar en que situaciones puede aplicarse el embargo preventivo a que nos hemos referido, conviene analizar ahora la calificación del concurso, ya que es condición previa la “fundada posibilidad de que el concurso se califique como culpable”.

La Ley Concursal se refiere a esta calificación en los arts. 163 y siguientes, que pasamos a leer y analizar.

En primer lugar, y en virtud del art. 163 de la Ley Concursal, que no reproducimos por no alargarnos en exceso, cabe calificar el concurso como fortuito o culpable (desaparece la antigua calificación de la quiebra como fraudulenta), y se deberá proceder a su calificación siempre que el concurso se resuelva por liquidación y en los casos en que el convenio acordado establezca una quita superior al tercio de los créditos o una espera superior a tres años.

A contrario, si el concurso se resuelve por convenio con quita inferior al tercio o espera inferior a tres años no cabrá la calificación del mismo y no podrá existir el embargo previo de los bienes de los administradores (o deberá levantarse éste si se hubiera ordenado) al no cumplirse el requisito de “fundada posibilidad de concurso culpable”, aunque sí se cumpla el de activo insuficiente.

Claro que en el momento inicial en que se dicte el embargo la apariencia puede ser de que el convenio reúna los requisitos necesarios para que el concurso sea calificado, sin que luego concurra esta circunstancia. ¿Qué sucederá entonces con el embargo practicado? Muy probablemente nos encontremos con que los acreedores, sabedores de que existe el embargo, se nieguen a aceptar el convenio y obliguen a la liquidación (art.143.1.2º) lo que nos abre una posible situación de agravio compara-

tivo entre dos concursos similares, aceptándose el convenio si no hubo embargo previo y rechazándose si éste existió, con lo que el inicial criterio judicial se convierte en un arma de doble filo al propiciar la desigualdad en la ejecución de dos supuestos similares, situación que desde luego no parece deseable.

Hay también que destacar que en ningún momento se nos dice el destino de los bienes embargados, con lo que hay que deducir que en primer lugar se atenderán los pagos con los bienes propios de la sociedad y, agotados éstos, se recurrirá a los embargados para satisfacer los créditos no atendidos todavía.

Pasemos a la siguiente fase: supongamos que el concurso se resuelve por liquidación o convenio “insuficiente” y veamos en los artículos siguientes los supuestos de calificación del concurso como culpable.

Artículo 164. Concurso culpable.

1. *El concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho.*
2. *En todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando concurra cualquiera de los siguientes supuestos:*

1º 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.

2º 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.

3º Cuando la apertura de la liquidación haya sido acordada de oficio por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado.

4º 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.

5º Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos.

6º Cuando antes de la fecha de la declaración de concurso el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia.

Parece claro que existe en el nº 1 un principio general de culpabilidad en el concurso si hay dolo o culpa grave, más adelante analizaremos en qué casos pueden con-

currir, y en el nº 2 una serie de presunciones “iuris et de iure” de la existencia de culpa grave, al estilo de la antigua regulación del 890 del C de C, ya que la expresión “en todo caso” parece excluir la admisión de prueba en contrario.

En efecto en el siguiente artículo encontraremos las correspondientes presunciones “iuris tantum”, para las que expresamente se reconoce que operarán “salvo prueba en contrario” para la declaración de concurso culpable.

Artículo 165. Presunciones de dolo o culpa grave.

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:

1º Hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso.

2º 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.

3º 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.

De los tres nuevos supuestos añadidos, se explican por sí solos los dos últimos, sin embargo sobre el primero de ellos habrá que volver más adelante para ver en que situaciones existe el deber de solicitar la declaración de concurso.

En cualquier caso lo que ya podemos afirmar es que el concurso será siempre culpable cuando sea concurso necesario, y en los casos de concurso voluntario en que exista dolo o culpa grave o se incurra en las presunciones del 164 y del 165.

