

Trabajo Fin de Grado

La acción individual de responsabilidad del
administrador concursal

Autor/es

Iris Mateo López

Director/es

Esther Hernández Sainz

Facultad de Derecho
Año 2015

ÍNDICE

| | |
|---|-----------|
| ABREVIATURAS UTILIZADAS | 3 |
| I. INTRODUCCIÓN | 5 |
| 1. OBJETO DE ESTUDIO | 5 |
| 2. RELEVANCIA E INTERÉS DEL TEMA OBJETO DE ESTUDIO | 8 |
| 3. PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO | 9 |
| II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR CONCURSAL..... | 10 |
| 1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL VIGENTE RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD | 10 |
| 2. LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES CONCURSALES Y SUS AUXILIARES DELEGADOS EN LA LEY CONCURSAL 22/2003 DE 9 DE JULIO Y SUS POSTERIORES REFORMAS..... | 13 |
| 3. EN TORNO A LA POSIBLE APLICACIÓN ANALÓGICA DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES DE CAPITAL | 16 |
| III. LA RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR CONCURSAL. ASPECTOS GENERALES | 17 |
| 1. FINALIDAD | 18 |
| 2. CARACTERES | 21 |
| IV. PRESUPUESTOS PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD | 23 |
| 1. ACCIÓN U OMISIÓN | 24 |
| 2. ANTIJURIDICIDAD | 25 |
| 3. CULPABILIDAD..... | 28 |
| 4. DAÑO: EL CRITERIO DISTINTIVO ENTRE LA ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD Y LA ACCIÓN CONCURSAL | 30 |
| 5. RELACIÓN DE CAUSALIDAD..... | 34 |
| V. SUJETOS RESPONSABLES..... | 36 |

| | |
|--|-----------|
| 1. CUESTIONES PREVIAS | 36 |
| 2. REGLA GENERAL: UN ÚNICO ADMINISTRADOR CONCURSAL RESPONSABLE | 38 |
| 3. EL ADMINISTRADOR CONCURSAL DE HECHO | 38 |
| 4. LOS SUPUESTOS DE ADMINISTRACIÓN CONCURSAL PLURAL | 39 |
| 5. EL ADMINISTRADOR CONCURSAL PERSONA JURÍDICA | 41 |
| 6. LOS AUXILIARES DELEGADOS..... | 43 |
| 7. LOS EXPERTOS INDEPENDIENTES..... | 45 |
| VI. ASPECTOS PROCESALES | 46 |
| VII. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD | 51 |
| VIII. CONCLUSIONES | 52 |
| IX. BIBLIOGRAFÍA | 55 |
| X. JURISPRUDENCIA CONSULTADA..... | 58 |
| XI. LEGISLACIÓN Y DOCUMENTOS PRELEGISLATIVOS CONSULTADOS. 59 | |

ABREVIATURAS UTILIZADAS

| | |
|--------|---|
| AA.VV. | Autores varios |
| AJMer | Auto del Juzgado de lo Mercantil |
| Art. | Artículo |
| Arts. | Artículos |
| BOE | Boletín Oficial del Estado |
| CC | Código Civil |
| CES | Consejo Económico y Social |
| cit. | Citado |
| coord. | Coordinador |
| dir. | Director |
| ed. | Edición |
| Etc. | Etcétera |
| LC | Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal. |
| LEC | Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. |
| LO | Ley Orgánica |
| LSC | Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital |
| núm. | Número |
| p. | Página |
| pp. | Páginas |
| p.ej. | Por ejemplo |
| SAP | Sentencia Audiencia Provincial |
| SJMer | Sentencia del Juzgado de lo Mercantil |
| ss. | Siguientes |
| STS | Sentencia del Tribunal Supremo |

| | |
|------|---------|
| t. | Tomo |
| vol. | Volumen |

I. INTRODUCCIÓN

1. OBJETO DE ESTUDIO

La administración concursal es un órgano necesario del concurso nombrado por el Juez en el auto de declaración del concurso. No es una mera delegación de facultades por parte del Juez del concurso, sino que se trata de un auténtico órgano del procedimiento, dotado de autonomía para realizar las funciones que se le atribuyen en la Ley Concursal. No obstante, este órgano está subordinado al Juez del concurso durante todo el procedimiento¹.

En cuanto a su composición, como se explicará a lo largo del trabajo, desde la reforma de la Ley Concursal por la Ley 38/2011 de 10 de octubre² se abandona el sistema original de órgano colegiado integrado por tres miembros y, actualmente, la regla general es que la administración concursal se configura como un órgano unipersonal formado por una persona física (abogado, economista, titulado mercantil o auditor de cuentas, con una experiencia mínima de cinco años en el ámbito concursal) o jurídica (siempre que esté integrada por los profesionales mencionados anteriormente). No obstante, para algunos supuestos, la Ley Concursal permite una administración concursal bimembre (siendo el segundo administrador concursal un acreedor, una Administración Pública o un profesional designado por la representación legal de los trabajadores). No obstante debe advertirse que estas reglas de composición del órgano previstas en el art. 27 LC, hoy en vigor, han sido modificadas por la Ley 17/2014 de 30 de septiembre³, aunque debido a que no se ha producido el pertinente desarrollo reglamentario, aún no han entrado en vigor.

¹ Véase, entre otros, BARRERO RODRÍGUEZ, E. «La responsabilidad de los administradores concursales y los auxiliares delegados en la ley concursal», en *Estudios sobre la ley concursal: Libros homenaje a Manuel Olivencia*, vol. 2, Marcial Pons, 2005, pp. 1261 y ss.; ROMERO FERNÁNDEZ, J.A., «El nuevo régimen de responsabilidad civil de los administradores concursales», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 3, 2005, pp. 127 y ss.

² Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE núm. 245, de 11 de octubre de 2011).

³ Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial (BOE núm. 238, de 1 de octubre de 2014) ha modificado el artículo 27 de la Ley Concursal estableciendo que la administración concursal estará formada por una persona física o jurídica que cumpla los requisitos que se determinen reglamentariamente y que estarán referidos a titulación requerida, experiencia acreditada, superación de pruebas o cursos específicos. Además, para aquellos concursos en los que exista una causa de interés público justificada, el juez podrá nombrar, además del primer administrador concursal profesional un segundo administrador, que deberá

La administración concursal tiene atribuidas funciones muy diversas que se sintetizan, en gran medida, en el nuevo artículo 33 LC introducido por la Ley 17/2014. No obstante, tampoco debemos olvidar las funciones contenidas en otros preceptos de la Ley Concursal. El artículo 33 LC distingue, en primer lugar, las funciones de carácter procesal, entre las que destaca el ejercicio de las acciones de responsabilidad de la persona jurídica concursada contra sus administradores, auditores o liquidadores; el ejercicio de las acciones rescisorias y de impugnación recogidas en el artículo 72 LC o la sustitución del deudor en los procedimientos judiciales en trámite; etc. En segundo lugar, encontramos las funciones en materia laboral, entre las que destacan solicitar al Juez del concurso la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la extinción o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en que sea empleador el concursado, extinguir o suspender los contratos del concursado con el personal de alta dirección, etc. En tercer lugar, las funciones en relación con los derechos de los acreedores, en concreto, modificar el orden de pago de los créditos, elaborar la lista de acreedores de los artículos 85, 86 y 94 LC, solicitar la apertura de la fase de liquidación en caso de cese de la actividad profesional o empresarial, etc. En cuarto lugar, se recogen las funciones de informe y evaluación: el administrador concursal habrá de emitir el informe central del concurso que recogen los artículos 74 y 75 LC, que irá acompañado del informe de la masa activa del deudor del artículo 82 LC. En caso de que se haya presentado una propuesta de convenio, el administrador concursal habrá de evaluar su contenido de acuerdo a los artículos 107 y 115 LC; además, deberá realizar el inventario de la masa activa y proponer al Juez, en su caso, el nombramiento de expertos independientes. A su vez, en caso de que se haya formado la sección de calificación del concurso, la administración concursal deberá elaborar un informe razonado que contenga los hechos relevantes para la calificación del concurso así como una propuesta de resolución de acuerdo al artículo 169 LC. En quinto lugar, se establecen funciones de realización de valor y liquidación, entre las que destacan: presentar al Juez el plan de liquidación recogido en el artículo 148 LC, solicitar al Juez la venta directa de bienes afectos con un privilegio especial, así como realizar todas las operaciones necesarias para la liquidación, pagar los créditos y emitir un informe razonado sobre la conclusión del concurso (artículo 176.2 LC) acompañado de la rendición de cuentas (artículo 181

ser una Administración Pública acreedora o a una entidad de Derecho Público acreedora vinculada o dependiente de ella. No obstante, a falta de desarrollo reglamentario, la reforma del artículo 27 LC por la Ley 17/2014 todavía no ha entrado en vigor, en virtud de lo dispuesto en la Disposición transitoria segunda de esta norma.

LC). En sexto lugar, encontramos las funciones de secretaría; entre otras, comunicar la apertura del concurso a los acreedores de la concursada, a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y a la Tesorería General de la Seguridad Social.

Por último, cabe mencionar las funciones propias del deudor o de sus órganos recogidas en este artículo 33 LC, que se basan en sustituir o asistir al deudor (o sus órganos si estamos ante una concursada persona jurídica) en el ejercicio de facultades de administración y disposición. En caso de concurso voluntario (art. 40.1 LC) o si así lo ha acordado el juez en caso de concurso necesario (art. 40.3 LC), las facultades del administrador se limitan a la mera intervención de los actos realizados por el deudor. Es decir, el deudor mantiene las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio y los administradores concursales tienen que prestar su autorización o confirmar los actos de administración y disposición del deudor o de su órgano de administración. Además, los administradores concursales se encargarán de supervisar la formulación de las cuentas anuales; determinar los actos u operaciones propios del giro o tráfico que por ser necesarios para la continuidad de la actividad quedan autorizados con carácter general, conceder al deudor la autorización para desistir, allanarse total o parcialmente, y transigir litigios cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio, autorizar la interposición de demandas y presentación de declaraciones y autoliquidaciones tributarias (art. 33.b.13 ° LC).

En cambio, en caso de concurso necesario (art. 40.2 LC) o si así lo ha acordado el juez en caso de concurso voluntario (art. 40.3 LC), corresponde al administrador concursal administrar y disponer del patrimonio del deudor. Es decir, en este caso, los administradores concursales sustituyen al deudor. Adoptarán las medidas necesarias para la continuación de la actividad profesional o empresarial, formularán y someterán a auditoría las cuentas anuales y presentarán declaraciones y autoliquidaciones tributarias (art. 33.b.12 ° LC), entre otras funciones.

En el ejercicio de las funciones detalladas anteriormente, el administrador concursal puede causar daños a la masa concursal, al deudor, a los acreedores o a los terceros; por ello, es necesario que se regule un régimen de responsabilidad del administrador concursal que contemple la indemnización de los daños patrimoniales que genere en el ejercicio de las tareas que le son encomendadas.

En la Ley Concursal se regulan dos tipos de acciones de responsabilidad civil dependiendo del patrimonio que haya sido lesionado por la actuación del administrador

concurstal: la acción individual de responsabilidad (por daños al patrimonio del deudor, del acreedor o de un tercero) y la acción concursal (por daños a la masa activa del concurso). El presente trabajo se centra en estudiar la primera de ellas, la acción individual de responsabilidad; teniendo en cuenta que las referencias y comparaciones entre ambas acciones estarán presentes a lo largo de todo nuestro estudio.

2. RELEVANCIA E INTERÉS DEL TEMA OBJETO DE ESTUDIO

Dada la importancia de las funciones que la administración concursal tiene atribuidas, y teniendo en cuenta que en los últimos años el número de procedimientos concursales ha aumentado exponencialmente, me ha parecido muy interesante elegir como tema de estudio el régimen de responsabilidad del administrador concursal.

Conocer el régimen de responsabilidad de los administradores concursales es una cuestión muy importante cuando se abre un concurso de acreedores ya que va a permitir una reparación del daño en caso de que un determinado patrimonio (masa activa del concurso, patrimonio del deudor, de un acreedor o de un tercero) sea dañado por parte de la administración concursal. Por tanto, si una persona se ve perjudicada por las acciones u omisiones llevadas a cabo por este órgano del concurso, conoce que puede acudir a la vía judicial a reclamar la reparación del daño.

Además, desde el punto de vista del potencial administrador concursal, es primordial que, antes de aceptar el cargo, conozca en qué tipo de responsabilidad puede incurrir en caso de no realizar sus funciones de forma diligente.

En la práctica, los supuestos de ejercicio de las acciones de responsabilidad del artículo 36 LC contra los administradores concursales han sido frecuentes en los últimos años aunque no siempre el resultado para el demandante haya sido satisfactorio (son numerosos los casos en que las sentencias son desestimatorias). Así, es sencillo encontrar ejemplos de sentencias⁴ en las que se ejercitan acciones por daños a la masa

⁴ En la SAP Castellón (Sección 3ª) de 3 de junio de 2011 (JUR\2011\333115) se pide la declaración de responsabilidad del administrador concursal por los daños y perjuicios ocasionados a la masa del concurso por no haber ejercido una acción de reintegración a la masa. La sentencia de apelación (y el tribunal de primera instancia) no aprecia una actuación negligente por parte del administrador concursal ya que nada hizo la demandante para evitar el perjuicio que ahora reprocha al demandado (según el artículo 72 LC, la falta de ejercicio de la acción de reintegración por parte del administrador concursal da legitimación subsidiaria a los acreedores para que sean ellos quienes la ejerciten). Y, además, el administrador concursal decidió no ejercitar la acción habiendo valorado previamente las posibilidades de éxito de la acción (escasas debido a que los actos perjudiciales habían sido realizados hacía más de dos años desde el auto de declaración del concurso). Por su parte, en la SAP Santa Cruz de Tenerife (Sección

por falta de ejercicio por parte del administrador concursal de una acción de reintegración. También encontramos algún supuesto en el que es el deudor quien demanda a la administración concursal por haber dejado de reclamar contra deudores de la concursada por considerar la administración concursal que dichos créditos eran fallidos⁵.

A la hora de estudiar el régimen de responsabilidad del administrador concursal, he decidido centrarme en la acción individual de responsabilidad regulada en el último apartado del artículo 36 LC debido a que es un tema sobre el que se ha escrito menos y sobre el que existe mayor discrepancia doctrinal en algunos aspectos (órgano ante el que se ejerce la acción, plazo prescriptivo, etc.). Todo ello sin perder de vista que hay aspectos compartidos por ambas acciones como sucede con parte de los presupuestos para que surja la responsabilidad.

3. PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO

En el presente trabajo se lleva a cabo un estudio de la acción individual de responsabilidad del administrador concursal. Para ello, nos hemos servido de un análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial.

En primer lugar, en relación con la normativa reguladora de la acción de responsabilidad es necesario analizar el artículo 36 LC en su conjunto (que regula el régimen de responsabilidad del administrador concursal) pero centrándonos en su apartado sexto, que recoge la acción individual de responsabilidad. A su vez, para analizar el régimen de responsabilidad también se hace necesario acudir al artículo 27 LC que regula la composición de la administración concursal, el artículo 33 LC (funciones de la administración concursal) así como otros preceptos relacionados con el tema objeto de estudio.

^{4a}) de 4 de abril de 2008 (JUR\2008\198009) también se pide la declaración de responsabilidad de los administradores concursales por actuar negligentemente al no ejercitar determinadas acciones de reintegración. Sin embargo, de la prueba practicada se deduce que los administradores concursales, una vez fueron nombrados, llevaron a cabo todas las acciones necesarias para informarse acerca de las acciones judiciales que podía interponer la empresa concursada. Por tanto, el Tribunal de apelación consideró que los administradores concursales actuaron con la diligencia debida.

⁵ En la SAP Jaén (Sección 1ª) de 29 de octubre de 2010 (JUR\2011\65141) se pide la declaración de responsabilidad de los administradores concursales por haber declarado fallidas deudas que antes de su nombramiento se estimaban cobrables. El Tribunal afirma que no le basta a la parte actora alegar que existe una deuda sino que hay que probar que existen posibilidades de cobro (lo que niegan los administradores concursales demandados). Al no haberse probado esto, no se puede decir que los administradores concursales hayan actuado negligentemente.

A lo largo de todo el trabajo se han tenido muy en cuenta las opiniones doctrinales de autores especialistas en la materia. No obstante, como se observará a lo largo del estudio, encontramos cuestiones sobre las que no existe un acuerdo doctrinal. En estos supuestos, se ha tratado de dar una solución al tema controvertido una vez analizados todos los argumentos aportados por las diferentes corrientes doctrinales. Además, a la hora de tratar de dar una solución acertada se ha tenido en cuenta también el análisis doctrinal y jurisprudencial existente para la misma cuestión controvertida, en el ámbito de la responsabilidad de los administradores de sociedades de capital debido a que, tal y como se explicará a lo largo del trabajo, ambos regímenes presentan notas caracterizadoras muy similares.