Volviendo a la posibilidad de aplicación del embargo preventivo tendremos ahora que decir que se cumple el requisito de la “fundada posibilidad” de que el concurso sea culpable en todos los casos de concurso necesario, ya se resuelvan por liquidación o por convenio, y también el los de concurso voluntario en que se haya incurrido en las presunciones de los art. 164 y 165, o en que concurra cualquier otro supuesto de dolo o culpa grave; por contra no se cumple la “fundada posibilidad de concurso culpable” y no cabrá el embargo en los casos en que siendo voluntario el concurso no se haya incurrido en ninguna de las indicadas presunciones.

Y nuestro siguiente paso será analizar las condiciones en que resulta obligatorio el concurso voluntario, es decir presentar voluntariamente la solicitud de concurso por imperativo legal.

Tercero: de la obligación de constituirse en concurso voluntariamente. los art. 2 y 5 de la ley concursal

La obligación legal de constituirse voluntariamente en situación concursal está dispuesta por el art. 5 de la Ley:

Artículo 5. Deber de solicitar la declaración de concurso.

- 1. El deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia.*
- 2. Salvo prueba en contrario, se presumirá que el deudor ha conocido su estado de insolvencia cuando haya acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de concurso necesario conforme al apartado 4 del artículo 2 y, si se trata de alguno de los previstos en su párrafo 4.o, haya transcurrido el plazo correspondiente.*

Así pues el “plazo máximo de espera” es de dos meses desde que se tenga conocimiento del estado de insolvencia, o desde que éste se hubiera debido conocer, y para determinar la obligación de conocer tal estado se recurre de nuevo al sistema de presunciones, remitiéndonos a los presupuestos objetivos del concurso.

Artículo 2. Presupuesto objetivo.

- 4. Si la solicitud de declaración de concurso la presenta un acreedor, deberá fundarla en título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago, o en la existencia de alguno de los siguientes hechos:*
 - 1º El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor.*
 - 2º La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.*
 - 3º El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor.*
 - 4º El incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades.*

Dado que el presupuesto objetivo se analiza en otro artículo del presente volumen, me abstendré de comentarlo para evitar reiteraciones, pero no sin hacer constar que la Ley presenta aquí un error al no distinguir conceptualmente la insolvencia, o imposibilidad estructural y definitiva de pagar sus deudas, de la simple iliquidez, o imposibilidad coyuntural sanable, que era presupuesto de la anterior suspen-

sión de pagos, introduciendo el etéreo concepto de la previsión de “iliquidez futura” como supuesto obligatorio de la solicitud de concurso, puesto que de no hacerlo se expone al concurso necesario y con ello al embargo preventivo de sus bienes y a la responsabilidad solidaria con la sociedad por las deudas de ésta.

Para mayor ambigüedad la ley no determina en que consiste la tal “previsión de liquidez futura”, ni tampoco determina la antelación con que ésta deba preverse, lo que constituye un nuevo elemento de inestabilidad en las consecuencias de su aplicación.

De otro lado, se supone que al establecerse el plazo de espera en los indicados dos meses, la presentación del concurso voluntario transcurrido este plazo dará igualmente lugar a la calificación del concurso como culpable, por concurrencia de culpa grave al incumplir el mandato legal del plazo, con lo que este concurso voluntario pero culpable pasa a engrosar los supuestos en que el embargo preventivo pueda ser válidamente acordado por el juez del concurso. Cabe la posibilidad de que, presentado el concurso voluntario, se establezca en su tramitación procesal que debió conocerse la situación con anterioridad, con lo que se habrá incumplido el plazo legal y se incurrirá en concurso culpable.

Además la Ley Concursal, a través de su Disposición Final Vigésima introduce ciertas modificaciones en los artículos 260 y 262 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, y todas ellas en el mismo sentido de establecer en dos meses el máximo retraso en la solicitud del concurso voluntario. Reproducimos a continuación los nuevos textos de los indicados artículos, destacando en **negrita** los párrafos añadidos por la Ley Concursal.

LSA. ART. 260: Causas de disolución.- 1. La sociedad anónima se disolverá:
*4º Por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y **siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso conforme a lo dispuesto en la Ley Concursal.***

No es comprensible este añadido, dado que si el equilibrio se restablece mediante un aumento de capital aparentemente suficiente -en la confianza de remontar la situación o de liquidar controladamente la sociedad atendiendo sus deudas con las nuevas aportaciones- pero la tendencia de la explotación no se invierte y las pérdidas aumentan -o bien a pesar del aumento de capital no se alcanza a satisfacer todas las deudas- cabrá interpretar que no se hizo lo correcto y que se debió solicitar el concurso en lugar de aumentar el capital. La interpretación literal nos llevaría a entender que el concurso es culpable por no solicitarlo en plazo, con las graves consecuencias que ello acarrea según estamos viendo.

LSA. ART. 262. Acuerdo social de disolución.

2. *Los administradores deberán convocar junta general en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución.*

Asimismo podrán solicitar la declaración de concurso por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, siempre que la referida reducción determine la insolvencia de la sociedad en los términos a que se refiere el artículo 2 de la Ley Concursal.

Cualquier accionista podrá requerir a los administradores para que convoque la junta si, a su juicio, existe causa legítima para la disolución o para el concurso.

4. *Los administradores están obligados a solicitar la disolución judicial de la sociedad cuando el acuerdo social fuese contrario la disolución o no pudiera ser logrado. La solicitud habrá de formularse en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución o no se hubiera adoptado.*

5. *Responderán solidariamente de las obligaciones sociales los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general, para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución o al concurso.*

La consecuencia de estas modificaciones es que queda ordenado taxativamente a los administradores tanto el solicitar la liquidación judicial de la sociedad como el concurso, pero sin que se aclare significativamente cuando pueda proceder una u otro, más que en la impresión del administrador, a quien sin embargo se le exige tomar la decisión acertada (en materia ciertamente opinable) so pena de incurrir en responsabilidad solidaria con la sociedad por las deudas de ésta o bien responder ante la sociedad y ante los socios por los daños causados al patrimonio social al solicitar el concurso (por aplicación del art. 133 de la LSA).

Es evidente que –contra lo que supone la modificación legal- la reducción de capital por pérdidas acumuladas para nada influye en la solvencia de la sociedad, ya que la reducción de capital en este caso se limita a dar a las acciones un valor nominal acorde con su valor real o contable.

El patrimonio neto de la sociedad no se altera por reducir capital con cargo a pérdidas, como muy bien sabe el legislador cuando en el art. 167.1º de la LSA excluye del derecho de oposición de los acreedores a la reducción de capital el caso de la reducción para restablecer el equilibrio entre capital y patrimonio, precisamente por tratarse de una mera operación contable que no altera la solvencia de la sociedad

(en este caso el requisito es el informe de auditoría que asegure la existencia de las pérdidas establecido en el art. 168.2)

Consecuentemente no nos explicamos el párrafo añadido al nº 2 del 262, ya que en ningún caso es la reducción del capital la que acarrea la insolvencia, sino en todo caso serán causa de la insolvencia las mismas pérdidas que provocan la reducción.

Lo coherente hubiera sido, en todo caso imponer, a los administradores la obligación de solicitar el concurso, como forma que es de liquidar judicialmente el patrimonio social, en el mismo momento en que el patrimonio neto se reduzca por debajo de la mitad del capital social, asegurándonos una liquidación intervenida judicialmente y en la cual el sobrante, de producirse, se entregaría a los socios en concepto de devolución parcial del capital tras la disolución.

Al menos así nos aseguraríamos de que no se producen liquidaciones privadas lindantes con la insolvencia, y además no obligaríamos a los administradores a elegir entre lo malo y lo peor. No olvidemos que, en casos extremos, los administradores se encontrarán ante la “alternativa del diablo” al tener que elegir entre liquidar privadamente, incurriendo en responsabilidad solidaria con la sociedad por las deudas de ésta si en la liquidación no se alcanza a satisfacer las deudas (cosa probable cuando el patrimonio neto se ha reducido casi a cero); o bien solicitar concurso voluntario, respondiendo entonces ante los socios por los daños que la liquidación concursal cause al patrimonio social y a la parte de capital social “salvable” para los socios, por ejemplo en las costas judiciales del concurso, en la retribución de los tres administradores del concurso (en lugar de un único liquidador posiblemente) y en general en las deudas de la masa.