Por último, a lo largo del estudio también se han hecho alusiones a las decisiones jurisprudenciales que se están dando en la actualidad. Debido al momento de crisis económica en que estamos inmersos, los procesos concursales han aumentado exponencialmente en los últimos años y, con ello, la potencial declaración de responsabilidad de los administradores concursales. Por ello, no ha sido complicado encontrar supuestos de sentencias en las que se aborda el tema de la acción de responsabilidad para ver qué es lo que se exige en los Tribunales a la hora de condenar civilmente a un administrador.

II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR CONCURSAL

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL VIGENTE RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD

Hasta la promulgación de la Ley Concursal de 2003 no existió en nuestro ordenamiento jurídico una norma que regulase de forma completa la responsabilidad civil en la que pudieran incurrir las personas encargadas de la gestión y administración del patrimonio del deudor en las situaciones de insolvencia. No obstante, al realizar un análisis del Derecho tradicional (histórico)⁶, encontramos diferentes previsiones en materia de responsabilidad de los ahora llamados «administradores concursales», como pueden ser

⁶ Profundizan en esta materia, AA.VV. (dirs. Rojo, A. y Beltrán E.) *Comentario de la Ley Concursal*, t. I, Civitas, Madrid, 2008, pp. 725 y ss. y AA.VV. (coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), *Comentarios a la Ley Concursal*, vol. I, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 324 y ss.

las menciones del Código de Comercio de 1829, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, así como la Ley de Suspensión de Pagos de 1922.

El artículo 1077 del Código de comercio de 1829⁷ señalaba que los síndicos de la quiebra (aquellas personas encargadas de liquidar el activo y pasivo del deudor) eran responsables de los daños que causaran a la masa por abusos en el desempeño de sus funciones o por falta de cuidado y diligencia en el ejercicio de las tareas encomendadas.

Por su parte, el artículo 1365 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881⁸ preveía que las acciones que los acreedores o el quebrado pudieran tener contra los síndicos por los daños causados a la masa se sustanciarían por los trámites del juicio ordinario. A su vez, en el artículo 1229 de dicha Ley de Enjuiciamiento⁹ se establecía la obligación de los síndicos de conservar y administrar con diligencia los bienes del concurso.

En cuanto al Código de comercio de 1885¹⁰, esta norma no se ocupó de regular la responsabilidad de los entonces llamados «administradores de la quiebra» ya que, tal y como se dice en su Exposición de Motivos¹¹, de estas materias ya se ocupaba la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente en la época.

En la Ley de Suspensión de Pagos de 1922, no se regulaba la responsabilidad civil en que pudieran incurrir los interventores judiciales en el desempeño de su cargo, tan solo se contemplaba en su artículo 8.4¹² la responsabilidad disciplinaria por la falta de

⁷ «Los síndicos son responsables a la masa de cuantos daños y perjuicios le causen por abusos en el desempeño de sus funciones, o por falta del cuidado y diligencia que usa un comerciante solícito en el manejo de sus negocios.» (Artículo 1077 Código comercio de 1829 decretado, sancionado y promulgado el 30 de mayo de 1829, disponible en <http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/codigoDeComercio1829.pdf> último acceso 28 de abril de 2015).

⁸ «Las repeticiones de los acreedores o del quebrado contra los Síndicos por los daños y perjuicios causados a la masa por fraude, malversación o negligencia culpable, se deducirán y sustanciarán en ramo separado, dependiente de esta pieza de autos, siguiéndose en la sustanciación los trámites del juicio ordinario.» (Artículo 1365 Ley Enjuiciamiento Civil de 1881 publicada en la Gazeta número 36, de 5 de febrero de 1881).

⁹ «Los Síndicos estarán obligados, bajo su responsabilidad, a conservar y administrar con diligencia los bienes del concurso, procurando que den las rentas, productos o utilidades que correspondan hasta realizar su venta» (artículo 1229 Ley Enjuiciamiento Civil 1881).

¹⁰ El Código de Comercio de 1885 fue publicado en la Gazeta número 289 de 16 de octubre de 1885.

¹¹ Disponible en <http://www5.poderjudicial.es/secp10-11/Documentaci%C3%B3n%20Espan%C3%B1ol/Textos%20legales%20b%C3%A1sicos/Legisla%C3%B3n%20civil%20y%20mercantil/C%C3%B3digo%20de%20Comercio.pdf> (último acceso 28 de abril de 2015).

¹² «Si los interventores no presentan el informe en el plazo que se les haya señalado, además de la responsabilidad penal que les corresponda, el interventor acreedor perderá su crédito y los Peritos incurrirán en incapacidad para desempeñar el cargo durante dos años» (artículo 8.4 de la Ley de Suspensión de Pagos de 1922, publicada en el BOE número 257 de 14 de septiembre de 1922).

presentación del informe con el balance y la lista de acreedores en el plazo señalado por el Juez.

Ante las carencias de regulación de la responsabilidad del administrador concursal y la dispersión de esta normativa, se sucedieron, desde el año 1959, diversos intentos (poco exitosos) de regular de una forma más profunda y sistemática la cuestión que nos ocupa. Podemos destacar el Anteproyecto de Ley Concursal de 1959, el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983 y la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995. El artículo 66 del Anteproyecto de Ley Concursal de 1959¹³ establecía una responsabilidad civil solidaria en caso de que los síndicos actuaran con dolo, negligencia o morosidad; pudiendo exigir el deudor o cualquier acreedor una indemnización por daños y perjuicios. El Anteproyecto de Ley Concursal de 1983 recogía, en su artículo 42¹⁴ la responsabilidad de los síndicos por los daños y perjuicios causados a la masa del concurso por dolo, negligencia o abuso de facultades. Además, el precepto establecía la compatibilidad entre la responsabilidad civil y la criminal. En el artículo 44 del Anteproyecto mencionado¹⁵ se ampliaba el ámbito de la legitimación activa para el ejercicio de esta acción de responsabilidad civil al síndico que sustituyera al removido.

Por su parte, la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995, en su artículo 41¹⁶, obligaba a los síndicos, a los interventores y a los auxiliares a responder frente al

¹³ «Incurrirán en responsabilidad civil de carácter solidario si en su actuación prov4edieran con dolo, negligencia o morosidad, pudiendo el deudor o cualquier acreedor exigirles la correspondiente indemnización de daños y perjuicios» (Artículo 66 Anteproyecto de Ley Concursal de 1959).

¹⁴ «Los síndicos responderán de cuantos daños y perjuicios causen a la masa por dolo, negligencia o abuso de facultades, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que puedan incurrir» (artículo 42 Anteproyecto Ley Concursal de 1983).

¹⁵ «El síndico que sustituya al removido podrá ejercitar contra él, dentro del concurso y en pieza separada, las acciones de responsabilidad civil que procedan » (artículo 44 Anteproyecto Ley Concursal de 1983).

¹⁶ «1. Los síndicos, los interventores y los auxiliares cuyo nombramiento hubiera autorizado el Juez del Concurso responderán frente al deudor y frente a los acreedores de los daños y perjuicios causados a la masa activa por los actos y omisiones contrarios a la Ley o por los realizados sin la debida diligencia.

2. Por los actos que no sean legalmente competencia específica de un concreto síndico o interventor, la responsabilidad de los síndicos, de los interventores y de los auxiliares cuyo nombramiento hubiera autorizado el Juez del concurso será solidaria, a menos que alguno de ellos pruebe que, antes de la realización del acto o inmediatamente después de conocer su existencia, había salvado expresamente su responsabilidad mediante escrito presentado ante el Juez del concurso.

3. La acción para exigir la reparación de los daños y perjuicios causados se ejercitará por el juicio declarativo que corresponda ante el Juez que conozca o haya conocido del concurso de acreedores.

4. El ejercicio de la acción contra los síndicos y los interventores prescribirá a los tres años a contar desde que, por cualquier causa, hubieran cesado en el cargo.

deudor y acreedores de los daños y perjuicios causados a la masa activa por los actos realizados sin la debida diligencia o que fuesen contrarios a la ley (se observa gran similitud con la regulación actual); estableciendo una responsabilidad solidaria entre ellos a menos que alguno de ellos probase que había salvado su responsabilidad mediante escrito presentado ante el Juez del concurso. La competencia para conocer de la acción de responsabilidad correspondía al Juez del concurso y tenía un plazo de prescripción de tres años. A su vez, se reconocía al acreedor que hubiese ejercitado la acción un derecho de reembolso por los gastos ocasionados y un derecho a percibir la parte del crédito que no hubiese sido satisfecho en el concurso.

Del breve análisis realizado anteriormente se observa que la acción por daños a la masa derivada de la actuación negligente por parte del administrador concursal se ha mantenido vigente a lo largo de los años, aunque el resto de presupuestos de la antijuridicidad de la conducta han ido variando ya que actualmente, por ejemplo no encontramos una acción de responsabilidad sustanciada en un abuso de poder o en una conducta morosa. Además, ya desde la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 se decía que la acción se sustanciaría ante el Juez que conociese del concurso; algo que se mantiene en la actualidad. A su vez, cabe destacar que en el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983 se establecía la legitimación activa del síndico respecto de los síndicos removidos; algo que se defiende actualmente aunque no esté recogido expresamente en la LC.

La promulgación de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, permitió unificar y modernizar toda la normativa concursal en una sola Ley, acercándola a la realidad social del momento. Pero la gran novedad que vino a aportar la vigente Ley Concursal fue la regulación de una acción individual de responsabilidad.

2. LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES CONCURSALES Y SUS AUXILIARES DELEGADOS EN LA LEY CONCURSAL 22/2003 DE 9 DE JULIO Y SUS POSTERIORES REFORMAS

El régimen de responsabilidad civil de los administradores concursales que se va a estudiar en el presente trabajo aparece regulado en el artículo 36 LC conforme a la

5. Si la sentencia de la contuviera condena a indemnizar daños y perjuicios, el acreedor que hubiera ejercitado la acción en interés de la masa activa, tendrá derecho a que, con cargo a esa indemnización, se le reembolsen los gastos y se le satisfaga la parte del crédito que no hubiera percibido».

reforma operada por la Ley 38/2011 de 10 de octubre. La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, supuso una gran novedad respecto del régimen anterior, pues en ella se configura al Juez del concurso y a la administración concursal como los únicos órganos necesarios del procedimiento concursal. Dada la importancia que adquiere la administración concursal en el proceso, la LC de 2003 regula concienzudamente su régimen jurídico en su título II (artículos 26 a 39).

En cuanto al artículo 36 LC (precepto que regula la responsabilidad de administradores concursales y auxiliares delegados), se observa que su redacción no ha variado sustancialmente desde su redacción inicial en el artículo 35 del Proyecto de Ley Concursal de 2002. Únicamente se sustituyó la denominación de administradores judiciales por la de administradores concursales y se amplió el plazo de prescripción de la acción concursal de dos a cuatro años. En el trámite de aprobación parlamentaria, únicamente se intentó, sin éxito, introducir en el apartado séptimo del artículo (actualmente artículo 36.6 LC) una mención que hiciera referencia al plazo de prescripción de la acción individual de responsabilidad por razones de seguridad jurídica y por la semejanza en la naturaleza y finalidad de ambas acciones¹⁷.

No obstante, cabe decir que aunque el régimen de responsabilidad contenido en la Ley concursal parecía adecuado y necesario, también hubo voces críticas con el nuevo sistema. Por ejemplo, el Dictamen del Consejo Económico y Social sobre el Anteproyecto de Ley Concursal y el Anteproyecto de Ley Orgánica para la Reforma Concursal consideraba que el régimen de responsabilidad previsto resultaba excesivamente gravoso y podía condicionar la operatividad de la ley¹⁸.

¹⁷ En el Congreso, únicamente se propuso una enmienda al artículo relativo a la responsabilidad del administrador concursal, la enmienda número 15 en la que Doña Begoña Lasagabaster Olazábal, del Grupo Parlamentario Mixto, propone añadir la siguiente expresión al final del texto correspondiente al punto 7 del artículo 35 (actualmente, artículo 36.6 LC): «que lesionen directamente los intereses de aquéllos. La acción de responsabilidad de este apartado tendrá el mismo plazo prescriptivo que el establecido en el N 5 de este artículo.» La justificación a esta propuesta de adición responde «no sólo razones de seguridad, sino también la idea de que el plazo preceptivo sea igual en un tipo de acción que en otra, dada su semejante naturaleza y finalidad». Disponible en [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=puw7&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28CDA20021202010115.CODI.%29#\(Página97\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=puw7&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28CDA20021202010115.CODI.%29#(Página97)). El mismo tenor recoge la enmienda número 8 del Senado disponible en [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=puw7&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28SEI2003050901200c.CODI.%29#\(Página93\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=puw7&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28SEI2003050901200c.CODI.%29#(Página93)) (último acceso 28 de abril de 2015)

¹⁸ Véase <http://www.ces.es/documents/10180/18507/dic042001> (último acceso 28 de abril de 2015). En opinión del CES, «el régimen de responsabilidad previsto para los administradores judiciales y los auxiliares delegados por los daños y perjuicios causados a la masa del concurso resulta excesivamente

El artículo 36 LC se vio modificado como consecuencia de la Ley 38/2011 de reforma Concursal. Al variar el artículo 27 LC sobre composición de la administración concursal, se eliminó el párrafo segundo del artículo 36. Dicho apartado contemplaba la responsabilidad solidaria, con exoneración individual mediante inversión de la carga de la prueba, de todos los miembros de la administración concursal para el supuesto de ejercicio mancomunado; excluyendo los casos de atribución individualizada de funciones a alguno de los miembros por parte del Juez del concurso; supuesto en que se entendía que la responsabilidad sería exigible personalmente salvo que la responsabilidad fuese extensible al resto de miembros por no haber ejercido correctamente sus deberes de vigilancia.

El hecho de haber eliminado la referencia a la responsabilidad solidaria nos lleva a plantearnos qué va a ocurrir en el supuesto de administración concursal bimembre permitida de forma excepcional por el artículo 27 LC. En este supuesto, los dos miembros de la administración concursal, a la hora de tomar una decisión, deben hacerlo de forma conjunta; a diferencia de la regulación anterior en la que, al estar la administración concursal formada por tres miembros, se podía llegar a un acuerdo por mayoría a pesar de la oposición o abstención de uno de los miembros. Con la regulación actual, aunque no se haga referencia expresa en la LC, la responsabilidad de los dos miembros de la administración concursal debe ser solidaria sin posibilidad de exoneración de responsabilidad; ya que la oposición o abstención de uno de los miembros de la administración concursal supondría no llegar a un acuerdo.

Podemos decir que el sistema de responsabilidad introducido por la Ley Concursal de 2003 parece consecuente con la transcendencia que tienen las funciones desarrolladas por la administración concursal. El precepto trata de controlar el enorme poder que la LC atribuye a los administradores concursales a lo largo de todo el procedimiento de concurso, ya que este órgano tiene la facultad de adoptar decisiones cuyos resultados, en

grave y podría condicionar la operatividad de la Ley, máxime teniendo en cuenta que durante las sucesivas fases del procedimiento los distintos actos han estado sometidos al control de legalidad del juez que conoce del concurso [...]El CES considera que de las previsiones contenidas en el Anteproyecto de Ley Concursal se derivaban un importante cúmulo de responsabilidades vinculadas a la participación en la Administración judicial (actualmente, administración concursal). En aras a esta preocupación, el CES recomienda un mayor equilibrio en el reparto de responsabilidades».

principio, no les afectan personalmente¹⁹. Es por ello que el régimen del artículo 36 LC trata de restablecer el equilibrio entre poder y responsabilidad.

3. EN TORNO A LA POSIBLE APLICACIÓN ANALÓGICA DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES DE CAPITAL

Al analizar el régimen de responsabilidad civil recogido en la Ley Concursal de 2003 se observa que dicha norma regula la cuestión de una forma muy similar al régimen previsto para los administradores de las sociedades de capital en los artículos 236 a 241 bis LSC, llegándose a afirmar por la doctrina²⁰ que el legislador ha reproducido literalmente algunos aspectos del régimen societario a la hora de redactar el artículo 36 LC. Debemos preguntarnos entonces si existe un nivel de analogía tal que sea posible aplicar los criterios interpretativos del régimen societario, que gozan de un gran desarrollo doctrinal y jurisprudencial, al régimen concursal.

En cuanto a las similitudes podemos partir de la idea de que ambos regímenes contemplan un doble supuesto de responsabilidad civil: los daños producidos a la masa concursal (patrimonio de la sociedad en el régimen societario) y la lesión de los derechos patrimoniales individuales del deudor, acreedores o terceros (socios o terceros en el régimen societario). A su vez, los presupuestos configuradores de esta responsabilidad, así como sus caracteres, coinciden en ambos regímenes jurídicos, lo que, por otra parte, es lógico al incardinarse en el ámbito de la responsabilidad civil.