No cabe tampoco entender que la decisión de los socios exonera de responsabilidad al administrador, puesto que esta posibilidad está expresamente negada por el art. 133.4 de la LSA.

En conclusión: el administrador está obligado a solicitar el concurso voluntario en plazo de dos meses, y si no lo hace incumple la ley y el concurso será culpable (lo que permitirá el embargo preventivo de sus bienes) y además incurrirá en responsabilidad solidaria con la sociedad, que le podrá ser exigida en la vía concursal por los administradores del concurso.

Pero si solicita voluntariamente el concurso, por entenderse obligado, responderá ante los socios por el quebranto causado al patrimonio social y esta responsabilidad también le podrá ser exigida por los administradores concursales (a quienes legitima la ley para hacerlo, como veremos a continuación).

Somos conscientes de haber llevado la letra de la ley a una situación límite, y de que lo descrito no puede ser querido por la ley, pero indudablemente con la aplicación literal de las normas expuestas cabe llegar a una situación en la que el administrador quede atrapado entre dos mandatos legales y dos posibles exigencias de responsabilidad, sin que la ley le dote de protección, cobertura y ni siquiera criterio de decisión. Convendrá aclarar esto antes de que la praxis coloque a alguien en seme-

jante tesitura, quizá no probable pero desde luego posible, no olvidemos que la naturaleza imita al arte.

Cuarto: de la ampliación de la legitimación para ejercer la acción social de responsabilidad. el art. 48.2 de la ley concursal

El ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores viene conferido, como sabemos, por el art 134 de la LSA a diferentes personas, legitimadas en otros tantos supuestos.

Lógicamente la primera legitimada es la propia sociedad, previo acuerdo de la junta (art.134.1).

En segundo lugar (art. 134.4) se legitima a los accionistas (que representen al menos el cinco por ciento del capital social) y en tres supuestos diferentes: si los administradores no convocan la junta solicitada al efecto por los socios, si la sociedad no la entabla en un mes desde la fecha de adopción en junta del acuerdo de su exigencia y, por último (y extrañamente) si el acuerdo de junta fuese contrario a su exigencia (se trata aquí en realidad del reconocimiento del derecho de reclamar a los accionistas minoritarios).

Por último, en el nº 5 del repetido artículo, se legitima para su ejercicio a los acreedores, si no la ejercieran los anteriores, siempre que el patrimonio social sea insuficiente para atender las deudas, en evidente remisión al ejercicio de la acción social por los acreedores en la situación de concurso, interpuesta por los representantes de los acreedores.

Sobre lo ya expuesto, la Ley Concursal añade un nuevo supuesto de legitimación:

Artículo 48. Efectos sobre el deudor persona jurídica.

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.

No constituye en mi opinión una novedad legislativa esta legitimación de los administradores concursales para ejercer la acción social de responsabilidad, sino en todo caso aclaración de que la ley les considera representantes de los acreedores en el proceso concursal, por lo que les atribuye directamente y para evitar cual-

quier duda el ejercicio de las acciones que pudieran competir a estos, tanto en ejercicio directo (134.5) como en subrogación de las acciones conferidas a la sociedad de la que son acreedores (acción subrogatoria general que permite al acreedor reclamar al deudor de su deudor), de ahí que también en el nº 3 del mismo artículo, como hemos visto, se les autorice a solicitar “razonadamente” el embargo preventivo.

Lo que sí resulta realmente curioso es que no solo se les atribuya este derecho a los administradores concursales, en representación de la sociedad y de los acreedores, sino que además se interrumpa legalmente el plazo de prescripción de estas acciones durante el tiempo que dure la tramitación del concurso, aún a pesar del otorgamiento al juez concursal de competencia exclusiva para tramitar estas acciones mientras dure el concurso, como veremos a continuación.