No obstante, estas similitudes no deben llevarnos a considerar que existe una asimilación plena, ya que el Derecho societario está pensado para un sujeto diferente (administrador societario) cuyos intereses, atribuciones, deberes y funciones no coinciden con los propios del administrador concursal. A su vez, la relación jurídica existente entre el administrador societario, los acreedores de la sociedad y los socios

¹⁹ DÍAZ ECHEGARAY, J. L. *Manual práctico de derecho concursal: la ley concursal tras la reforma de la Ley 38/2011*, Experiencia, El Masnou, 2012, p. 116.

²⁰ Véase entre otros, AA.VV. (coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), *Comentarios a...cit.*, p.325; QUIJANO GONZÁLEZ, J., «La responsabilidad de los administradores concursales», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 7, 2007, pp. 20 y ss.; ROCA GUILLAMÓN, J., «Responsabilidad de los administradores concursales», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 10, 2009, pp. 98 y ss.; DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Presupuestos de la responsabilidad de los administradores concursales*, Aranzadi, Cizur menor, 2012, pp. 44 y ss. ; ROMERO FERNÁNDEZ, J. A., *Aproximación al estudio de la responsabilidad civil de los administradores concursales*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2007, pp. 20 y ss.

difiere respecto de la relación entre el administrador concursal y el deudor concursal o sus acreedores. En el primer caso, la doctrina²¹ considera contractual la responsabilidad del administrador social frente a la sociedad y sus socios, y extracontractual la responsabilidad frente a los acreedores; mientras que, en el caso de la responsabilidad del administrador concursal, no está claro que estemos ante una responsabilidad contractual ya que el administrador societario representa a la sociedad, pero el administrador concursal no representa a ningún ente, sino que se trata de un órgano externo designado para realizar labores de gestión de los intereses del concurso. A su vez, los administradores sociales son elegidos por los socios mientras que la elección de los administradores concursales se realiza por el Juez. Además, los administradores societarios son órgano de una persona jurídica privada y los administradores concursales son órgano de un procedimiento oficial y judicial.

Por todo ello, teniendo en cuenta las similitudes y diferencias entre un régimen y otro se puede decir que, por lo general, podrían resultar aplicables por analogía algunos elementos configuradores de la responsabilidad de los administradores societarios a los administradores concursales y sus auxiliares delegados, tal y como han sido configurados por la jurisprudencia y la doctrina. Todo ello teniendo en cuenta que estamos ante supuestos diferentes, por lo que habrá que llevar a cabo una importante tarea de adaptación²².

III. LA RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR CONCURSAL. ASPECTOS GENERALES

En este apartado se va a analizar cómo se configura la responsabilidad del administrador concursal, centrándonos en los caracteres y finalidad de dicha regulación. Cabe decir que las conclusiones aquí vertidas son comunes tanto para la acción concursal de responsabilidad, como para la acción individual.

²¹ Véase, entre otros, ZUMAQUERO GIL, L., «La responsabilidad civil de los administradores concursales», en *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, 2013, accesible en <http://www.indret.com/pdf/950.pdf> (último acceso 28 de abril de 2015), p. 19; QUIJANO GONZÁLEZ, J., «La responsabilidad...», *cit.*, pp. 17 y ss.

²² Véase, entre otros, DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Presupuestos... cit.*, p. 50; ROMERO FERNÁNDEZ, J. A., *Aproximación al estudio...cit.*, p. 22.

1. FINALIDAD

El régimen de responsabilidad de los administradores concursales y los auxiliares delegados regulado en el artículo 36 LC tiene una finalidad compensatoria²³, es decir, la responsabilidad civil se concibe como un instrumento para reparar los daños causados en el patrimonio concursal del deudor, de sus acreedores o de los terceros.

En segundo lugar, la responsabilidad civil tiene una función normativa o de disciplina ya que busca incentivar el cumplimiento, por parte del administrador concursal, de los deberes que la ley le impone. Si no hubiese consecuencias negativas para el administrador concursal que llevase a cabo sus funciones de forma inadecuada, infringiendo sus deberes legales por ejemplo, no habría incentivos suficientes para un comportamiento conforme a la ley. En palabras de DÍAZ ECHEGARAY²⁴, el régimen de responsabilidad «establece una delimitación de fronteras entre los ámbitos de libertad de actuación de los sujetos y aquellos otros actos en los que se otorga una dosis de protección a determinados bienes e intereses, que, por esta misma razón entrañan límites a la libertad o autolimitaciones de la misma en la medida en que determinadas actuaciones libres que puedan imponer un grado de responsabilidad».

El régimen de responsabilidad regulado en la Ley Concursal es una consecuencia de la diligencia que se exige a los administradores concursales en el ejercicio de su cargo. Es decir, si en la ley se impone un canon de comportamiento (diligencia debida) y el administrador concursal actúa apartándose de tal modelo deberá responder por ello. Por esto, los administradores concursales y los auxiliares delegados deberán responder del incumplimiento de los deberes que recoge la ley y la falta de diligencia en sus actuaciones siempre que, a consecuencia de ello, se origine un daño patrimonial. Por ello, la responsabilidad tiene a su vez una función preventiva y es que, a la hora de realizar sus funciones, el administrador concursal conocerá cuál será la consecuencia negativa de hacerlo incorrectamente; lo que le impulsará a actuar de acuerdo a lo exigido.

A su vez, el régimen de responsabilidad debe guardar relación con el reparto de competencias. A una amplia extensión de los poderes y competencias de los administradores debe corresponder una rigurosa responsabilidad. En el caso de los

²³ En este sentido, véase DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Presupuestos... cit.*, pp. 28 y ss.

²⁴ En este sentido, véase DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Presupuestos... cit.*, p. 28.

administradores concursales, a diferencia de un empresario tradicional, no existe riesgo patrimonial para las personas que conforman el órgano concursal. Por ello, se hace necesario establecer mecanismos que impidan un abuso de poder por parte de los administradores concursales, entre los que destaca el régimen de responsabilidad del artículo 36.

En opinión de ROMERO FERNÁNDEZ²⁵, «este régimen de responsabilidad no siempre resulta operativo ya que, en algunos supuestos, la infracción de los deberes de los administradores concursales puede no llegar a producir daños. En esos casos no se les puede exigir la responsabilidad del artículo 36». En estos supuestos, deberían entrar en funcionamiento otros mecanismos como la separación del cargo si el Juez del concurso así lo estima. Según el autor, «la única medida que tendría un efecto disuasorio sería condenar a los administradores concursales a integrar a favor de la masa o del deudor, acreedor o tercero el valor en que se hubieran enriquecido como consecuencia de la infracción de alguno de sus deberes sin ocasionar daños o perjuicios directos».

Además, en este punto, debemos plantearnos cómo influye la suscripción del seguro de responsabilidad civil en esta función de prevención o de disciplina. Recordemos que tras la reforma de la Ley Concursal por la Ley 38/2011 de 10 de octubre, se ha modificado el artículo 29 LC y ahora se exige, como requisito previo a la aceptación del cargo, la cobertura de la posible responsabilidad civil de la administración concursal mediante la suscripción de un seguro o garantía equivalente. El desarrollo reglamentario de esta nueva exigencia se ha producido mediante el Real Decreto 1333/2012 de 21 de septiembre, por el que se regula el seguro de responsabilidad civil y la garantía equivalente de los administradores concursales²⁶.

Podríamos pensar que el hecho de haber suscrito un seguro de responsabilidad civil puede inducir al administrador concursal a actuar negligentemente, ya que sus conductas no van a tener repercusiones negativas sobre su patrimonio al ser el asegurador quien tenga que hacerse cargo de la indemnización. No obstante, debemos tener en cuenta que la obligatoriedad de suscribir un seguro de responsabilidad civil se ha establecido para proteger a los perjudicados, no para que el administrador concursal

²⁵ ROMERO FERNÁNDEZ, J. A., *Aproximación al estudio...cit.*, p. 44.

²⁶ Publicado en BOE núm. 241, de 6 de octubre de 2012.

pueda actuar «al margen de la ley» por no ser él el que deba responder²⁷. Por ello, se permite al asegurador repetir contra el administrador concursal asegurado las cantidades satisfechas en caso de que este último hubiese actuado dolosamente (artículo 76 LCS²⁸).

Además, debemos tener en cuenta que aunque para aquellas actuaciones negligentes no dolosas la LCS no establece ningún derecho de repetición del asegurador esto no incita al administrador concursal a actuar de forma poco diligente. De la misma forma que un conductor de un automóvil, a pesar de estar cubierto por un seguro de responsabilidad civil, trata de conducir cumpliendo las normas de circulación establecidas y adecuando su conducción a las circunstancias de la vía tal y como lo haría un «conductor modelo» lo mismo ocurrirá con el administrador concursal, que tratará de actuar diligentemente. En el caso del conductor, una motivación a conducir correctamente podría ser que, en caso de accidente, la prima a la que tendrá que hacer frente en años sucesivos podría ser significativamente superior. Este argumento podría ser aplicable al administrador concursal, ya que si la aseguradora tiene que hacer frente a una indemnización por daños y perjuicios causados por una actuación negligente del administrador, muy probablemente la prima que tenga que pagar sea superior; por tanto, indirectamente, su patrimonio podría verse afectado y por ello va a existir una motivación a actuar diligentemente.

Por todo lo dicho anteriormente, podríamos decir que la función preventiva que busca el régimen de responsabilidad del artículo 36 sigue funcionando a pesar del requisito de suscripción de un seguro de responsabilidad civil.

No obstante, si se quisiese fomentar todavía más la actuación diligente del administrador concursal, sería recomendable incluir como una causa de inhabilitación en el artículo 28 LC, el hecho de haber sido condenado firmemente a indemnizar por daños en un proceso previo de declaración de responsabilidad civil del artículo 36 LC. Además, sería conveniente que en el artículo 37 LC se recogiese, como una causa de separación automática, la condena a indemnizar por los daños producidos en el ejercicio

²⁷ En este sentido, véase IRIBARREN, M., «El seguro de responsabilidad civil de los administradores concursales», en *Revista Anuario de Derecho Concursal*, núm. 29, 2013, p. 54.

²⁸ Ley 59/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, publicada en BOE núm. 250, de 17 de octubre de 1980.

del cargo; como sí ocurre en el ámbito de responsabilidad de los administradores de sociedades de capital²⁹.

De esta forma, estableciendo una posible separación del cargo y la imposibilidad futura de ostentar el cargo de administrador concursal durante un plazo de tiempo razonable (3-4 años por ejemplo) se estaría diseñando un poderoso instrumento disuasorio de comportamientos negligentes por parte del administrador concursal.

2. CARACTERES

A la hora de analizar el régimen de responsabilidad del administrador concursal debemos hacer una breve mención a los caracteres de esta responsabilidad.

En primer lugar, se puede afirmar que estamos ante una responsabilidad de Derecho privado, es decir, una responsabilidad civil resarcitoria que tiene como finalidad compensar los daños y perjuicios causados a la masa o al interés directo del deudor, de los acreedores o de terceros. Es por ello que la responsabilidad civil va a surgir por la causación de un daño patrimonial, ya sea a la masa concursal o al patrimonio individual del deudor, de los acreedores o de un tercero y va a generar la obligación de indemnizar al perjudicado. Por tanto, el presupuesto sobre el que se asienta la responsabilidad civil de los administradores concursales es el daño.

Cabe decir que el hecho de que los administradores concursales sean declarados civilmente responsables por el daño causado no impide que se ejerciten acciones en el plano de la responsabilidad penal, administrativa, tributaria, laboral, o de Seguridad Social así como la responsabilidad disciplinaria que viene regulada en la propia Ley Concursal y que incluye la pérdida del derecho a la retribución o la separación del cargo del administrador concursal en caso de incumplimiento de las obligaciones recogidas en el artículo 74.4, 117.1 y 153.3 LC, así como la inhabilitación para ser nombrado administrador en otros concursos tal y como se recoge en el artículo 181.4 LC, para supuestos de desaprobación de la rendición de cuentas y en el artículo 151.2 LC, para supuestos de adquisición por el administrador de bienes del deudor en la fase de liquidación.

²⁹ El artículo 238 de la Ley de Sociedades de Capital establece que el acuerdo de promover la acción de responsabilidad determinará la destitución de los administradores afectados.

Se trata, a su vez, de una responsabilidad legal ya que es la propia Ley Concursal la que regula el régimen de responsabilidad civil de los administradores concursales, indicando, con carácter imperativo, los presupuestos necesarios para que surja la responsabilidad, las acciones existentes para exigir la responsabilidad, los supuestos de exoneración, personas legitimadas para ejercitar las acciones, el plazo de prescripción de las acciones, el órgano ante el que se deben interponer, etc.

La responsabilidad del administrador concursal no es excluible, modificable o renunciante de antemano por vías convencionales (consecuencia de su carácter legal). Es decir, no es posible eliminar *ex ante* este tipo de responsabilidad por acuerdo entre los administradores concursales y los acreedores o el deudor. No obstante, una vez ejercitada la acción, se permite la renuncia a su ejercicio tal y como se establece en el artículo 19 de la LEC³⁰.

En relación con el carácter legal de la responsabilidad, también podríamos calificarla como en parte típica y en parte, atípica³¹. Será típica porque es en la Ley Concursal donde se recoge que los administradores concursales respondan por los actos y omisiones contrarios a la ley. Por tanto, es en la propia norma donde se recogen expresamente los daños resarcibles y sólo respecto de estos daños surgirá una indemnización. Y atípica, porque la LC hace responsable a los administradores concursales por los daños causados por actos y omisiones realizados sin la debida diligencia. Estamos, en este último caso, ante una cláusula general abierta.

A su vez, se trata de una responsabilidad personal, ya que son los miembros de la administración concursal los sujetos responsables y no el propio órgano concursal. Por tanto, sólo van a responder aquellas personas a las que puedan imputárseles los hechos dañosos a título de dolo o culpa. Es decir, no se trata de una responsabilidad objetiva, sino subjetiva. Esto implica que la mera constatación de un daño patrimonial no es un presupuesto suficiente para que surja la responsabilidad sino que es necesario que el daño esté vinculado por una relación de causalidad a un acto u omisión del administrador concursal realizada sin la diligencia debida o que sea contrario a la ley.

³⁰ El artículo 19 LEC establece que «los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación o a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero». En el ámbito de la Ley de Sociedades de Capital, en su artículo 238 también se permite expresamente la renuncia al ejercicio de la acción de responsabilidad siempre que no se opusieren a ello socios que representen el cinco por ciento del capital social.

³¹ DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Presupuestos... cit.*, p. 33.

Nos encontramos ante una responsabilidad orgánica ya que se deriva de la actuación del órgano concursal en el ejercicio de las funciones que le atribuye la Ley Concursal. Como consecuencia de este carácter orgánico, el artículo 36 LC no resultará aplicable si el daño patrimonial lo causa una persona que no forme parte del órgano de administración del concurso; excepto si nos encontramos ante la figura del auxiliar delegado, para quien sí sería aplicable el precepto porque aparece expresamente regulado. A su vez, si los administradores concursales causan el daño por actos ajenos a su cargo (acciones en el ámbito o esfera personal), tampoco se originaría este tipo de responsabilidad.

En cuanto a la naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad, la doctrina coincide en que dicha calificación es irrelevante a efectos prácticos, al encontrarnos ante una responsabilidad orgánica³².

IV. PRESUPUESTOS PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD

A la hora de analizar los presupuestos de la responsabilidad del administrador concursal, podemos decir que, dado que para la acción individual de responsabilidad no se especifican requisitos diferentes o adicionales a los requeridos para la acción concursal de responsabilidad, se debe entender que los presupuestos exigidos para que surja la responsabilidad del administrador concursal coinciden en ambas acciones.

Tal y como establece el artículo 36.1 LC, para que surja la responsabilidad civil de la administración concursal va a ser necesario que estemos ante una conducta antijurídica que cause un daño patrimonial. Dichos elementos se van a analizar en detalle a continuación.

³² En este sentido, véase, entre otros, ROMERO FERNÁNDEZ, J. A., *Aproximación al estudio...cit.*, p. 36. No obstante, este autor, al identificar las similitudes entre el régimen de responsabilidad de los administradores sociales y el de los administradores concursales, se inclina a caracterizar la responsabilidad como contractual. Por su parte DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Presupuestos... cit.*, pp. 36 y ss. analiza la cuestión debatida y tras aceptar la corriente doctrinal que apuesta por considerar que para que la responsabilidad civil pueda considerarse contractual no es necesario que exista un contrato entre las partes, sino que basta con que se produzca una relación jurídica entre ellas; concluye diciendo que la responsabilidad de los administradores concursales por daños y perjuicios a la masa concursal será contractual y la responsabilidad individual será extracontractual o contractual según el caso concreto.