Quinto: de la interrupción del plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad. el art. 60 de la ley concursal

El plazo de prescripción de las acciones social e individual de responsabilidad contra los administradores de la sociedad es, según criterio jurisprudencial ya muy reiterado, diferente según su fundamento.

Debe aplicarse sin duda ninguna el plazo de cuatro años desde el cese en el ejercicio del cargo, establecido por el art 949 del C. de C., en todos los supuestos en que se ejercite acción social.

El mismo plazo y cómputo será de aplicación para las acciones individuales ejercidas por los socios a título individual, sea cual fuere su fundamento, y para las entabladas por terceros, serán acreedores pues no caben otros, que pudieran basarse en el incumplimiento por el administrador de un precepto legal (la infracción del 262 de la LSA, por ejemplo) o estatutario, con resultado de daño económico para el actor, por tratarse de supuestos en los que el administrador incurre en “actos contrarios a la ley, a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo”, según reza el 133.1 de la LSA y siendo esta diligencia la del “ordenado empresario y representante leal” que establece el 127.1 del mismo texto legal.

Por el contrario se aplicará el art.1.868,2º del CC y el plazo de prescripción de un año a los supuestos de reclamación basados en simple negligencia, a los que además todavía es aplicable la necesidad de probar el nexo causal entre acto y consecuencia dañosa, por quedar fuera de la responsabilidad objetiva, según reiterada jurisprudencia incluso en multitud de supuestos de hecho posteriores a la vigencia del actual texto de la LSA.

Pero es evidente que, en la práctica y según hemos visto, en todos los supuestos concursales el principio a aplicar será el de responsabilidad objetiva, salvo el caso de concurso voluntario calificado como fortuito.

La novedad que introduce la Ley Concursal no está en la duración del plazo ni en el cómputo inicial del mismo, sino en su interrupción y la reanudación del mismo, que queda en suspenso durante la íntegra sustanciación del procedimiento concursal. Veamos el texto legal

Artículo 60. Interrupción de la prescripción.

1. Desde la declaración hasta la conclusión del concurso quedará interrumpida la prescripción de las acciones contra el deudor por los créditos anteriores a la declaración.
2. Desde la declaración hasta la conclusión del concurso quedará interrumpida la prescripción de las acciones contra socios y contra administradores, liquidadores y auditores de la persona jurídica deudora.
3. En el supuesto previsto en los apartados anteriores, el cómputo del plazo para la prescripción se iniciará nuevamente, en su caso, en el momento de la conclusión del concurso.

El texto legal resulta claro, en cuanto que al suspenderse el ejercicio de las acciones individuales debe también pararse el transcurso del plazo de prescripción, que se iniciará nuevamente, no se reanudará. Es decir que volverá a comenzar en el momento de la conclusión del procedimiento.

Lo extraño es que en realidad se produce una especie de bucle de tiempo, en que éste no cuenta a pesar de que las acciones puedan seguir ejercitándose durante el período en que el tiempo está en suspenso, leamos de nuevo el texto legal

Artículo 8. Juez del concurso.

Son competentes para conocer del concurso los jueces de lo mercantil. La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias:

- 6º *Las acciones tendentes a exigir responsabilidad civil a los administradores sociales, a los auditores o, en su caso, a los liquidadores, por los perjuicios causados al concursado durante el procedimiento.*

Así se deduce que si el juez concursal es competente en exclusiva para conocer estas reclamaciones, es porque éstas se pueden seguir interponiendo, ya que en otro caso no se atribuiría al juez la competencia específica sino que se impediría temporalmente su sustanciación.

Por lo tanto, y a pesar de estar parado el reloj, resulta que las reclamaciones pueden interponerse y tramitarse por el juez de lo mercantil que entiende del concurso, mientras que el plazo ha quedado interrumpido y volverá a iniciarse cuando el concurso termine, y esto sí es novedad ya que en la práctica no es una interrupción real sino una ampliación “*de facto*” del plazo de prescripción.