1. ACCIÓN U OMISIÓN

En primer lugar, debemos definir qué entiende el apartado primero del artículo 36 LC por «actos y omisiones». La expresión debe ser entendida en sentido amplio. El acto es todo comportamiento consistente en un hacer, es decir, se trata de acuerdos, decisiones o conductas de hecho de la administración concursal, como, por ejemplo, incluir en la lista de créditos concursales un crédito por un importe inferior al real o incluir un crédito inexistente. Mientras que la omisión consiste en un no hacer, es decir, en la ausencia de acuerdos o decisiones que debieron tomarse o comportamientos que debieron haberse seguido, como, por ejemplo, dejar de incluir a un acreedor en la lista de acreedores o dejar de cobrar un crédito a favor de la masa.

En resumen, la responsabilidad civil del artículo 36 puede derivar tanto de hacer algo que no debía hacerse, o que debía hacerse de otra manera, como de dejar de hacer aquello que debía hacerse.

El acto u omisión generadora de responsabilidad debe haber sido realizado, o dejado de realizar, por los administradores concursales, ya que éstos no responderán de las actuaciones llevadas a cabo por aquellos que les sucedan en el cargo ni por los que les hubiesen precedido. No obstante, en este último supuesto, sí que se generaría una responsabilidad en el caso de que el administrador concursal, habiendo conocido las actuaciones dañosas de sus predecesores, las hubiesen ocultado o no hubiesen hecho nada para acabar con sus consecuencias³³.

Tampoco responderán por las actuaciones del deudor durante el concurso. Sin embargo, en caso de intervención, sí que podrían concurrir los requisitos de la responsabilidad por haber omitido el deber de controlar las operaciones del concursado.

Para dar lugar a la responsabilidad, los actos u omisiones dañosas se han de haber producido durante el ejercicio del cargo por parte del administrador concursal. No obstante, existen una serie de supuestos en los que la responsabilidad podrá originarse tras el cese. Así, por ejemplo, en el caso de que el administrador concursal cesado infrinja el deber de secreto derivado del deber de lealtad que le impone el artículo 35.1 LC.

³³ Comprate esta opinión AA.VV. (dirs. Rojo, A. y Beltrán E.), *Comentario...cit.*, p. 728.

2. ANTIJURIDICIDAD

Tal y como se establece en el artículo 36.1 LC, el administrador concursal responderá por los daños causados por actos y omisiones contrarios a la ley o realizados sin la debida diligencia. El término ley debe entenderse en sentido amplio, comprensivo tanto de la Ley Concursal como de otras leyes. A su vez, el término también incluirá otras normas de rango inferior como pudiera ser un Real Decreto o una Orden Ministerial. Por ello, se habla de infracción de cualquier norma jurídica³⁴. Así lo entendió la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba sección 3ª de 7 de julio de 2008³⁵ al afirmar en su fundamento de derecho tercero que «respecto de los deberes legales, se incluyen los establecidos en cualquier norma imperativa, sea o no concursal, aunque en la práctica tengan mayor significación los deberes impuestos en la propia Ley Concursal».

Dentro de los actos y omisiones contrarios a la ley se ha afirmado³⁶ que la responsabilidad surgirá tanto cuando se dé un incumplimiento total de algún deber legal (por ejemplo, cuando los administradores concursales dejen de reclamar a los socios de la sociedad que desembolsen las aportaciones sociales diferidas a las que se refiere el artículo 48.4 LC), cuando se realice un acto sin la debida autorización (por ejemplo, pagar anticipadamente créditos ordinarios sin la autorización judicial del artículo 157 LC), al vulnerar una prohibición legal (por ejemplo, infringir el artículo 151 LC al adquirir los administradores concursales bienes que forman parte de la masa activa), o cuando estemos ante un incumplimiento defectuoso (por ejemplo, incluir en la lista de acreedores un crédito por un importe superior al real).

Como se ha dicho anteriormente, el artículo 36 LC establece que, además de responder por los actos realizados infringiendo la ley (ya se ha dicho que este término equivaldría a cualquier norma legal), los administradores concursales incurrirán en responsabilidad si llevan a cabo actos u omisiones realizados sin la diligencia debida.

³⁴ En este sentido, DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Presupuestos... cit.*, pp. 86 y ss.; ROMERO FERNÁNDEZ, J. A., *Aproximación al estudio...cit.*, pp. 61 y ss. ; ROCA GUILLAMÓN, J., «Responsabilidad de los... » *cit.*, pp. 95 y ss.; AA.VV. (dirs. Pulgar Ezquerro, J., Alonso Ureba, A., Alonso Ledesma, C. y Alcocer Garau, G.), *Comentarios a la legislación concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal)*, t. I, Registradores de España/Dykinson, S.L., Madrid, 2004, pp. 1795 y ss.

³⁵ SAP Córdoba (Sección 3ª) de 7 de julio de 2008 (JUR\2009\95813).

³⁶ AA.VV. (dirs. Rojo, A. y Beltrán E.) *Comentario... cit.*, p. 729.

La inclusión del criterio de la diligencia en el artículo 36 LC le confiere un carácter legal y contractual. Es legal porque estamos ante una imposición que se realiza a través de una ley, la Ley Concursal. Y contractual, porque en el momento en que los administradores concursales aceptan el cargo, se comprometen a actuar diligentemente³⁷.

En primer lugar, cabe decir que el criterio de actuación de acuerdo a la diligencia debida nos indica que el administrador concursal no responde por no lograr un resultado positivo al finalizar su actuación, sino que éste debe actuar conforme a unos parámetros de actuación concretos. Es decir, la obligación del administrador concursal es de medios, no de resultados. Todo ello teniendo en cuenta que el tipo de gestión que parece que es exigible a la administración concursal es esencialmente conservativa.

No obstante, el simple hecho de constatar que el comportamiento del administrador concursal, o del auxiliar delegado, no se ajusta al modelo de diligencia exigible no va a generar responsabilidad en sí mismo; sino que va a ser necesaria la existencia de culpa. Es decir, aun probando que el administrador concursal se ha comportado de forma negligente, si se demuestra que el daño era inevitable o imprevisible aunque se hubiese observado una conducta diligente, quedará exonerado³⁸.

En segundo lugar, cabe preguntarse qué entiende la ley por «diligencia debida». Es decir, cuál es el nivel de diligencia exigible al administrador concursal en el ejercicio de sus funciones. Para ello, debemos acudir al artículo 35.1 LC que establece que los administradores concursales y los auxiliares delegados desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado administrador y de un representante leal. Se podría decir por ello que estamos ante una diligencia más concreta que la genérica del buen padre de familia a la que se refiere el artículo 1104 CC³⁹.

El criterio de la diligencia de un ordenado administrador y de un representante leal nos lleva a valorar la conducta de los administradores concursales para ver qué habría hecho un ordenado administrador y un representante leal si hubiese estado en la posición de la administración concursal, teniendo en cuenta las circunstancias de lugar y tiempo en el

³⁷ En este sentido, ROMERO FERNÁNDEZ, J.A., «El nuevo régimen de responsabilidad...» cit., p. 133.

³⁸ AA.VV. (coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), *Comentarios a...cit.*, p. 332.

³⁹ En este sentido, véase ZUMAQUERO GIL, L., «La responsabilidad civil de...», cit., p. 24; PACHECO GUEVARA, A., *La administración concursal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 267.

momento de la toma de la decisión, el objeto de la decisión...⁴⁰ Se trata, por tanto, de un juicio comparativo *a posteriori* entre la conducta real del administrador concursal y la que éste debería haber llevado a cabo teniendo en cuenta el modelo diligente de conducta que le sea exigible⁴¹. A su vez, a la hora de valorar este comportamiento modelo, deberíamos tener en cuenta si existe o no profesionalización del órgano concursal ya que si es así, la diligencia exigida será mayor debido a que cuentan con una mayor pericia.

No obstante, hay autores⁴² que consideran que no es necesario acudir a una categoría de diligencia distinta de la diligencia exigible a un buen padre de familia (entendida como la diligencia exigible a un hombre medio, normal o estandarizado), porque ésta es flexible y se adapta a cualquier contexto y circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar; por lo que la diligencia del artículo 1104 CC sería aplicable al supuesto que nos ocupa.

Tras la reforma de la Ley Concursal por la Ley 38/2011 de 10 de octubre, se ha producido una profesionalización del órgano concursal, por lo que considero que el nivel de diligencia exigible a los profesionales que ostentan el cargo de administrador concursal debe ser mayor a la diligencia exigible a un buen padre de familia ya que cuentan con una mayor pericia profesional.

⁴⁰ En este sentido, véase, AA.VV. (dirs. Rojo, A y Beltrán, E.), *Comentario de la Ley de sociedades de capital*, vol. I Thomson-Reuters Civitas, Madrid, 2011, p. 1697; aunque referido a la diligencia exigible a un administrador social en el desempeño de su cargo, podríamos pensar que en los supuestos de sustitución del órgano de administración por el administrador concursal, a este último le resultan aplicables los mismos deberes sociales, incluido el deber de diligencia referido al parámetro profesional del «ordenado empresario», complementando este deber con el deber de lealtad y el derecho-deber de información que ostenta cada administrador social. A la hora de valorar la diligencia con la que actúa un administrador social (extensible al administrador concursal en caso de sustitución como se ha dicho) habrá que tener en cuenta la coyuntura del mercado en el momento de la toma de decisión, así como el tamaño, objeto y sector empresarial.

⁴¹ ALONSO ESPINOSA, F.J., «La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en sus elementos configuradores», en *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal. Libro Homenaje al Profesor Rafael García Villaverde*, vol. I, Marcial Pons, 2007, p. 89.

⁴² Véase ROMERO FERNÁNDEZ, J.A., «El nuevo régimen de responsabilidad...» cit., p. 133; que considera que en el Derecho concursal el modelo del artículo 1104 CC es el único aplicable, ante la innecesidad de acudir a otros parámetros, supuestamente distintos, como el del «buen profesional». En su opinión, la pauta establecida en el artículo 1104 CC responde a un modelo de conducta objetivo (el del «buen padre de familia»), que se aleja de las aptitudes subjetivas del deudor, además de que el patrón de comportamiento ha de modalizarse o adecuarse a las diversas circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, lo que añade a esa misma pauta de conducta el carácter de «elástico». Por ello, no ve ningún impedimento teórico-jurídico en aplicar como parámetro de conducta el criterio del artículo 1104 CC con el propósito de observar si el administrador concursal se ha comportado como un "buen administrador", sin que sea necesario aplicar figuras distintas, ni exigir al administrador concursal un nivel de diligencia superior al que corresponde a un buen padre de familia, según la previsión legal del art. 1104 CC. En el mismo sentido, AA.VV. (coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), *Comentarios a...cit.*, p. 334.

Entre las conductas denominadas negligentes encontraríamos no solicitar al Juez el cese de la actividad empresarial o profesional del deudor que no resulte rentable (artículo 44.4 LC), no tomar las medidas adecuadas para conservar el patrimonio concursal (artículo 43 LC), no solicitar pasar de una situación de intervención a una de sustitución para evitar un perjuicio en la masa concursal (artículo 40.4 LC), dejar de cobrar créditos a favor de la masa o no tomar las medidas necesarias para evitar la prescripción de acciones que ostente la masa concursal.

3. CULPABILIDAD

Como se ha dicho anteriormente, para que surja la responsabilidad de los administradores concursales, su conducta debe ser culpable. Es decir, no basta con que el administrador concursal lleve a cabo una conducta antijurídica sino que además, es necesario que su actuación (u omisión) sea culpable⁴³. Por ello, en ningún supuesto va a existir una responsabilidad objetiva de los administradores concursales, sino que nos encontramos ante una responsabilidad subjetiva. Así lo ha entendido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 3 de junio de 2011⁴⁴ al afirmar, en su fundamento de Derecho segundo, que nos encontramos ante una responsabilidad por culpa o negligencia y de carácter enteramente subjetivo.

A su vez, cabe decir que cuando un administrador concursal (o auxiliar delegado) infrinja una disposición normativa no podrá negar su responsabilidad afirmando que no conocía que determinado acto u omisión era contrario a la ley, ya que eso iría en contra de su deber de actuar diligentemente. Esto es así porque la ley se supone conocida por todos desde el momento en que se publica en el Boletín Oficial del Estado⁴⁵.

⁴³ Así lo entendió la SAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª) de 4 de abril de 2008 (JUR\2008\198009). En su fundamento de derecho tercero afirma que «no se trata de que los demandados, por el mero hecho de ser administradores del concurso, deban responder de cualquier suceso perjudicial o dañoso, sino que su conducta debe aparecer teñida de un aspecto subjetivamente reprochable [...] la culpa representa un criterio de imputación subjetiva de responsabilidad en todos los supuestos previstos legalmente de responsabilidad de los administradores, estándose insita en aquellos actos contrarios al ordenamiento jurídico y siendo precisa su concurrencia en los definidos como "negligentes" o faltos de la debida diligencia».

⁴⁴ SAP Castellón (Sección 3ª) de 3 de junio de 2011 (JUR\2011\333115).

⁴⁵ Véase ROMERO FERNÁNDEZ, J. A., *Aproximación al estudio...cit.*, pp. 63 y ss.

Siguiendo a DÍAZ ECHEGARAY⁴⁶, podemos decir que « la exigencia de culpabilidad para el surgimiento de la responsabilidad, implica la voluntariedad de la conducta del sujeto, de forma que quedarán excluidos los supuestos en que falte tal voluntariedad o se encuentre gravemente viciada (concurra error sustancial, coacción, violencia, etc.). Es decir, sin voluntariedad no hay culpabilidad y sin culpabilidad no hay responsabilidad».

A su vez, cabe decir que la ley no contempla ninguna graduación en torno a la culpabilidad por lo que la responsabilidad de los administradores concursales surgirá tanto en los supuestos de culpa grave y dolo como en los de culpa leve⁴⁷. Además, en la regulación actual, la culpabilidad admite cualquier modalidad como fuente de responsabilidad, esto es culpa *in comittendo*, *in omitiendo*, *in vigilando*, *in instruendo*⁴⁸.

Una vez probado el incumplimiento por parte del administrador concursal (conducta realizada sin la debida diligencia o comportamiento contrario a la ley), será el administrador concursal demandado quien deberá probar la exención de responsabilidad por causa no imputable. Es decir, deberá probar que su incumplimiento deriva de un suceso imprevisible o inevitable⁴⁹.

Cabe plantearse, por último la posible no exigencia de responsabilidad a los administradores concursales por haber intervenido el Juez del concurso en la producción del hecho dañoso. Como regla general, podríamos considerar que la administración concursal no responderá de los actos u omisiones lesivas que hayan sido realizados con la autorización previa del Juez del concurso ya que en estos supuestos faltaría el presupuesto de la culpa⁵⁰. No obstante, esta premisa general no podría entenderse de modo absoluto ya que habrá ocasiones en que el administrador concursal sí deba responder, aunque haya actuado amparado en una autorización judicial. Debemos darnos cuenta de que el recurso a la autorización judicial no debe ser entendido como una vía de elusión de cualquier tipo de responsabilidad por parte del administrador concursal; no es lo mismo solicitar una autorización judicial porque así lo exige la ley,

⁴⁶ Véase DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Presupuestos... cit.*, p. 79.

⁴⁷ Véase AA.VV. (dirs. Rojo, A. y Beltrán E.) *Comentario... cit.*, p. 730.

⁴⁸ AA.VV. (dirs. Rojo, A y Beltrán, E.), *Comentario de la Ley de sociedades... cit.*, p. 1698.

⁴⁹ En este sentido, véase ROMERO FERNÁNDEZ, J. A., *Aproximación al estudio...cit.*, p. 88; AA.VV. (coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), *Comentarios a...cit.*, p. 332.

⁵⁰ En este sentido, véase AA.VV. (dirs. Rojo, A. y Beltrán E.) *Comentario... cit.*, p. 733; y ROCA GUILLAMÓN, J., « Responsabilidad de los... », *cit.*, p. 106.

que solicitarla de forma voluntaria con el único objetivo de evadir futuras responsabilidades⁵¹.

Por tanto, a la hora de determinar la responsabilidad del Juez del concurso y/o la administración concursal, habrá que atender a las circunstancias concretas del caso. Así, por ejemplo, en el supuesto de que el administrador concursal hubiese presentado ante el Juez del concurso información incompleta o errónea, la responsabilidad recaerá únicamente en el administrador concursal. Si, por el contrario, la administración concursal solicitase al Juez permiso para llevar a cabo determinada actuación (por ejemplo, vender un bien) y el Juez denegase la autorización y derivado de este hecho se causase un daño al deudor, acreedor o tercero, la responsabilidad recaería sobre el Juez del concurso. No obstante, si en el mismo supuesto anterior, el Juez hubiese autorizado y como consecuencia de esto se produjese el daño, la responsabilidad sería tanto del Juez como del administrador concursal⁵².