Sexto: la situación de los liquidadores de la sociedad

Simplemente debemos aquí reseñar que la situación de los liquidadores de la sociedad no varía sustancialmente, ya que la Ley Concursal no introduce novedades sobre ésta.

Consecuentemente se mantiene para ellos lo dispuesto por la Ley de Sociedades Anónimas en los artículos 266 a 281, de los que reproducimos, como determinantes de la responsabilidad de los liquidadores, los siguientes

ART. 279. Responsabilidad de los liquidadores. - *1. Los liquidadores son responsables ante los accionistas y los acreedores de cualquier perjuicio que les hubiesen causado con fraude o negligencia grave en el desempeño de su cargo.*

2. Esta responsabilidad se exigirá en procedimiento ordinario

ART. 281. Insolvencia de la sociedad en liquidación. - *En caso de insolvencia de la sociedad, los liquidadores deberán solicitar, en el término de diez días a partir de aquel en que se haga patente esa situación, la declaración de suspensión de pagos o la de quiebra, según proceda*

Obviamente debemos dar aquí por reproducido para los liquidadores lo ya expuesto sobre el embargo preventivo, así como la introducción del concepto de “liquidadores de hecho” en paralelo con el de administradores de hecho.

Séptimo: resumen de la situación a la luz de la ley Concursal

La Ley Concursal endurece sustancialmente la responsabilidad de los administradores de las sociedades, no tanto por la creación de nuevos supuestos de ésta, que solo aparecen en la obligación de los administradores de constituir a la sociedad en concurso voluntario (manteniéndose la obligación preexistente de los liquidadores), cuanto por la posibilidad de embargo directo de los bienes de administradores y liquidadores de hecho y de derecho en un momento muy temprano del procedimiento, y asimismo por la creación de situaciones sin salida para los administradores, que pueden verse enfrentados a una alternativa diabólica entre lo malo y lo peor.

Este embargo podrá ser ordenado de oficio por el juez en cualquier momento y en todos los casos en que, siendo insuficiente el activo social para cubrir el pasivo, se tramite el concurso como necesario, así como en los de concurso voluntario en que “*prima facie*” se aprecie dolo o culpa grave o “fundada posibilidad” de incurrir en las presunciones legales de concurso culpable.

Resulta especialmente peligrosa la introducción de los términos “administrador y liquidador de hecho” sin que se proporcione un concepto legal de ellos, ya que su aparición quedará muy probablemente sujeta a la presencia de testimonios interesados.

Es lógico perseguir la estafa y el fraude, pero para eso está el Código Penal, y no lo es tanto cargar contra los administradores sociales, poniéndoles bajo sospecha permanente y haciéndoles responsables económicamente de circunstancias que pueden escapar de su control. En la actual situación se puede afirmar que la de administrador social se ha convertido en una “profesión de riesgo” a tal punto que resulte difícil encontrar quien esté dispuesto a ejercer el cargo.

Resumen

La nueva Ley Concursal endurece la situación de los administradores de la sociedad al atribuir a éstos una clara posición de responsabilidad objetiva, al posibilitar el embargo directo de los bienes de los administradores y liquidadores de hecho y de derecho en un momento muy temprano del procedimiento. Las estafas y fraudes, cuando existan, ya están tipificados en el Código Penal y no hay razones para poner bajo sospecha permanente a los administradores sociales.

Palabras clave: Responsabilidad de administradores y liquidadores, embargo de sus bienes propios, calificación del concurso como culpable, interrupción de la prescripción de las acciones de responsabilidad.

Summary

The new Bankruptcy Law is tougher on the administrators of the company as the latter are clearly placed in a position of objective liability, by enabling direct sequestration of the assets of the administrators and liquidators of fact and law, at a very early stage in the proceedings. Instances of criminal deception and fraud are covered by the Penal Code and there is no need to place the company administrators under constant suspicion.