4. DAÑO: EL CRITERIO DISTINTIVO ENTRE LA ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD Y LA ACCIÓN CONCURSAL

La existencia de daños y perjuicios es el presupuesto básico para exigir responsabilidad a los administradores concursales. Tanto es así que, en caso de que se haya producido una infracción de la ley o se haya actuado negligentemente sin causar ningún daño patrimonial, no se podrá ejercitar la acción de responsabilidad y, por tanto, no surgirá la obligación de indemnizar⁵³. El patrimonio que resulte dañado, entendiendo como daño patrimonial cualquier incremento del pasivo o cualquier detrimento del activo, va a determinar ante qué tipo de acción de responsabilidad nos encontramos, ya que si el daño lo sufre la masa concursal estaremos ante la acción concursal de responsabilidad y

⁵¹ Véase ROCA GUILLAMÓN, J., « Responsabilidad de los... », *cit.*, p. 107.

⁵² En este sentido, véase AA.VV. (dir. Cordón Moreno, F.), *Comentarios a la...cit.*, p. 469.

⁵³ Así lo entendió la SAP Córdoba (Sección 3ª) de 7 de julio de 2008 (JUR\2009\95813), en cuyo fundamento de derecho tercero se afirma que «la existencia probada de daños y perjuicios es, sin género de dudas, el presupuesto o requisito esencial para la exigencia de la responsabilidad concursal, pues precisamente se fundamenta esta responsabilidad en la necesidad de obtener la reparación del perjuicio patrimonial producido a la masa activa, a través de la correspondiente indemnización». Este mismo argumento se reproduce por el Juzgado de lo Mercantil de Barcelona en SJMer de Barcelona de 7 de febrero de 2012 (AC\2012\324).

si el daño lo sufre el patrimonio del deudor, de los acreedores o de un tercero, habrá que ejercitar la acción individual del apartado sexto del artículo 36 LC.

Cuando se habla de daños y perjuicios causados a la masa nos referimos al conjunto de bienes y derechos que integran el patrimonio del deudor en la fecha de la declaración del concurso así como aquellos bienes y derechos que se reintegren o adquieran durante la tramitación del procedimiento (artículo 76 LC), teniendo en cuenta la posible reducción derivada del derecho de separación (artículo 80 LC) y excluyendo los bienes inembargables a los que se refiere el artículo 76.3 LC. Son estos bienes y derechos que forman la masa activa los que son susceptibles de experimentar un deterioro como consecuencia de la actuación antijurídica de la administración concursal⁵⁴.

El daño puede consistir en una disminución del valor del activo (deterioro o pérdida de algún elemento de la masa por no haber observado las medidas de conservación adecuadas), falta de incremento del activo o un incremento menor del debido (omisión del cobro de algún crédito, venta de bienes de la masa a un precio inferior), o en un incremento del pasivo (inclusión en la lista de acreedores de un crédito con un importe superior)⁵⁵.

Como se ha dicho, la acción individual de responsabilidad se refiere a lesiones directas del patrimonio del acreedor, deudor o tercero que reclama. No obstante, cabe decir que la acción por daño a la masa del apartado primero del artículo 36 y la acción del apartado sexto del mismo artículo pueden tener su origen en una misma conducta dañosa; ya que una misma actuación puede lesionar a la vez a la masa activa del concurso y también a un acreedor, a un tercero o al deudor de forma directa, aunque serán supuestos muy excepcionales. Al analizar la responsabilidad individual se podría hacer una sistematización de supuestos que podrían dar lugar a este tipo de acción⁵⁶. Los administradores podrían incurrir en responsabilidad por daños en el patrimonio del deudor cuando no le permitan obtener alimentos, con cargo a la masa, durante el concurso (artículos 47 y 82.2.4º LC). También si causan daño a los bienes o derechos del concursado que sean inembargables conforme a los artículo 605 y siguientes LEC.

⁵⁴ Obsérvese que aunque estemos hablando de «daños a la masa concursal», lo aquí explicado es extrapolable a daños al patrimonio del acreedor, de un tercero o del propio deudor.

⁵⁵ AA.VV. (dirs. Rojo, A. y Beltrán E.) *Comentario... cit.*, p. 731.

⁵⁶ Realiza una sistematización de estos supuestos AA.VV. (dirs. Rojo, A. y Beltrán E.) *Comentario... cit.*, pp. 736 y ss.

O cuando revelen datos, o divulguen expresiones o hechos concernientes al concursado siempre que esta conducta constituya una intromisión ilegítima en su derecho al honor a tenor del artículo 7 de la LO 1/1982 de 5 de mayo sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Responderán, por daños directos al patrimonio de un acreedor, o de varios, cuando por ejemplo incumplan los deberes relacionados con el reconocimiento y clasificación de créditos recogidos en los artículos 86 y siguientes LC. Esto ocurrirá siempre que no incluyan en la lista de acreedores un crédito que debiera estar en ella o lo incluyan con un importe menor al debido, así como cuando lo clasifiquen en un grupo inferior en el orden de prelación al que corresponda o cuando omitan la comunicación personal que deben dirigir a los interesados excluidos de la lista o incluidos con calificación distinta al que pretendían (artículo 95 LC). No obstante, el Juez del concurso podrá moderar la responsabilidad de los administradores concursales cuando concurra culpa del acreedor perjudicado (artículo 1103 CC). Este hecho sucederá cuando el acreedor hubiera proporcionado al órgano concursal datos incorrectos o equívocos en el escrito de comunicación del crédito (artículo 85.3 LC) o hubiera dejado pasar la oportunidad de impugnar la lista de acreedores (artículos 96 y 97 LC). A su vez, podría surgir responsabilidad del administrador concursal por dejar de satisfacer total o parcialmente, durante la fase de liquidación, el crédito de un acreedor por no haber respetado el orden de pago previsto en la Ley (artículo 154 y ss. LC).

En cuanto a la responsabilidad de los administradores por daños al patrimonio de un tercero, siguiendo el criterio de JUAN Y MATEU⁵⁷ podríamos hacer una clasificación. La primera categoría abarcaría la responsabilidad por daños a los titulares de créditos contra la masa. El autor defiende que en determinados supuestos, los administradores concursales responderán personalmente frente a los titulares de créditos contra la masa por el importe no satisfecho de estos créditos. Esta responsabilidad surgirá cuando los administradores concursales hayan contraído nuevas deudas sabiendo que la masa del concurso es insuficiente para pagarlas. Deben cumplirse tres requisitos para que surja esta obligación de pago de los administradores concursales: el primero de ellos es que el crédito tiene que haber nacido como consecuencia de un acto u omisión de los administradores concursales, por lo que estos no responderán por la imposibilidad de

⁵⁷ Realiza una sistematización de estos supuestos AA.VV. (dirs. Rojo, A. y Beltrán E.) *Comentario... cit.*, pp. 737 y ss.

pago de créditos contra la masa que hubiesen nacido al margen de su voluntad, como son los créditos salariales de los últimos tres meses, las costas y gastos judiciales, los créditos por alimentos. En segundo lugar, el crédito debe haber quedado total o parcialmente insatisfecho por falta de bienes en la masa activa. En último lugar, la constitución de la nueva obligación contra la masa tiene que haber sido culpable, es decir, los administradores concursales conocían o debían haber conocido que la deuda no iba a poder ser satisfecha.

La segunda categoría se basa en la responsabilidad por daños a los titulares de bienes y derechos separables de la masa. Se trata de una responsabilidad frente a los propietarios de bienes que se encontraban en poder del concursado en el momento de la declaración del concurso y que por ello deban separarse de la masa activa (artículo 80 LC). Los administradores concursales responderán del deterioro que sufran los bienes mientras se encuentren bajo el cuidado de la administración concursal siempre que el deterioro sea debido a un acto u omisión negligente.

Surgirá también responsabilidad cuando sea imposible separar esos bienes por culpa de la administración concursal. Esto sucederá cuando hubiesen vendido bienes o derechos susceptibles de separación a terceros de quien no puedan reivindicarse a pesar de que conocían o podían conocer que estos bienes no pertenecían o podían no pertenecer al deudor concursado.

La última categoría que establece el autor se refiere a la responsabilidad por daños a los titulares de bienes y derechos embargados. Esta responsabilidad surgirá cuando los administradores concursales causen daños a los administradores o liquidadores del deudor persona jurídica cuando el Juez hubiese ordenado el embargo de bienes y derechos de éstos a petición de la administración concursal (artículo 48 ter LC). También surgirá responsabilidad cuando los administradores no hubiesen solicitado el alzamiento del embargo a pesar de conocer que las razones para ello habían desaparecido.

En cuanto a la determinación cuantitativa del daño, debemos seguir las reglas generales del Derecho civil común. Habrá que tener en cuenta el valor del bien o derecho objeto de perjuicio y las circunstancias en que se haya declarado la responsabilidad. Así, por ejemplo habrá de tomarse en consideración si ha existido dolo ya que, atendiendo a las reglas de responsabilidad civil contenidas en los artículos 1902 y siguientes del Código Civil, en casos de negligencia la indemnización podría ser moderada por los tribunales

atendiendo al caso concreto, mientras que en los supuestos de dolo esto no ocurrirá. Además, al estar en una perspectiva concursal, es necesario tener en cuenta el momento y la situación en que se produzca el daño; ya que, en el caso del daño patrimonial producido a un acreedor por no haberle incluido en la lista de acreedores, por ejemplo, la valoración de este daño no será la misma si ya se han liquidado los bienes de la masa activa, puesto que el daño no se puede reparar por no haber más bienes a repartir; que si todavía estamos en la fase común, donde todavía hay posibilidad de incluir el crédito en la lista de acreedores y, por tanto, puede verse satisfecho.

Por último, debemos analizar qué tipo de daños serían indemnizables por la acción de responsabilidad del artículo 36 LC. Siguiendo con lo dispuesto en el artículo 1106 CC, podemos afirmar que la indemnización por daños comprenderá no sólo el valor de la pérdida sufrida, sino también la ganancia que se haya dejado de obtener. Es decir, serían indemnizables el daño emergente, el lucro cesante y, en su caso, los daños morales derivados del daño⁵⁸.

5. RELACIÓN DE CAUSALIDAD

Por último, para que pueda exigirse la responsabilidad a los administradores es necesario que entre su conducta y el daño exista un nexo de causalidad. En este punto, cabe decir que ningún apartado del artículo 36 menciona la exigencia de esta relación de causalidad, pero debemos tener en cuenta que el nexo causal es siempre un elemento de la responsabilidad civil por lo que en el caso que nos ocupa también se va a exigir su concurrencia.

La relación de causalidad implica que entre el daño producido y la conducta ilícita culpable del administrador concursal debe existir un nexo adecuado que permita la imputación del resultado a los sujetos a los que se les exige responsabilidad.

A primera vista, puede parecer que la prueba del nexo causal es una cuestión sencilla de resolver ya que el problema se centraría en determinar si la conducta del administrador concursal tuvo la suficiente entidad como para provocar el resultado dañoso y si esos hechos dañosos pueden serle imputables en su totalidad al administrador concursal (en este punto entraría en juego la posible concurrencia de hechos fortuitos o de fuerza mayor). No obstante, en la práctica, la prueba del nexo causal puede ser verdaderamente

⁵⁸ En este sentido, ROMERO FERNÁNDEZ, J. A., *Aproximación al estudio...cit.*, pp. 93 y ss.; ROCA GUILLAMÓN, J., «Responsabilidad de los... », *cit.*, p. 110.

difícil cuando nos encontremos ante una concurrencia de causas: existencia de administradores concursales sucesivos, interferencia de otro órgano concursal (del Juez por ejemplo), o de partes interesadas en el procedimiento (deudor persona física o los órganos de administración del deudor persona jurídica, acreedores, terceros), etc. Tal y como apunta QUIJANO GONZÁLEZ⁵⁹, «las posibilidades de concausalidad en la producción del daño a la masa son ciertamente amplias y difícilmente podrán ser tratadas con criterios homogéneos. Dependerá del impacto estimado en cada caso y conducirán a soluciones diversas; unas veces ampliarán el círculo de responsables, otras, moderarán la cuantía indemnizable por los administradores concursales otras, en fin, podrán llegar a excluir la responsabilidad de los administradores concursales y desplazarla a otras instancias, en casos particularmente graves».

Es decir, a la hora de apreciar la existencia del nexo causal, tal y como se hace en los casos de responsabilidad de los administradores sociales, se ha de apreciar el origen del daño y la medida en la acción u omisión del administrador concursal ha contribuido a producirlo, sin excluir la hipótesis de exclusión de responsabilidad por culpa exclusiva del perjudicado o por insignificancia de la actuación que se está enjuiciando⁶⁰.

El Juez, a la hora de resolver el caso y fijar el *quantum* indemnizatorio deberá tener en cuenta que, tal y como recoge el artículo 1107 CC, el administrador concursal sólo responderá del daño que sea consecuencia necesaria de su actuación, salvo que medie dolo, en cuyo caso la responsabilidad se agravará y responderá de todos los daños que se deriven de su actuación.

Como se ha dicho anteriormente, la acción individual del apartado sexto del artículo 36 LC se refiere a daños directos en el patrimonio del deudor, de un acreedor o de un tercero; mientras que la acción concursal se refiere a daños patrimoniales a la masa activa del concurso. Por ello, si estamos ante una actuación del administrador concursal que haya lesionado directamente la masa activa del concurso e indirectamente el patrimonio del deudor, de un acreedor o de un tercero solo podrá ejercitarse la acción concursal y no la individual debido a que no concurre el requisito adicional que ha de probarse para ejercitar la acción individual de responsabilidad: el carácter de

⁵⁹ QUIJANO GONZÁLEZ, J., «La responsabilidad... », *cit.*, p. 30. Aunque el autor habla de daños causados a la masa, su opinión es perfectamente extrapolable a los daños en el patrimonio del deudor, de un acreedor o de un tercero.

⁶⁰ En este sentido, véase AA.VV. (dirs. Rojo, A y Beltrán, E.), *Comentario de la Ley de sociedades...cit.*, p. 1698.

perjudicado directo. Debemos darnos cuenta que en los supuestos de lesión de la masa activa siempre se va a causar un daño a los acreedores; sin embargo, el daño al acreedor es indirecto por lo que no podrá ejercitar la acción individual de responsabilidad. Se trata de que la actuación del administrador concursal haya sido la causa principal y directa de los daños verificados en el patrimonio del deudor, de un acreedor o de un tercero⁶¹.

V. SUJETOS RESPONSABLES

1. CUESTIONES PREVIAS

Antes de abordar el tema relativo a los sujetos responsables, es preciso analizar cuál es la composición de la administración concursal debido a que, como se ha dicho al tratar el tema de los caracteres de la responsabilidad, nos encontramos ante una responsabilidad personal.

Cuando se promulgó la Ley Concursal, se apostó, como regla general, por configurar la administración concursal como un órgano trimembre que integrase en su seno a un abogado con una experiencia profesional mínima de cinco años; un auditor de cuentas, un economista o titulado mercantil con una experiencia profesional de al menos cinco años de ejercicio efectivo, y un acreedor titular de un crédito ordinario o con privilegio general, que no estuviera garantizado. El legislador optó, por tanto, por la existencia de un órgano colegiado que combinara la profesionalidad de sus miembros con la representación de la parte acreedora.

Desde la reforma de la Ley Concursal por la Ley 38/2011 de 10 de octubre, se abandona el sistema original de órgano colegiado integrado por tres miembros y la regla general es que la administración concursal se configure como un órgano unipersonal formado por una persona física (abogado en ejercicio con una experiencia profesional superior a cinco años con formación en Derecho Concursal; economista, titulado mercantil o auditor de cuentas con cinco años de experiencia profesional con especialización en el ámbito concursal) o persona jurídica (siempre que esté integrada por, al menos, un abogado en ejercicio y un economista, auditor de cuentas o titulado mercantil), que

⁶¹ Para el ámbito de la acción individual de responsabilidad del administrador de sociedad, perfectamente aplicable al caso de la acción individual de responsabilidad del administrador concursal por analogía, véase, ALONSO ESPINOSA, F.J., «La responsabilidad civil del administrador... » *cit.*, p. 118.

habrá de designar a una persona física que la represente en el ejercicio del cargo de administrador concursal. No obstante, en los concursos de especial trascendencia, la Ley permitía al Juez del concurso nombrar, además del administrador concursal profesional, un segundo administrador que había de ostentar la condición de acreedor titular de créditos ordinarios o con privilegio general no garantizado, representante legal de los trabajadores o bien ser una Administración Pública o entidad de Derecho Público vinculada o dependiente de ella.

Se observa que, mediante esta reforma, el legislador buscaba el abaratamiento de los costes derivados del concurso, así como lograr una mayor profesionalización de la administración concursal, en detrimento de la participación de la parte acreedora en el concurso. Como consecuencia de esta búsqueda de profesionalización, vemos que se introduce la posibilidad de que la administración concursal esté compuesta por una persona jurídica (sociedades profesionales experimentadas en cuestiones concursales).

Tras la reforma de la Ley Concursal por la Ley 17/2014 de 30 de septiembre, se elimina la mención a los concursos de especial trascendencia y únicamente se habla de concursos de interés público (artículo 27.7 LC), en los que el Juez podrá nombrar, como segundo administrador concursal, a una Administración Pública acreedora o a una entidad de Derecho Público acreedora vinculada o dependiente de ella. En este supuesto, la representación de la Administración deberá recaer sobre algún empleado público con titulación universitaria que desempeñe sus funciones en el ámbito jurídico o económico, y su régimen de responsabilidad será el específico de la legislación administrativa. En estos casos, la representación de la administración concursal frente a terceros recaerá sobre el primer administrador concursal. No obstante, tal y como se establece en la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 17/2014, dicha modificación no va a entrar en vigor hasta que se desarrolle reglamentariamente (algo que todavía no ha sucedido) por lo que actualmente, todavía es posible que el Juez nombre como segundo administrador concursal a los sujetos anteriormente mencionados (acreedor titular de créditos ordinarios, representante legal de los trabajadores o Administración Pública).

A su vez, debemos tener en cuenta que, para el supuesto de concurso de una entidad de crédito o una aseguradora, el Juez nombrará al administrador concursal de entre los propuestos por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria o el Consorcio de Compensación de Seguros respectivamente. Igualmente, nombrará administradores de

entre los propuestos por la Comisión Nacional del Mercado de Valores cuando se trate de concursos de entidades sujetas respectivamente a su supervisión.

Asimismo, también debemos tener en cuenta que, dentro de la administración concursal podemos encontrar otro tipo de sujetos distintos del administrador concursal: los auxiliares delegados; a los que también se les va a aplicar el régimen de responsabilidad del artículo 36 LC, tal y como establece el artículo 31.3 de dicha Ley. Sin olvidar que una vez declarada la responsabilidad de estos sujetos, el administrador concursal también responde de forma solidaria (artículo 36.2 LC).

Por último, no podemos olvidar la posible existencia, dentro de la administración concursal, de los administradores concursales de hecho, que son aquellos sujetos que, sin contar con un nombramiento válido y eficaz ejercen funciones propias del cargo como si fuesen administradores concursales de derecho. Por ello, pese a no ser «auténticos» administradores concursales de derecho, quedarán sometidos al régimen de responsabilidad del artículo 36 LC.

2. REGLA GENERAL: UN ÚNICO ADMINISTRADOR CONCURSAL RESPONSABLE

El administrador concursal es el legitimado pasivo directo cuando se dan los requisitos necesarios para ejercitar la acción de responsabilidad.

Los legitimados activamente, podrían ejercitar la acción de responsabilidad tanto contra los administradores actuales, los anteriores o los sucesivos, en caso de que hubiese habido sustitución por separación o dimisión y nuevo nombramiento.

3. EL ADMINISTRADOR CONCURSAL DE HECHO

Al hablar de la responsabilidad del administrador concursal cabe plantearse la posible existencia de administradores concursales de hecho y su posible responsabilidad al amparo del artículo 36 LC. El administrador concursal de hecho sería aquél con nombramiento viciado, el administrador concursal cesado que continúa indebidamente ejerciendo las funciones, la persona que se integra en la administración concursal sin nombramiento o la persona que actúa como administrador concursal ejerciendo influencia determinante aun sin integrarse en el órgano concursal.

En estos supuestos, cabría aplicar el régimen de responsabilidad derivado del artículo 36 ya que el administrador de hecho actuaba como un auténtico administrador concursal y, por tanto, debía cumplir con los deberes que un administrador concursal de derecho hubiese tenido (aplicación analógica de deberes)⁶².

Tal y como ocurre en el ámbito de las sociedades de capital, los administradores concursales de hecho no desplazarían su responsabilidad por daños del administrador concursal de derecho; más bien estaríamos ante un supuesto de responsabilidad solidaria entre unos y otros; sin perjuicio de la posible existencia de un derecho de repetición⁶³.

4. LOS SUPUESTOS DE ADMINISTRACIÓN CONCURSAL PLURAL

Tal y como se ha explicado en el subapartado titulado «Cuestiones previas» tras la reforma de la Ley Concursal por la Ley 38/2011, como regla general, la administración concursal estará integrada por un solo miembro, salvo en supuestos de concurso de especial transcendencia en los que el Juez nombrará, además del administrador concursal profesional, a otro administrador. La Ley 17/2014 de 30 de septiembre, aunque eliminando la mención a los concursos de especial transcendencia, deja abierta la posibilidad a una administración concursal bimembre. Por ello, se van a analizar las diferentes situaciones que se podrían dar en relación con la responsabilidad de los sujetos integradores de la administración concursal.

En caso de que nos encontremos ante una administración concursal formada por un miembro profesional y un acreedor no sería ilógico pensar que entre ambos podría existir una responsabilidad solidaria, tal y como se establecía en el apartado 2 del artículo 36 LC en su redacción original. Esto es así porque para lograr un acuerdo en el seno de la administración concursal, sería necesario el consentimiento de ambos miembros de la administración concursal. Por ello, la responsabilidad sería solidaria, sin perjuicio del derecho de repetición que ostentaría cada uno de ellos frente al otro⁶⁴.

⁶² En este sentido, véase QUIJANO GONZÁLEZ, J., «La responsabilidad...», *cit.*, p. 34. No obstante, hay autores que opinan que el régimen de responsabilidad del artículo 36 no sería aplicable y, ante los daños y perjuicios causados por estos sujetos, habría que acudir al régimen civil correspondiente (derivado de los artículos 1101 y 1902 del CC).

⁶³ AA.VV. (dirs. Rojo, A y Beltrán, E.), *Comentario de la Ley de sociedades... cit.*, p. 1695.

⁶⁴ AA.VV. (dirs. Pulgar Ezquerro, J., Alonso Ureba, A., Alonso Ledesma, C. y Alcocer Garau, G.), *Comentarios a... cit.*, p. 1805.

Como se ha dicho, el artículo 27 LC posibilita que el acreedor nombrado administrador concursal sea una Administración Pública o entidad de Derecho Público vinculada. Posibilidad ésta que seguirá vigente cuando entre en vigor la reforma operada por la Ley 17/2014 de 30 de septiembre. En este supuesto, la representación de la Administración deberá recaer sobre algún empleado público con titulación universitaria, que desempeñe sus funciones en el ámbito jurídico o económico, y su régimen de responsabilidad será el específico de la legislación administrativa. Se observa, por tanto, que la responsabilidad que pueda surgir en el plano concursal se va a someter a la disciplina administrativa en términos de relaciones internas del empleado público con la Administración.

A su vez, cabe decir que en caso de incurrir en responsabilidad los administradores concursales, entre ambos (Administración pública y administrador profesional) existirá una responsabilidad solidaria.

Además, podríamos decir que en caso de que ambos administradores fuesen declarados responsables, existiría una responsabilidad solidaria entre la Administración Pública administrador concursal y el empleado que le representa tal y como ocurriría si el administrador profesional fuese una persona jurídica (esta cuestión se analizará más adelante). Sin perjuicio de que una vez que la Administración hubiese hecho frente al pago de la indemnización, podría ejercer un derecho de regreso frente a su empleado al amparo del artículo 145.2 de la Ley 30/1992⁶⁵.

En segundo lugar, el artículo 27 deja la posibilidad de que sea nombrado, como segundo administrador concursal, un profesional designado por la representación legal de los trabajadores. En este caso, entre la persona designada y el otro administrador concursal existiría responsabilidad solidaria ya que para la toma de decisiones mancomunadas se requiere el acuerdo de ambos administradores. Sin embargo, no está tan claro que exista una responsabilidad solidaria entre los integrantes de la representación legal de los trabajadores y el profesional designado para ejercer el cargo, ya que entre ellos no existe una relación de representación como la que se da en el caso de que una persona jurídica administrador concursal designe a otra persona física para que ejerza el cargo⁶⁶.

⁶⁵ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE núm. 285, de 27/11/1992).

⁶⁶ En este sentido, véase AA.VV. (dirs. Pulgar Ezquerro, J., Alonso Ureba, A., Alonso Ledesma, C. y Alcocer Garau, G.), *Comentarios a... cit.*, p. 1803.

Por último, cabe decir que en los supuesto de designación excepcional que recoge el artículo 27 LC (entidades emisoras de valores, entidades de crédito o entidades aseguradoras), no existirá responsabilidad ni de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, ni del Fondo de Garantía de Depósitos ni del Consorcio de compensación respectivamente; ya que el administrador concursal designado por estas entidades no representa a estos entes; únicamente estamos ante una designación cualificada, sin ostentar estas entidades la cualidad de administradores concursales⁶⁷.

En todos estos casos de administración concursal plural donde ambos administradores son obligados solidarios implica que, ante el perjudicado, ambos administradores concursales son responsables del daño causado en su totalidad; es decir, la responsabilidad judicialmente declarada se extenderá al total del *quantum* de la indemnización establecida. Esto permite al perjudicado dirigir su acción indistintamente contra uno de los administradores solidarios o contra todos. No obstante, cabe decir que el hecho de que exista una responsabilidad solidaria de todos los miembros de la administración concursal no implica que sean codeudores de la obligación por partes iguales. Es decir, en el orden interno, cada uno de los administradores concursales habrá de responder según la cuota que a cada uno le corresponda según su grado de participación en la producción del daño⁶⁸.

5. EL ADMINISTRADOR CONCURSAL PERSONA JURÍDICA

El artículo 27 LC establece la posibilidad de que el nombramiento como administrador concursal recaiga sobre una persona jurídica, que deberá designar a una persona natural que vaya a representarla a lo largo de todo el proceso (artículo 30 LC). Ante esta situación, cabe plantearnos quién sería el potencial responsable a efectos de aplicación del artículo 36 LC; la persona jurídica o la persona natural representante.

El artículo 30.3 LC nos dice que a la persona natural designada le será de aplicación el mismo régimen de responsabilidad establecido para los administradores concursales. Este hecho no implica que desaparezca la posible responsabilidad de la persona jurídica, que es quien verdaderamente ostenta el cargo de administrador concursal. Lo que ocurrirá en estos supuestos es que la responsabilidad de la persona natural se añadirá a

⁶⁷ En este sentido, véase AA.VV. (dirs. Pulgar Ezquerria, J., Alonso Ureba, A., Alonso Ledesma, C. y Alcocer Garau, G.), *Comentarios a... cit.*, p. 1808.

⁶⁸ ALONSO ESPINOSA, F.J., «La responsabilidad civil del administrador... » *cit.*, pp. 79 y ss.

la responsabilidad de la persona jurídica; por tanto, estaremos ante un supuesto de responsabilidad solidaria⁶⁹.

No obstante, una vez que las indemnizaciones por daños a la masa, al deudor, al acreedor o a un tercero hayan sido satisfechas, cabrá un derecho de repetición entre aquellas personas que hayan sido coobligadas solidarias. A la hora de decidir sobre la existencia o no de este derecho de repetición es cuando se deben tener en cuenta las circunstancias del caso concreto para distribuir adecuadamente la indemnización entre los obligados solidariamente. Las circunstancias que podrían ser determinantes en este punto podrían ser si la persona natural actuó siguiendo instrucciones de la persona jurídica, o por el contrario adoptó decisiones negligentes sin consulta previa o contrarias a las instrucciones de la persona jurídica administrador concursal. Sin embargo, cabe advertir que para el juez del concurso, determinar la contribución que ha tenido cada uno de los sujetos (administrador persona jurídica y persona física representante) en la causación del daño no es una tarea fácil ya que incluso en los supuestos en que el representante persona física hubiese seguido estrictamente las instrucciones del administrador concursal persona jurídica, podría pensarse que el representante habría incurrido en responsabilidad debido a que los deberes de lealtad y diligencia que impone el artículo 35 LC le obligan a no obedecer aquellas instrucciones que resulten lesivas para la sociedad en concurso⁷⁰.

Tal y como se afirma en el ámbito de la responsabilidad de los administradores sociales, y que considero perfectamente aplicable al supuesto que nos ocupa por analogía, el fundamento de este derecho de repetición se encuentra en la necesidad de evitar el enriquecimiento injusto del representante que ha visto que otro ente resarcía el daño que había causado él; no por ánimo de liberalidad, sino porque la Ley así lo ha impuesto⁷¹. A su vez, a la hora de plantearse la posible existencia de este derecho de repetición cabe atender a la relación previa existente entre el administrador concursal persona jurídica y su representante persona física. Si el administrador concursal es una sociedad de capital

⁶⁹ De esta opinión, AA.VV. (dirs. Pulgar Ezquerro, J., Alonso Ureba, A., Alonso Ledesma, C. y Alcocer Garau, G.), *Comentarios a...* cit., p. 1803. No obstante, existe un importante sector doctrinal que considera que la responsabilidad sería únicamente del administrador concursal persona jurídica. En este sentido, véase, entre otros entre otros, DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Presupuestos...* cit., p. 55; PACHECO GUEVARA, A., *La administración...* cit., p. 264.

⁷⁰ En este sentido, para el ámbito de la responsabilidad social, HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas. Régimen jurídico y responsabilidad*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 377.

⁷¹ HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración...* cit., pp. 392 y ss.

que nombra como representante a uno de sus administradores sociales este derecho de repetición podría articularse ejerciendo la acción social de responsabilidad del artículo 238 LSC. Sin embargo, si la relación entre la persona jurídica y su representante era laboral, el derecho de repetición descansará en el artículo 1904 CC en relación con el artículo 281 del Código de Comercio que da la posibilidad al empresario que ha satisfecho una indemnización por el daño causado por sus subordinados de repetir contra ellos.

Por último, cabe preguntarnos qué va a ocurrir en el supuesto de que dos o más profesionales desarrollen su actividad de forma colectiva y uno de ellos sea designado como administrador concursal. En este supuesto, debemos entender que el ejercicio del cargo se realiza a título individual y no como persona jurídica, por lo que será esa persona quien pueda incurrir en responsabilidad⁷².

6. LOS AUXILIARES DELEGADOS

Los auxiliares delegados son profesionales a los que puede acudir la administración concursal cuando así lo requiera la complejidad del procedimiento, atendiendo a la necesidad de una mayor especialización técnica para resolver cualquier tema relacionado con el concurso.

En la redacción original de la Ley Concursal, eran los propios administradores concursales quienes debían solicitar al Juez el nombramiento de auxiliares delegados para así poder «descargarse» de funciones. Sin embargo, la Ley 38/2011 de reforma de la Ley Concursal introdujo, en el artículo 31 (antiguo artículo 32), la posibilidad de que sea el propio Juez quien nombre a un auxiliar delegado que ostente una profesión diferente a la del administrador concursal. Además, el artículo anteriormente mencionado establece algunos supuestos en los que el nombramiento del auxiliar delegado será obligatorio y no potestativo.

El artículo 36.2 LC establece una responsabilidad solidaria del administrador concursal por los actos y omisiones lesivos de los auxiliares delegados. El hecho de que la ley establezca una responsabilidad solidaria de los administradores concursales por los hechos de sus auxiliares delegados puede parecer coherente, ya que los auxiliares delegados no sustituyen ni reemplazan a los administradores concursales. Se advierte

⁷² En este sentido, véase AA.VV. (dirs. Pulgar Ezquerro, J., Alonso Ureba, A., Alonso Ledesma, C. y Alcocer Garau, G.), *Comentarios a... cit.*, p. 1804.

que la Ley Concursal coloca, a efectos de responsabilidad, al mismo nivel a los auxiliares delegados y a los administradores concursales.

Se observa que en la Ley no se prevé la regla de la solidaridad en el caso de que hubiese varios auxiliares delegados. No obstante, podríamos llegar a la conclusión de que responden de forma solidaria si tuvieran facultades delegadas atribuidas de forma conjunta.

Aunque parezca una cuestión sin importancia, conviene resaltar que para que surja la responsabilidad del administrador concursal por la actuación de los auxiliares delegados tiene que verificarse la responsabilidad personal de un auxiliar delegado. Es decir, será necesario que algún auxiliar delegado hubiera realizado, en el ejercicio de las funciones propias del cargo, un acto u omisión contrario a la ley o sin la diligencia debida y que este acto u omisión hubiera causado un daño patrimonial a la masa, al deudor, a un acreedor o a un tercero (mismos presupuestos que se recogen para que surja la responsabilidad del propio administrador concursal).

Solo en ese supuesto, los administradores concursales responderán solidariamente con el auxiliar delegado por el daño causado salvo que prueben haber empleado toda la diligencia debida para prevenir y evitar el daño. La prueba de haber empleado toda la diligencia debida podría consistir en que los administradores concursales impartan a los auxiliares delegados las órdenes o instrucciones necesarias para que cumplan correctamente las funciones encomendadas; supervisen la actuación de los auxiliares delegados y les adviertan cuando observen que dicha actuación es inadecuada; así como solicitar al Juez del concurso la revocación del nombramiento como auxiliar delegado para impedir que sigan actuando indebidamente⁷³.

Al analizar la responsabilidad solidaria que se establece en el artículo 36.2, la doctrina⁷⁴ ha tratado de justificarla bajo el criterio de la culpa *in eligendo*. Es decir, se ha llegado a afirmar que dado que eran los propios administradores concursales quienes elegían a las personas que iban a ostentar el cargo de auxiliar delegado, si éstos llevaban a cabo actos u omisiones que causaran un daño, los propios administradores concursales serían responsables por haber elegido mal a los auxiliares, por haber propuesto al Juez unos auxiliares incompetentes.

⁷³ Véase AA.VV. (dirs. Rojo, A. y Beltrán E.) *Comentario... cit.*, p. 739.

⁷⁴ En este sentido véase AA.VV. (coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), *Comentarios a...cit.*, p. 340; ROCA GUILLAMÓN, J., « Responsabilidad de los... », *cit.*, p. 104.

Sin embargo, la justificación de la responsabilidad en una culpa *in eligendo*, o más bien *in proponiendo*, no va a estar presente en todos los casos por igual ya que tras la reforma de la Ley concursal en el año 2011, la iniciativa del nombramiento de un auxiliar delegado puede partir del propio Juez quien, de *motu proprio* o por mandato de ley designe a un auxiliar delegado sin tener en cuenta lo que opine la administración concursal⁷⁵. En estos casos, no podríamos decir que la responsabilidad de los administradores concursales surge por existir una culpa *in eligendo*, sino que quedaría justificada por el deber de la administración de controlar la labor del auxiliar delegado, por tanto, estaríamos ante supuestos de culpa *in vigilando*.

Por último, debemos apuntar que esa responsabilidad solidaria que establece el artículo 36.2 es frente a los legitimados activamente. No se excluye, por tanto, la posibilidad de que los administradores concursales que han debido responder junto con sus auxiliares puedan repercutir a éstos internamente el pago al que hayan tenido que hacer frente⁷⁶.

7. LOS EXPERTOS INDEPENDIENTES

Los expertos independientes serían otro tipo de sujetos que pueden intervenir en un concurso y que, por tanto, pueden generar una responsabilidad civil por sus actuaciones. Los asesores expertos independientes pueden ser nombrados por el Juez a propuesta de los administradores para el desempeño de funciones de estimación de valores de bienes y derechos o la viabilidad de las acciones recogidas en el artículo 82 LC. Es decir, si la administración concursal lo considera necesario, propondrá al Juez el nombramiento de estos expertos independientes y los términos del encargo. El Juez, a la hora de decidir si procede al nombramiento o no, deberá valorar la dificultad de la tarea que se les va a encomendar.

En el ejercicio de sus funciones, estos expertos independientes podrán incurrir en responsabilidad por los daños causados a la masa, al deudor, a un acreedor o a un tercero pero no se les aplicará la responsabilidad del artículo 36 LC sino la responsabilidad del artículo 83 LC⁷⁷. Y, además, los administradores concursales no

⁷⁵ Véase MARTÍNEZ SANZ, F., «Responsabilidad civil y penal de los administradores concursales», en *Revista Anuario de Derecho Concursal*, núm. 31, 2014, p. 73.

⁷⁶ Véase ROCA GUILLAMÓN, J., « Responsabilidad de los... », *cit.*, p. 104.

⁷⁷ Comparten esta opinión ROCA GUILLAMÓN, J., « Responsabilidad de los... », *cit.*, p. 105; y DÍAZ ECHEGARAY, J.L. *Presupuestos... cit.*, p. 56.

responderán solidariamente con los expertos independientes debido a que dichos sujetos llevan a cabo una labor que se escapa de los conocimientos del administrador concursal.

VI. ASPECTOS PROCESALES

Al analizar los aspectos procesales de la acción individual de responsabilidad, se va a realizar una comparativa con la acción concursal en aspectos como el tipo de procedimiento, el órgano competente, la legitimación activa y el plazo de prescripción de la acción.

En cuanto al tipo de procedimiento, el artículo 36.3 LC establece que la acción de responsabilidad se debe sustanciar a través de los trámites del juicio declarativo correspondiente (juicio ordinario o verbal en función de la cuantía). Esta regla supone una excepción al régimen general según el cual las cuestiones suscitadas durante el concurso se deben ventilar a través de un incidente concursal⁷⁸. Entendemos que dicho artículo se refiere a ambas acciones de responsabilidad por lo que aquí no habría diferencias entre una acción y otra.

Respecto al órgano que debe conocer, el artículo 36.3 LC establece que la acción de responsabilidad se debe sustanciar ante el Juez que conozca o haya conocido del concurso. Sin embargo, no existe acuerdo doctrinal respecto si tal precepto se refiere tanto a la acción concursal de responsabilidad, como a la acción individual o solo a la primera de ellas. Me inclino a favor de la primera opción; el Juez del concurso es quien debe conocer de ambas acciones ya que considero que el legislador, al introducir este apartado en el artículo 36 LC buscaba concentrar en el mismo juzgado todas las cuestiones relacionadas con el concurso⁷⁹.

⁷⁸ En opinión de algunos autores, como PACHECO GUEVARA, A., *La administración... cit.*, p. 277; «no resulta tan claro que deban desplazarse del incidente judicial las acciones de responsabilidad por daños a la masa, pues éstas incuestionablemente afectan a los intereses comunes y, por ende, debieran quedar vinculadas por la concentración exigida por el carácter universal del concurso».

⁷⁹ En este sentido, AA.VV. (coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), *Comentarios a...cit.*, p. 342, entiende que «la explicación a esta unificación de órganos se encuentra en la voluntad del legislador de concentrar en el mismo Juzgado todas las cuestiones relacionadas con el concurso». No obstante, hay otra corriente doctrinal, entre otros, ROCA GUILLAMÓN, J., « Responsabilidad de los... », *cit.*, pp. 116 y ss. ; AA.VV. (dir. Prendes Carril, P.), *Tratado Práctico concursal*, t. I: Calificación del concurso, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 844, PACHECO GUEVARA, A., *La administración... cit.*, p. 276, que consideran que este precepto está referido únicamente a la acción concursal colectiva (por daños a la masa concursal) y no a la acción individual por daños al patrimonio del deudor, acreedores o terceros. Consideran que el órgano competente para conocer de la acción de responsabilidad individual debiera ser elegido siguiendo las normas generales de competencia objetiva y territorial. No obstante, entienden que,

Podríamos plantearnos la posible existencia de un conflicto de intereses para el Juez del concurso que debe resolver la acción de responsabilidad, y es que a primera vista, podríamos pensar que es difícil que el Juez que depositó su confianza en un determinado profesional nombrándolo administrador concursal vaya a estar dispuesto a dictar una sentencia condenatoria sobre aquella persona que ha sido su colaborador hasta ese momento. Sin embargo, el Juez del concurso es quien mejor conoce todos los hechos que han rodeado desarrollo del concurso y, además no parece que haya de existir ningún problema en que condene a aquella persona que ha traicionado su confianza⁸⁰.

En cuanto al plazo de prescripción de la acción de responsabilidad, el apartado cuarto del artículo 36 establece un plazo de cuatro años. Sin embargo, la Ley no aclara si dicho plazo de cuatro años se aplica sólo a la acción concursal o también a la acción individual a falta de establecimiento en el propio artículo 36 de otro plazo distinto. Personalmente, considero que el plazo prescriptivo de cuatro años es aplicable a ambas acciones, ya que tanto la acción individual como la concursal van dirigidas a exigir responsabilidades a los administradores concursales; y teniendo en cuenta que el apartado cuarto del artículo 36 LC no hace distinción alguna en cuanto al plazo de prescripción, debe aplicarse el plazo de cuatro años a ambas acciones⁸¹. Además, debemos tener en cuenta que, para las acciones de responsabilidad de los administradores sociales, se ha introducido, en el año 2014, un plazo de prescripción de cuatro años⁸² tanto para la acción individual como para la acción social de responsabilidad; dando solución al debate doctrinal que había existido hasta entonces.

en la práctica, acabará conociendo del asunto el Juez de lo mercantil por acumulación o por coetaneidad de la petición de resarcimiento de la masa.

⁸⁰Véase MARTÍNEZ SANZ, F., «Responsabilidad civil y penal... » *cit.*, pp. 74 y ss.

⁸¹ En este sentido, ROMERO FERNÁNDEZ, J. A., *Aproximación al estudio...cit.*, p. 154; AA.VV. (coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), *Comentarios a...cit.*, p. 342. No obstante, existen autores, véase entre otros ROCA GUILLAMÓN, J., « Responsabilidad de los... », *cit.*, pp. 117 y ss.; QUIJANO GONZÁLEZ, J., «La responsabilidad... », *cit.*, pp. 51 y ss.; AA.VV. (dir. Prendes Carril, P.), *Tratado Práctico...cit.*, p. 844 que consideran que la acción individual no está sometida al régimen de cuatro años sino a las reglas generales de prescripción. Es decir, el plazo sería de quince años si estuviésemos ante un daño derivado de una relación contractual o de un año si la relación previa fuese extracontractual (artículos 1964 y 1968 del Código Civil). Para respaldar esta opinión, MARTÍNEZ SANZ, F., «Responsabilidad civil y penal... » *cit.*, p. 82 afirma que si acudimos al artículo 9 del Real Decreto 133/2012, de 21 de septiembre por el que se regula el seguro de responsabilidad civil y la garantía equivalente de los administradores concursales, se observa que, en su apartado 1 habla de un plazo de prescripción cuando parece referirse a la acción concursal del artículo 36.1 y de un plazo de un año si nos encontramos ante la acción individual por responsabilidad, lo que llevaría a pensar que el plazo prescriptivo para ambas acciones es diferente

⁸² Artículo 241 bis de la Ley de Sociedades de Capital introducido por el artículo único 22 de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre (BOE núm. 293, de 4 de diciembre de 2014).

Teniendo en cuenta el gran parecido que presenta el régimen de responsabilidad social y el concursal, podríamos pensar que, por analogía con esta regulación, lo más razonable sería que en el plano concursal, el plazo de prescripción de ambas acciones fuese también el mismo; es decir, cuatro años.

No obstante, considero que por razones de seguridad jurídica, sería recomendable, o bien añadir en el apartado sexto del artículo 36 LC que el plazo de prescripción va a ser el del apartado cuarto, o bien establecer un plazo distinto expresamente; algo que ya se intentó, sin éxito, en las enmiendas a la Ley Concursal, en concreto en la enmienda número 15⁸³.

Respecto del momento en que se inicia el cómputo del plazo prescriptivo, la Ley concursal, en su artículo 36.4 establece dos criterios para la determinación del *dies a quo*; uno subjetivo: el conocimiento del daño por parte del actor, y otro objetivo: la cesación en el cargo de los administradores concursales/ auxiliares delegados.

La Ley, en la redacción del apartado mencionado, considera aplicable, en primer lugar, el criterio subjetivo, aunque no de una forma excluyente. Esto implica que el deudor, los acreedores o los terceros puedan interponer una acción de responsabilidad desde el momento en que conozcan que se está produciendo una conducta dañosa sin tener que esperar a que los administradores concursales cesen en su cargo.

A su vez, si los sujetos legitimados activamente para interponer la acción desconociesen la existencia de la conducta dañina, el criterio objetivo (momento de la cesación del cargo) actuaría como criterio determinante del momento de inicio del plazo de prescripción.

Para el supuesto de que se aplique el criterio objetivo, el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción será la fecha de la sentencia de aprobación del convenio (artículo 133.2 LC), la fecha en que se produzca la firmeza del auto de la Audiencia Provincial que revoque en apelación el auto de declaración del concurso (artículo 176.1.1º LC), la fecha del auto de conclusión del concurso por la íntegra satisfacción de los acreedores (artículo 176.1.3º LC), la fecha del auto de conclusión del concurso por la inexistencia de bienes y derechos del concursado (artículo 176.2.4º LC), la fecha del auto de conclusión del concurso por la firmeza de la resolución que acepte el desistimiento o la

⁸³ Disponible en [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=puw7&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28CDA20021202010115.CODI.%29#\(Página97\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=puw7&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28CDA20021202010115.CODI.%29#(Página97))

renuncia de la totalidad de los acreedores reconocidos (artículo 176.2.5º LC), la fecha del auto por el que se acuerde la separación del cargo por justa causa (artículo 37.3 LC), la fecha del auto de separación del cargo por prolongación indebida de la liquidación (artículo 153 LC). La fecha de la sentencia que resuelva el incidente concursal de recusación a favor del recusante (artículo 33.4 LC) o la fecha de la renuncia por causa grave (artículo 29.3 LC)⁸⁴

Los sujetos pasivos de la acción de responsabilidad serán los administradores concursales/ auxiliares delegados a los que se considere responsables del daño. La acción podrá dirigirse no solo contra los administradores o auxiliares que estuvieren en el ejercicio del cargo sino también contra los que hubiesen cesado con anterioridad por cualquier causa, siempre que no hubieran pasado más de cuatro años desde su cese, ya que en ese caso la acción habrá prescrito.

La legitimación activa para ejercitar la acción de responsabilidad individual recaería en aquellas personas cuyo patrimonio hubiese sido dañado directamente, es decir, deudor, acreedores o terceros (artículo 36.6 LC). Encontramos aquí una gran diferencia con la acción de responsabilidad concursal, en la que están legitimados activamente el deudor y cualquier acreedor (artículo 36.1 LC), e incluso los propios administradores concursales respecto de los administradores concursales que hubiesen sido cesados del cargo⁸⁵.

En cuanto al momento de ejercicio de la acción, se ha afirmado por la doctrina⁸⁶, respecto de la acción concursal, que el deudor podrá ejercitar la acción de responsabilidad contra los administradores concursales durante todo el concurso, tanto si estamos ante un caso de suspensión de sus facultades patrimoniales como si es un caso de intervención. A su vez, el deudor también podría ejercitar esta acción una vez concluido el concurso, atendiendo sin más a las limitaciones que la sentencia firme de

⁸⁴ Véase AA.VV. (dirs. Rojo, A. y Beltrán E.) *Comentario... cit.*, p. 735.

⁸⁵ Aunque no se contempla expresamente en la ley se ha entendido que los propios administradores también estarían legitimados para ejercitar este tipo de acción respecto de los administradores concursales que hubiesen sido cesados del cargo (siempre que éstos hubiesen realizado acciones dañosas para el patrimonio concursal y se diesen los presupuestos para ejercitar la acción). En este sentido, AA.VV. (dirs. Rojo, A. y Beltrán E.) *Comentario... cit.*, p. 734 afirma que «cabría esta posibilidad siempre que la acción se ajustase a las normas sobre ejercicio de acciones del concursado por la administración concursal (artículo 54 LC). Aquella facultad se convierte en un deber cuando ello resulte conveniente para los intereses del concurso (artículo 43 LC)». En este sentido, AA.VV. (dir. Cordon Moreno, F.), *Comentarios a la...cit.*, p. 470.

⁸⁶ AA.VV. (dirs. Rojo, A. y Beltrán E.) *Comentario... cit.*, pp. 733 y ss.

calificación del concurso contenga. No encuentro ningún obstáculo a aplicar este mismo criterio a la acción individual de responsabilidad, por lo que considero que el acreedor perjudicado directamente, el deudor o un tercero podrán ejercitar la acción durante todo el concurso e incluso una vez finalizado siempre que haya superado el plazo de prescripción.

Debemos destacar que, como consecuencia de una sentencia condenatoria en el ejercicio de la acción individual de responsabilidad, no surge un derecho al reembolso de los gastos necesarios soportados con cargo a la indemnización obtenida, como sí ocurre en la acción concursal del artículo 36.1 LC ejercitada por un acreedor (artículo 36.5 LC)⁸⁷.

Por último, cabe abordar la cuestión relativa a quién va a tener que probar la existencia de los presupuestos que dan origen a la responsabilidad ya que el artículo 36 LC no se pronuncia al respecto. Existen autores⁸⁸, que consideran que podría haber una posible inversión de la carga de la prueba si se entiende que la acción de responsabilidad se encuentra favorecida por el criterio jurisprudencial de presunción de culpa, predicado con carácter general para el ámbito de la responsabilidad civil. No obstante, debemos de tener en cuenta que el artículo 217.2 LEC establece que la carga de la prueba corresponde al actor demandante. Además, aunque la documentación en la que se recogen los hechos o acuerdos que dan lugar a la responsabilidad se encuentra, por lo general, en poder de los administradores concursales, esta falta de disponibilidad probatoria no da lugar a la inversión de la carga de la prueba a falta de una norma que

⁸⁷ Según ROMERO FERNÁNDEZ, J. A., *Aproximación al estudio...cit.*, p.141 esta previsión en la ley es «un estímulo a no dejar inmune la actuación de la administración concursal y una medida, a todas luces, positiva ya que la iniciativa de uno o varios acreedores beneficia a todos, incluso al deudor». Respecto de este derecho de reembolso hay que tener en cuenta que la cantidad que percibe el actor acreedor en concepto de reintegro de los gastos necesarios se descuenta de la indemnización que debiera recibir la masa concursal; por lo que la cantidad que finalmente reciba la masa será inferior a la condena. Además, se van a reembolsar los gastos necesarios pero no la cantidad adeudada al acreedor. Asimismo, en caso de que en la sentencia de responsabilidad de los administradores concursales haya condena en costas, este reembolso no se va a dar. Debemos de tener en cuenta que el derecho de reembolso solo nace si la sentencia condena a los administradores concursales a indemnizar por los daños y perjuicios causados, por lo que bastaría con una estimación parcial (condena al pago de daños y perjuicios aunque no sea por el total de lo reclamado) sin que sea necesario una condena total. Además, a la hora de analizar qué se entiende por «gastos necesarios que hubiese soportado el actor», el autor considera que esa necesidad no debe interpretarse en sentido estricto y que deben reembolsarse todos los gastos que razonablemente se realicen con vistas al ejercicio de la acción (gastos de abogado, procurador, informes periciales, tasas de registros públicos...), incluso aunque estos gastos no hayan sido estrictamente necesarios para la resolución del litigio.

⁸⁸ Véase, AA.VV. (dir. Prendes Carril, P.), *Tratado Práctico...cit.*, p. 841.

así lo establezca, aunque esta indisponibilidad probatoria debería ser tenida en cuenta por el Juez (artículo 217.7 Ley Enjuiciamiento Civil)⁸⁹.

VII. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Una vez estudiado el régimen de responsabilidad civil de los administradores concursales, debemos preguntarnos qué ocurre en caso de que se produzca una sentencia condenatoria. La condena de los administradores concursales a indemnizar por los daños producidos no conlleva el cese en el cargo. Sin embargo, el Juez del concurso puede considerar que la condena es justa causa de separación y, por ello, destituir a los condenados, ya sea de oficio o a instancia de cualquiera de las personas legitimadas activamente para solicitar la declaración del concurso o por el resto de miembros de la administración concursal (artículo 37 LC).

A su vez, el hecho de que los administradores concursales sean condenados no va a hacer que pierdan el derecho a la retribución que les corresponda por las funciones realizadas. Tampoco va a suponer la obligación de devolver las cantidades que ya hubiesen percibido.

La condena tampoco supone la inhabilitación temporal para ser nombrado nuevamente administrador en otros concursos posteriores ni es motivo de incapacidad, incompatibilidad o prohibición para ser nombrado administrador concursal (ya que la condena por responsabilidad civil no aparece como una de las causas recogidas en el artículo 28 LC). Personalmente, considero que esta solución que da la Ley Concursal no es acertada ya que en el artículo 28 LC se debería prever, como causa de inhabilitación temporal el hecho de haber sido previamente condenado a indemnizar civilmente por los daños causados en el ejercicio del cargo de administrador.

Por último, cabe decir que la condena tampoco es una causa de recusación del artículo 32 LC. La Ley Concursal, en su artículo 27, tampoco deja abierta la posibilidad de que el Juez del concurso, a la hora de nombrar administradores concursales para otros concursos posteriores, tenga en cuenta su condena previa; ya que el proceso de selección es automático, por orden de lista, por lo que el juez tiene un escaso margen de actuación a la hora del nombramiento.

⁸⁹ DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Presupuestos... cit.*, p. 120.

Por último cabe decir que la indemnización que se fije en la sentencia condenatoria de la acción individual de responsabilidad pasará a formar parte del patrimonio de aquel perjudicado que hubiese interpuesto la acción (deudor, acreedor o tercero) independientemente del momento en que se produzca la condena⁹⁰.

VIII. CONCLUSIONES

Primera.- La inclusión de la acción individual de responsabilidad fue una gran novedad de la Ley 22/2003, Concursal. Los sujetos pasivos de dicha acción de responsabilidad han ido variando al modificarse la composición de la administración concursal por las reformas introducidas en la Ley Concursal por la Ley 38/2011 de 10 de octubre y la Ley 17/2014 de 30 de septiembre.

Segunda. - La regulación del régimen de responsabilidad del administrador concursal se inspira en el régimen de responsabilidad de los administradores de sociedades de capital. Por tanto, algunas cuestiones controvertidas se podrían solucionar haciendo una aplicación analógica de la solución dada en el ámbito societario teniendo en cuenta que estamos ante supuestos diferentes, por lo que habrá que llevar a cabo una importante tarea de adaptación.

Tercera.- La finalidad del régimen de responsabilidad del administrador concursal tiene una función compensatoria, es decir, se concibe como un instrumento para reparar los daños causados en el patrimonio concursal del deudor, de sus acreedores o de los terceros. A su vez, tiene una función normativa o de disciplina ya que busca incentivar el cumplimiento por parte del administrador concursal de los deberes que el ordenamiento le impone en el ejercicio de su cargo y, además, trata de equilibrar el gran poder que tiene el administrador concursal con un riguroso régimen de responsabilidad. No obstante, esta función de disciplina queda desdibujada al exigirse la cobertura de la responsabilidad del administrador concursal mediante la suscripción de un seguro de responsabilidad civil.

Cuarta.- Se trata de una responsabilidad civil resarcitoria que no impide el ejercicio de otro tipo de acciones en otras jurisdicciones. Asimismo, es una responsabilidad legal, ya

⁹⁰ Se observa aquí una diferencia con la acción concursal de responsabilidad en la que el momento en que se produce la condena sí es muy relevante ya que la indemnización consistirá en un crédito a favor de la masa si los administradores concursales son condenados durante el concurso. Sin embargo, si la condena se produce una vez que el concurso está concluido, la indemnización consistirá en un crédito a favor del deudor, que conllevará la reapertura del concurso por aparición de nuevos bienes y derechos.

que es la propia Ley Concursal la que regula el régimen de responsabilidad civil de los administradores concursales. Es una responsabilidad no excluible, modificable o renunciante *ex ante*. A su vez, se trata de una responsabilidad típica, porque es en la propia Ley Concursal donde se recoge que los administradores concursales responderán por los actos y omisiones contrarios a la ley, y atípica porque se hace responsables a los administradores concursales por los daños causados por actos u omisiones realizados sin la diligencia debida (cláusula general abierta). Se trata también de una responsabilidad personal, ya que son los miembros de la administración concursal los sujetos responsables y no el propio órgano concursal; subjetiva ya que la mera constatación de un daño patrimonial no es un presupuesto suficiente para que surja la responsabilidad, sino que es necesario que el daño esté vinculado por una relación de causalidad a un acto u omisión del administrador concursal realizada sin la diligencia debida o que sea contrario a la ley; y orgánica, ya que se deriva de la actuación del administrador en su condición de miembro del órgano concursal en el ejercicio de las funciones que le atribuye la Ley Concursal.

Quinta.- Los presupuestos para el ejercicio de la acción individual de responsabilidad del administrador concursal son los presupuestos básicos para el nacimiento de la responsabilidad civil. En primer lugar, debemos estar ante una acción u omisión antijurídica, es decir, cualquier comportamiento consistente en un «hacer» o en un «no hacer» que sea contrario a la ley (entendida en sentido amplio) o haya sido realizado sin la diligencia debida. A su vez, la conducta ha de ser culpable ya que no estamos ante una responsabilidad objetiva. La conducta antijurídica y culpable debe causar un daño patrimonial en el patrimonio del deudor, de un acreedor o de un tercero. Debe tratarse de un daño directo en el patrimonio de estos sujetos ya que si el perjuicio fuese indirecto o se causase a la masa activa del concurso estaríamos ante la acción concursal de responsabilidad y no ante la acción individual del artículo 36.6 LC. Por último, entre la conducta del administrador y el daño producido debe existir una relación de causalidad.

Sexta.- La Ley Concursal configura la administración concursal, como regla general, como un órgano unipersonal. No obstante, en algunos supuestos regulados en el artículo 27 LC se posibilita la existencia de una administración concursal bímembre. Este hecho hace que podamos encontrar diversos responsables entre los que existe una responsabilidad solidaria, sin perjuicio del derecho de repetición que ostentaría cada uno

de los administradores concursales frente al otro. Es decir, en el orden interno, cada uno de los administradores concursales habrá de responder según la cuota que a cada uno le corresponda según su grado de participación en la producción del daño. A su vez, si el cargo de administrador concursal lo ejerce una persona jurídica, entre este ente y su representante existirá una responsabilidad solidaria frente al tercero perjudicado en caso de declararse la responsabilidad.

Séptima.- La acción de responsabilidad individual se debe sustanciar mediante los trámites del juicio declarativo que corresponda y ante el Juez del concurso.

Octava.- La acción de responsabilidad individual prescribirá a los cuatro años.

Novena.- La declaración de responsabilidad, en contra de lo que cabría esperar, no conlleva el cese en el cargo ni inhabilitación temporal o permanente para volver a ocupar el puesto de administrador concursal. Tampoco se pierde el derecho a retribución. Dada la gravedad de la conducta del administrador concursal que ha sido condenado civilmente, debería incluirse como causa de separación del cargo o inhabilitación la declaración de responsabilidad.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. (coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), *Comentarios a la Ley Concursal*, vol. I, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 325 y ss.
- AA.VV. (coord. Jiménez Sánchez, G. J.), *Derecho mercantil II*, 13ª ed., Ariel, Barcelona, 2010, pp. 892 y ss.
- AA.VV. (dir. Cordón Moreno, F.), *Comentarios a la Ley concursal*, t. I, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 463 y ss.
- AA.VV. (dirs. García Villaverde, R., Alonso Ureba, A. y Pulgar Ezquerra, J.), *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la Reforma Concursal*, Dilex, Madrid, 2003, pp. 224 y ss.
- AA.VV. (dirs. Menéndez A. y Rojo, A.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, vol. II, 12ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2014, p. 527.
- AA.VV. (dir. Prendes Carril, P. y Muñoz Peredes, A.), *Tratado judicial de la insolvencia*, t. I, Madrid, 2012, pp. 727 y ss.
- AA.VV. (dir. Prendes Carril, P.), *Tratado Práctico concursal*, t. I: Calificación del concurso, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 822 y ss.
- AA.VV. (dirs. Pulgar Ezquerra, J., Alonso Ureba, A., Alonso Ledesma, C. y Alcocer Garau, G.), *Comentarios a la legislación concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal)*, t. I, Registradores de España/Dykinson, S.L., Madrid, 2004, pp. 1795 y ss.
- AA.VV. (dir. Quintana Carlo et al.), *Las claves de la ley concursal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 227 y ss.
- AA.VV. (dirs. Rojo, A. y Beltrán E.) *Comentario de la ley concursal*, t. I, Civitas, Madrid, 2008, pp. 725 y ss.
- AA.VV. (dirs. Rojo, A. y Beltrán, E.), *Comentario de la Ley de sociedades de capital*, vol. I, Thomson-Reuters Civitas, Madrid, 2011, pp. 1691 y ss.
- AA.VV. (dirs. Uría R y Menéndez A.), *Curso de Derecho mercantil II*, 2ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2007, pp. 944 y ss.

ALONSO ESPINOSA, F.J., «La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en sus elementos configuradores», en *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal. Libro Homenaje al Profesor Rafael García Villaverde*, vol. I, Marcial Pons, 2007, pp.68 y ss.

BARRERO RODRÍGUEZ, E. «La responsabilidad de los administradores concursales y los auxiliares delegados en la Ley Concursal», en *Estudios sobre la ley concursal: Libros homenaje a Manuel Olivencia*, vol. 2, Marcial Pons, 2005, pp. 1261 y ss

DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., « Responsabilidad de la administración concursal», disponible en <http://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/responsabilidad-de-la-administracion-concursal.pdf> (último acceso 28 de abril de 2015).

DÍAZ ECHEGARAY, J. L. *Manual práctico de derecho concursal: la ley concursal tras la reforma de la Ley 38/2011*, Experiencia, El Masnou, 2012, pp. 116 y ss.

DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Presupuestos de la responsabilidad de los administradores concursales*, Aranzadi, Cizur menor, 2012.

GADEA, E., *Iniciación al estudio del Derecho concursal*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 108 y ss.

GÓMEZ MARTÍN, F., *Administración concursal*, CISS, Valencia, 2004, pp. 129 y ss.

HERNÁNDEZ SAINZ, E., *La administración de sociedades de capital por personas jurídicas. Régimen jurídico y responsabilidad*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp.336 y ss.

ÍÑIGUEZ ORTEGA, P., «La responsabilidad de los administradores concursales en la nueva regulación concursal», en *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm.17, 2006, pp. 19 y ss.

IRIBARREN, M., «El seguro de responsabilidad civil de los administradores concursales», en *Revista Anuario de Derecho Concursal*, núm. 29, 2013, pp. 19 y ss.

MARTÍNEZ SANZ, F., «Responsabilidad civil y penal de los administradores concursales», en *Revista Anuario de Derecho Concursal*, núm. 31, 2014, pp. 65 y ss.

PACHECO GUEVARA, A., *La administración concursal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 255 y ss.

- QUIJANO GONZÁLEZ, J., «La responsabilidad de los administradores concursales», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 7, 2007, pp. 17 y ss.
- ROCA GUILLAMÓN, J., « Responsabilidad de los administradores concursales», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 10, 2009, pp. 95 y ss.
- ROMERO FERNÁNDEZ, J. A., *Aproximación al estudio de la responsabilidad civil de los administradores concursales*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2007.
- ROMERO FERNÁNDEZ, J.A., «El nuevo régimen de responsabilidad civil de los administradores concursales», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 3, 2005, p. 127 y ss.
- ROMERO SANZ DE MADRID, C. *Derecho Concursal*, 2ª edic. Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 117 y ss.
- SÁNCHEZ CALERO F. y SÁNCHEZ- CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. II, 36ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2013 , pp. 597 y ss.
- ZUMAQUERO GIL, L., «La responsabilidad civil de los administradores concursales», en *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, 2013, accesible en <http://www.indret.com/pdf/950.pdf> (último acceso 28 abril de 2015)

X. JURISPRUDENCIA CONSULTADA

STS (Sala de lo Civil) de 11 noviembre de 2013 (RJ\2013\7817)

SAP Alicante (Sección 8ª), de 15 de septiembre de 2011 (AC\2011\2164)

SAP Barcelona (Sección 15ª) de 15 mayo de 2013 (JUR\2013\343868)

SAP Castellón (Sección 3ª) de 3 de junio de 2011 (JUR\2011\333115)

SAP Córdoba (Sección 3ª) de 7 de julio de 2008 (JUR\2009\95813)

SAP Jaén (Sección 1ª) de 29 de octubre de 2010 (JUR\2011\65141)

SAP Salamanca (Sección 1ª) de 6 de junio de 2013 (JUR\2013\247642)

SAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª) de 4 de abril de 2008 (JUR\2008\198009)

SAP Sevilla (Sección 5ª) de 31 de mayo de 2012 (JUR\2012\332354)

SJMer de Barcelona de 7 de febrero de 2012 (AC\2012\324)

AJMer de Barcelona de 17 de diciembre de 2012 (AC\2013\1606)

XI. LEGISLACIÓN Y DOCUMENTOS PRELEGISLATIVOS CONSULTADOS

Código Civil (disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763> último acceso: 29 de abril de 2015).

Código de Comercio de 1829 (disponible en <http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/codigoDeComercio1829.pdf> último acceso 29 de abril de 2015).

Código de Comercio de 1885 (disponible en <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1885-6627> último acceso: 29 de abril de 2015).

Dictamen del Consejo Económico y Social sobre el Anteproyecto de Ley Concursal (disponible en <http://www.ces.es/documents/10180/18507/dic042001> último acceso 29 de abril de 2015).

Enmiendas a la Ley 22/2003, Concursal (disponible en [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=puw7&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28CDA20021202010115.CODI.%29#\(Página97\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=puw7&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28CDA20021202010115.CODI.%29#(Página97)) último acceso: 29 de abril de 2015).

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (disponible en <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323> último acceso: 29 de abril de 2015).

Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial (disponible en http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-9896 último acceso: 29 de abril de 2015).

Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal (disponible en <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-13813> último acceso: 29 de abril de 2015).

Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (disponible en http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-15938 último acceso: 29 de abril de 2015).

Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (disponible en <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1980-22501> último acceso: 29 de abril de 2015).

Ley de Suspensión de Pagos de 1822 (disponible en <http://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1922/257/A01058-01063.pdf> último acceso: 29 de abril de 2015).

Ley Enjuiciamiento Civil de 1881 (disponible en <http://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1881/036/A00325-00326.pdf> último acceso: 29 de abril de 2015).

Real Decreto 1333/2012, de 21 de septiembre, por el que se regula el seguro de responsabilidad civil y la garantía equivalente de los administradores concursales (disponible en http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-12482 último acceso: 29 de abril de 2015).

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de sociedades de capital (disponible en <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-10544> último acceso: 29 de abril de 2015).